

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de mayo de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don F.P.M. y doña M.G.D., en su propio nombre y derecho, contra la exclusión, de sus respectivas ofertas, del procedimiento de adjudicación del contrato “Acuerdo Marco para el suministro de libros de texto a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, dividido en 27 lotes, nº de expediente A/SUM-019193/2018 (C-323M-002-18), adoptada por la Mesa de contratación de la Consejería de Educación e Investigación, el 21 de marzo de 2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación del contrato de suministro se publicó el 21 de diciembre de 2018 en el DOUE, y el 26 de diciembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM. La adjudicación del Acuerdo Marco de referencia se va a efectuar mediante licitación electrónica por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, dividido en 27 lotes estructurados

por zona geográfica, a celebrar con pluralidad de empresas, pudiendo los licitadores presentarse a un lote, a varios o a la totalidad de los lotes. El valor estimado del AM asciende a 125.545.349 euros, para una duración de cuatro años, desde el 1 de mayo de 2019 hasta el 30 de abril de 2023, siendo el sistema de determinación del precio por los precios unitarios de cada libro de texto impreso por cada una de las asignaturas de cada nivel educativo: Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria. El plazo de duración de los contratos basados comprenderá un curso académico, debiendo licitarse un nuevo contrato cada curso académico de los incluidos en el Acuerdo Marco (2019-2020, 2020-2021, 2021-2022 y 2022-2023).

Segundo.- A la licitación del acuerdo marco se han presentado 234 licitadores, entre ellos las dos recurrentes.

La Mesa de Contratación los días 21, 25, 26 y 28 de marzo de 2019, procede a la apertura, en acto público, del Sobre nº 2, correspondiente a la proposición económica y a la documentación técnica susceptible de valoración mediante la aplicación de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, del acuerdo marco, de los licitadores admitidos en el procedimiento y se procede a la valoración de las ofertas técnicas y económicas, adoptando varios acuerdos de los que se deja constancia en el acta publicada en el Perfil de Contratante el 29 de marzo de 2019. Entre dichos acuerdos consta el rechazo de las ofertas económicas y técnicas y la exclusión del procedimiento de las recurrentes por la siguiente causa: *“Ha presentado en el sobre nº 2, correspondiente a la documentación para la valoración de los criterios de adjudicación del acuerdo marco y a la proposición económica la oferta correspondiente al criterio nº 2 evaluable mediante la aplicación automática de fórmulas para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco. Incumple el orden del procedimiento conforme a lo establecido en el apartado 6 de la cláusula 1 y en las cláusulas 13 y 38 del pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con lo establecido en los artículos 139 y 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”*

Tercero.- El 4 y 5 de abril de 2019, se recibieron en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don F.P.M. y doña M.G.D., solicitando respectivamente su admisión en el acuerdo marco.

Cuarto.- Con fecha 15 de abril de 2019, tuvieron entrada en este Tribunal los respectivos extractos del expediente de contratación, así como los preceptivos informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

El órgano de contratación analiza en sus dos informes las cuestiones planteadas por las recurrentes y con los mismos fundamentos concluye en igual sentido informando *“desfavorablemente la estimación del recurso teniendo en cuenta que la actuación de la Mesa se ha regido por el respeto al principio de ordenación del procedimiento, aplicando el establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, conforme a lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y en aplicación de los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores participantes en el procedimiento que han cumplido el procedimiento establecido en el Pliego.”*

Quinto.- No se ha dado traslado de los recursos a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El artículo 57 de la LPACAP, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 231 y 235/2019 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto y los motivos de impugnación.

Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los recursos.

Tercero.- Se acredita la legitimación activa de los dos recurrentes para la interposición del recurso, por ser licitadores excluidos en el acuerdo marco de referencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan*

visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Se acredita igualmente la personalidad de los firmantes de los recursos.

Cuarto.- Los recursos especiales se han planteado en tiempo y forma, pues las exclusiones fueron publicadas en el perfil de contratante el 29 de marzo y notificadas a las recurrentes el 1 de abril de 2019, presentando los escritos de interposición dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50.1 y 51.3 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se han interpuesto contra el acto de trámite de exclusión por la Mesa de contratación de la licitación del Acuerdo Marco de suministro de referencia con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es objeto de recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Sexto.- Son de interés a los efectos de la resolución del presente recurso de exclusión de licitadores del “Acuerdo Marco para el suministro de libros de texto a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, la cláusula 1 apartados 3, 6 y 9, y las cláusulas 12, 13 y 38, del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), relativas al procedimiento de adjudicación, los criterios de adjudicación, medios electrónicos, forma y contenido de las proposiciones, y procedimiento de adjudicación y formalización del contrato basado.

En cuanto al fondo del asunto las recurrentes plantean respectivamente lo siguiente:

Don F.P.M. alega que el incumplimiento se ha debido a la falta de experiencia en este tipo de licitaciones, desconociendo en que momento del procedimiento se debía entregar una u otra documentación, motivo por el que se incluyó en el sobre 2

toda la documentación correspondiente al acuerdo marco y a los contratos basados, ya que el pliego indicaba documentación técnica a aportar, ignorando en que momento pasa de ser acuerdo marco a contratos basados. Asimismo, manifiesta que no ha sido su voluntad saltarse el procedimiento o anticiparse a él, teniendo la venta de libros de texto mucho peso en su negocio anual.

Doña M^a Dolores alega que el defecto se ha debido a un error en la interpretación de la información recibida del Servicio Técnico de la División de Contratación al ser muy numerosos los datos recibidos. Afirma que su intención ha sido que no faltase ningún documento, a pesar de la complejidad de la documentación a presentar para quien no ha ofertado nunca.

El órgano de contratación, respecto de cada recurso, informa que *“El acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación de rechazo de las ofertas técnica y económica y, por tanto, de exclusión del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco de dicha licitadora al haber incluido en el sobre nº 2 de proposición económica y de documentación técnica correspondiente al criterio de adjudicación nº 2, subcriterios 2.1 y 2.2 del acuerdo marco, la oferta técnica correspondiente a los criterios de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, altera el orden del procedimiento conforme a lo exigido en el apartado 6 de la Cláusula 1 y en las Cláusulas 13 y 38, todas ellas del citado Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y vulnera lo dispuesto en los artículos 139.2, 157 y 221.5 y 6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que exige que se arbitren los medios que garanticen el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura y que la licitación para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco tenga lugar conforme al procedimiento que se describe legalmente.”*

El informe señala que los Pliegos constituyen la ley del contrato y todo interesado en una licitación debe leerlos y conocerlos para entender el procedimiento, además de para conocer los derechos y obligaciones que asume

como participante en el mismo y como adjudicatario y contratista en el caso de resultar como tales, lo que le permitirá presentar la documentación de forma correcta para que el procedimiento pueda desarrollarse conforme a las fases que en el mismo se hayan establecido atendiendo a los criterios de adjudicación fijados. En este sentido señala como relevantes para la presentación de la documentación las cláusulas 11, 12, 13 y 14 del PCAP relativas a la presentación de proposiciones, a los medios electrónicos, a la forma y contenido de las proposiciones y a la actuación de la Mesa de contratación, respectivamente.

En cuanto a la forma y contenido de las proposiciones, indica que el Pliego regula detalladamente los procedimientos de las dos licitaciones previstas en la cláusula 1.3 del PCAP, para la adjudicación del acuerdo marco y para la adjudicación de los contratos basados. La cláusula 13 recoge la documentación que debe constar en cada uno de los dos sobres de la licitación del acuerdo marco, y la cláusula 38 indica el procedimiento para la adjudicación de los contratos basados.

Respecto a la primera licitación, la del acuerdo marco, el Pliego define los documentos que deben presentarse en cada sobre atendiendo al tipo de documentación, ya sea administrativa, técnica o económica, que es la terminología utilizada en el sistema Licit@ para la presentación electrónica de la oferta. Por tanto, considera que los errores al introducir las ofertas técnicas de ambas licitaciones se deben a un desconocimiento del pliego y de los procedimientos aplicables para la adjudicación del acuerdo marco y de los contratos basados.

Este Tribunal antes de entrar a valorar el fondo del asunto ha de señalar, como ha hecho en sus anteriores Resoluciones relativas al presente acuerdo marco de suministro de libros de texto entre otras la 155 y 159/2019, que nos encontramos ante un acuerdo marco con unas connotaciones muy específicas por su regulación, se tramita como instrumento adecuado para atender al mandato establecido por la Ley 7/2017 de 27 de junio, de gratuidad de los libros de texto y el material curricular

de la Comunidad de Madrid y de su desarrollo por el Reglamento del programa “Accede”, aprobado por Decreto 168/2018, de 11 de diciembre. Así como por los participantes en la licitación, principalmente pequeñas y medianas empresas, en su mayor parte personas físicas en cuyo negocio de pequeña librería tiene gran incidencia la compra de libros de texto y material curricular, sin que se hayan presentado nunca a una licitación contractual pública, con la complejidad administrativa que indudablemente entraña, a pesar de los esfuerzos de simplificación, apoyo, y reducción de cargas por parte del órgano de contratación. Y en este caso agravada por la reciente implantación de una plataforma de licitación electrónica que se va mejorando con los problemas que van surgiendo en la práctica.

Por otra parte, es importante mencionar la deseable y necesaria promoción de la participación en las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), expresamente recogida en el Preámbulo de la LCSP, como obligación particular de facilitar el acceso de las PYMES a las contrataciones públicas, simplificando trámites y con menor burocracia para los licitadores, verdadero objetivo de la Ley, sin olvidar su necesaria compatibilidad con los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y eficiente utilización de los fondos públicos que informan la contratación y que expresamente recogen los artículos 1 y 132 de la LCSP. Asimismo el artículo 334.2.f) de la LCSP incluye entre los objetivos de Estrategia Nacional de Contratación Pública el promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública.

En este procedimiento todos los criterios de adjudicación son evaluables mediante la aplicación automática de fórmulas, tanto los aplicables a la adjudicación del acuerdo marco como los establecidos para la adjudicación de los contratos basados en él, por ello no se puede dar la posibilidad de que el conocimiento previo de lo ofertado pueda dar lugar a manejos o alteraciones que pudieran afectar a la

valoración ni clasificación de las proposiciones presentadas, sin que de ninguna manera pueda quedar afectada la ponderación obtenida por los licitadores.

El supuesto de exclusión del procedimiento de las recurrentes se debe a la aportación de una documentación técnica que no se corresponde con el momento procedimental oportuno, puesto que corresponde a la segunda licitación que aún no se ha producido al no haberse resuelto todavía la adjudicación del acuerdo marco. Segunda licitación en la que las recurrentes pueden llegar a no ser partes, si no resultan adjudicatarias del acuerdo marco, y que en todo caso corresponde convocar a otros órganos de contratación, los Directores de los centros educativos como prevé la cláusula 1.6 del PCAP.

Parece desprenderse, tanto de lo alegado por las recurrentes como de lo informado por el órgano de contratación, que estamos ante un claro error involuntario de unos licitadores no acostumbrados a concurrir a contrataciones públicas, en cierta medida achacable a la complejidad del procedimiento y al nuevo sistema de licitación electrónica, aun cuando como mantiene el órgano de contratación puede llegar a deducirse de una detallada y avezada lectura del conjunto del clausulado del PCAP. Sin perjuicio de que la forma y contenido de la presentación de la proposición y del procedimiento estén correctamente recogidas en las cláusulas 1, 13 y 38 del PCAP, es igualmente innegable que la citada complejidad e inexperiencia de los licitadores ha llevado a cometer errores formales de presentación de la documentación en sus diferentes fases a muchos de ellos (más de un 20 por 100 de los participantes) dado que de 234 licitadores, según el acta del acto impugnado, solo 186 han sido admitidos al acuerdo marco.

El hecho de que la documentación del apartado 6.2 de la cláusula 1 del PCAP, relativa a los contratos basados, se haya incluido en el sobre 2 de proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas del acuerdo marco, no deja de ser un

defecto de forma en la presentación de la oferta. En este defecto formal se ha de destacar que al no corresponder la citada documentación a esta primera licitación, carece de valor, sin que se pueda ni deba tomar en consideración la misma para la adjudicación del acuerdo marco. En este sentido, no puede verse afectado el secreto de la proposición, previsto en el artículo 139.2 de la LCSP, puesto que la documentación aportada no se ha solicitado ni tiene ningún valor en la presente adjudicación. A estos efectos, se ha de tener en cuenta que en la segunda licitación, correspondiente a los contratos basados en este acuerdo marco, no intervendrán la Mesa ni este órgano de contratación, como prevé la citada cláusula 1.6 del PCAP.

El hecho de que en un sobre de documentación se aporten unos datos no solicitados y no evaluables no debe tener como consecuencia la exclusión de la licitación, estimándose desmesurado en el presente caso y contrario al principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 132 de la LCSP, haciendo hincapié en la involuntariedad del error, y en que este defecto formal no menoscaba la objetividad de la valoración, la competencia, ni el tratamiento igualitario de los licitadores, valores que se tratan de preservar con el secreto de las proposiciones, como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, en concordancia con los criterios seguidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista y formalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.

Por lo expuesto este Tribunal considera que se han de estimar los recursos presentados admitiendo las proposiciones de las recurrentes sin tomar en consideración la documentación técnica no requerida para esta fase procedimental de adjudicación del acuerdo marco.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respectivamente por don F.P.M. y doña M.G.D., en su propio nombre y derecho, contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación de la Consejería de Educación e Investigación, el 21, 25, 26 y 28 de marzo de 2019, en las sesiones de apertura, en acto público, del Sobre nº 2, correspondiente a la proposición económica y a la documentación técnica susceptible de valoración mediante la aplicación de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, del acuerdo marco, de los licitadores admitidos en el procedimiento y se procede a la valoración de las ofertas técnicas y económicas presentadas electrónicamente por los licitadores al contrato “Acuerdo Marco para el suministro de libros de texto a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, dividido en 27 lotes, nº de expediente A/SUM-019193/2018 (C-323M-002-18).

Segundo.- Estimar los mencionados recursos especiales en materia de contratación contra la exclusión, de sus respectivas ofertas, del procedimiento de adjudicación del

“Acuerdo Marco para el suministro de libros de texto a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, adoptada por la Mesa de contratación de la Consejería de Educación e Investigación mediante Acta de 21 de marzo de 2019, debiendo admitirse las ofertas de las dos recurrentes.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.