

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña A.G.D. y doña M.M.B., 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

Acuerdo Marco 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:

“El documento presentado como proposición económica se ajusta al modelo del anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares pero no incluye referencia alguna al porcentaje de descuento que oferta. Incurre en causa de rechazo de la proposición establecida en la cláusula 13 apartado b) del pliego de cláusulas administrativas particulares y 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por real decreto 1098/2001, de 12 de octubre”.

Tercero.- El 10 de abril de 2019, se recibieron en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña A.G.D. y doña M.M.B., solicitando respectivamente que se anule su exclusión, retrotrayendo el procedimiento al momento previo al acta de 21 de marzo considerando la oferta presentada del 0% de descuento.

Cuarto.- Con fecha 22 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 las 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 las firmantes de los recursos.

Cuarto.- Los recursos especiales se han planteado en tiempo y forma, pues las exclusiones fueron 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.- Es de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo establecido en las cláusulas 1.6 y 13.B.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco (PCAP) que a continuación se citan:

“Cláusula 1. Características del acuerdo marco (...).

6.- Criterios de adjudicación y su ponderación.

ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCO.

La adjudicación del presente acuerdo marco se realizará aplicando los siguientes criterios:

Criterios evaluables de forma automática. Ponderación mediante aplicación de fórmula: Hasta 40 puntos.

1. Precio: Hasta 20 puntos.

La proposición económica de los licitadores se realizará formulando un único porcentaje de descuento, para cada uno de los lotes a los que licite, que se aplicará sobre la totalidad de los precios unitarios de cada una de las asignaturas por cada uno de los cursos por nivel educativo que figuran en el apartado 1 de la Cláusula 1 del presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La proposición económica se presentará sin conocer la editorial del libro de texto que será seleccionada por cada centro educativo para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco.

La proposición económica presentada por la empresa contratista, podrá ser mejorada en aplicación del criterio de adjudicación nº 1 de los contratos basados. En el supuesto de que no se oferte mejora del precio para la adjudicación de los contratos basados, la proposición económica correspondiente al presente criterio de adjudicación se aplicará a los libros de texto cualquiera que sea la editorial seleccionada por cada centro educativo en los contratos basados en el acuerdo marco.

Se asignarán 20 puntos a la oferta que incluya un porcentaje único de descuento del 10% y 0 a la oferta que no incluya ningún porcentaje único de descuento y al resto el reparto de puntos se hará de forma proporcional, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación precio} = 20 \times \frac{\text{Proposición a valorar}}{\text{Porcentaje con mayor descuento}}$$

Todas las puntuaciones se redondearán al segundo decimal.”

“Cláusula 13. Forma y contenido de las proposiciones (...).

SOBRE Nº 2: PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS (...).

B) SOBRE Nº 2 ‘PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS’.

Este sobre contendrá:

1. La proposición económica conforme al modelo establecido en el anexo 2 de este Pliego.

Si se exige la presentación de ofertas electrónicas mediante la utilización del sistema Licit@, la proposición se generará automáticamente. El licitador o su representante deberá firmarla con un certificado de firma electrónica y anexarla al sobre electrónico correspondiente del sistema.

No se aceptarán aquellas proposiciones que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del precio base de licitación de los productos, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en los importes de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación motivando su decisión, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido”.

En cuanto al fondo del asunto las recurrentes de forma similar plantean que en el Modelo de Proposición Económica presentado se deja en blanco la casilla sin indicar porcentaje, en lugar de poner 0%, al no querer ofertar descuento. Asimismo alegan que la documentación debe presentarse telemáticamente a través de Licit@, resultando muy complicado diferenciar la documentación a aportar en lo concerniente a la proposición económica, prueba de ello los numerosos licitadores excluidos por errores en la presentación de la documentación. Además manifiestan que el procedimiento tiene como finalidad la igualdad entre todos los participantes, y que en este caso debido a la complejidad en la redacción del pliego y de cómo está informáticamente configurado, no existiendo una diferenciación clara de qué va a cada sobre, la confusión es máxima y más para personas que es la primera vez que presentan una documentación lo que deja a los autónomos (pequeñas papelerías) en inferioridad de condiciones. No se ha realizado una guía clara en la que se indiquen los pasos a dar y la documentación a adjuntar, el manual de librerías que se facilitó tampoco indica que el error pueda suponer la exclusión del proceso de licitación, añadiendo que en el teléfono para resolver dudas se comunicó que se presentaran los papeles y si algo estaba mal o faltaba se daría un plazo de 10 días para subsanar.

El órgano de contratación, respecto de cada recurso, informa que *“El acuerdo adoptado por la Mesa de contratación de rechazo de la oferta económica y, por tanto, de exclusión del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco de dicha licitadora se ha debido a que habiendo utilizado el modelo del Anexo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la presentación de la proposición económica, ésta no contenía ningún porcentaje de descuento”*.

El informe señala que en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP se establece como criterio de adjudicación nº 1 del acuerdo marco, el precio con una ponderación de hasta 20 puntos, indicando que la proposición económica de los licitadores se realizará formulando un único porcentaje de descuento para cada uno de los lotes a los que licite, y la cláusula 13, apartado B.1 recoge que el sobre 2 contendrá la proposición económica conforme al modelo establecido en el anexo 2 del pliego, por

lo que requieren que la proposición económica se formule indicando un porcentaje de descuento, exigiendo de la licitadora que manifieste su pretensión a través de la formulación activa de una proposición. No formular la oferta a través de un porcentaje de descuento excede del simple desajuste formal pues no puede saberse cuál es la intención del oferente en cuanto al precio y entender que no ofertar ningún porcentaje equivale a que sea de un 0% obliga a la Mesa de contratación a hacer una interpretación de cual habría sido la intención del licitador, lo que habría sido contrario a Derecho.

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 142 y 146/2019, 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.

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. Sin perjuicio de que la forma y contenido de la presentación de la proposición estén correctamente recogidas en las cláusulas 1.6, 13 y Anexo 2 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.

En cuanto al supuesto de exclusión del procedimiento por no incluir porcentaje de descuento, este Tribunal comprueba que las licitadoras han presentado su respectiva proposición económica en el modelo indicado en el pliego, rellena y firmada, dejando en blanco el % de reducción que figura en el modelo de oferta, junto con el resto de documentación requerida, y que la citada cláusula 1.6 del PCAP expresamente prevé la posibilidad de no efectuar descuento, dado que textualmente indica que se asignaran 0 puntos *“a la oferta que no incluya ningún porcentaje único de descuento”*. De ello se desprende claramente la voluntad de las licitadoras de presentar oferta, y, como afirman en su escrito de interposición del recurso, su evidente intención de no ofertar descuento, por lo que no coincidimos con la Mesa de contratación en la imposibilidad de conocer la intención de las oferentes en cuanto al precio, ni que la interpretación sea contraria a derecho, puesto que el pliego prevé la posibilidad de no efectuar descuento. En este sentido parece claro que el no indicar un porcentaje descuento en la oferta puede considerarse equivalente a un tácito 0%.

Por otra parte, de existir duda en cuanto a la intención del licitador es claro que antes de una exclusión, no prevista en el PCAP, se debería haber pedido aclaración a la oferta sin que pueda suponer modificación de la proposición económica presentada ni implicar ninguna variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. Igualmente es evidente que la explicación de las recurrentes de su oferta es una aclaración que no supone ninguna variación de la proposición presentada.

Como viene manteniendo este Tribunal en sus resoluciones, baste citar la reciente Resolución 90/2019 de 6 de marzo, siguiendo los criterios de 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. En este sentido conviene traer a colación la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) que señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ha manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos en

sucesivos informes, entre los que cabe citar: 3/2009, de 10 de junio; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 mayo, 4/2007, de 31 de mayo o 4/2009, determinando que *“La calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en el artículo 130 de la LCSP y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista. Si el error producido en la proposición económica no implica la imposibilidad de determinar por la Mesa de contratación cuál es el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no debe ser desechada, no siendo causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de palabras en el modelo de proposición, si no alteraba el sentido de la oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.”*

Asimismo el artículo 1.266 del Código Civil, dispone que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. El simple error en cuenta solo dará lugar a la corrección.

Por otra parte, hay que reconocer que la regulación del plazo y el modelo de oferta del pliego no gozan precisamente de claridad, por lo que también conviene citar que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado.

Por lo expuesto este Tribunal considera que procede estimar los recursos presentados admitiendo las proposiciones de las recurrentes por ser conformes a lo que establece la cláusula 13.1 del PCAP y el artículo 84 del RGLCAP, retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas.

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 doña A.G.D. y doña M.M.B., 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.