

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.Q. en nombre y representación de Emyte Quiñones S.L. (en adelante Emyte), contra la exclusión de su proposición al 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 el recurrente.

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: *“No presenta proposición económica. Incumple lo establecido en la cláusula 13 apartado b) del pliego de cláusulas administrativas particulares.*

- 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 22 de abril se recibió en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Emyte que fue presentado ante el órgano de contratación del 16 de abril, solicitando su admisión al procedimiento de adjudicación.

Cuarto.- Con fecha 22 de abril de 2019, tuvieron entrada en este Tribunal extracto del expediente de contratación, así como el preceptivo informe 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 su informe la cuestión planteada por la recurrente concluyendo que informa *“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.- La Secretaría del Tribunal solicita informe a la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid (Madrid Digital) responsable de la plataforma electrónica Licit@, adjuntando el recurso y el informe del Órgano de contratación, sobre si el sistema de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid permite presentar proposición sin incluir el documento de oferta económica. El Director de Sistemas de Información Corporativos con fecha 13 de mayo informa

que *“La plataforma Licit@ exige a los licitadores incluir siempre un documento en formato pdf, firmado electrónicamente y que deben identificar como proposición económica para poder enviar sus ofertas al Órgano de contratación a través de la plataforma.”*

Sexto.- 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 el interesado, 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 (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa del recurrente para la interposición del recurso, por tratarse de un licitador excluido 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 representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues la exclusión

le fue notificada el 1 de abril de 2019, presentando el escrito 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.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de trámite de exclusión por la Mesa de contratación de la Consejería de Educación e Investigación en 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.

Quinto.- 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:

Proposición a valorar

Puntuación precio = 20 x -----

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 deberán 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 la recurrente plantea que debido a su desconocimiento, ha cometido el error de presentar el sobre N°2, la propuesta técnica, en vez de presentar la propuesta económica, habiendo sido esta presentada en un sobre N° 3 inexistente, rogando no se tenga este fallo en consideración, y se les permita continuar con el acuerdo marco de suministro de libros de texto.

El órgano de contratación informa que *“El supuesto, que causó el acuerdo de exclusión del procedimiento de la recurrente, se basa en la falta de presentación de la proposición económica y en que se hayan exteriorizado, antes del momento procedimental oportuno, los criterios de adjudicación valorables mediante fórmula de los contratos basados en el acuerdo marco.”*

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 Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, (en adelante, 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.

Parece desprenderse, tanto de lo alegado por la recurrente como de lo informado por el órgano de contratación, que estamos ante un claro error involuntario de un licitador no acostumbrado 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 presentar oferta económica hemos de remitirnos a lo alegado por el recurrente y a lo informado por Madrid Digital, que son coincidentes en la afirmación de que se ha presentado una oferta económica al acuerdo marco, si bien inexplicablemente como afirma el órgano de contratación no figura en el expediente de contratación. El recurrente afirma haber presentado oferta en el sobre 3 en lugar de en el sobre 2, sin embargo, como hemos explicado en anteriores Resoluciones relativas a este Acuerdo Marco, el sistema Licit@ de obligada utilización en la presentación de las proposiciones, al disponer las cláusulas 1.9 y 12 del PCAP la exigencia de la presentación de ofertas por medios electrónicos, no se estructura en sobres sino que diferencia entre documentación “*Administrativa, Técnica y Económica*”, con el fin de contemplar los posibles sobres según el procedimiento de contratación elegido, y distribuye la documentación según la denominación que haya determinado el órgano de contratación en la plataforma y en el PCAP. Asimismo, la plataforma Licit@ permite generar desde la propia aplicación un modelo de proposición económica, o bien, que se incluya la proposición conforme al modelo especificado en el PCAP, pero en todo caso exige a los licitadores incluir siempre un documento en formato pdf., firmado electrónicamente, y que deben identificar como proposición económica para poder enviar sus ofertas al Órgano de Contratación a través de la plataforma. Por tanto, electrónicamente no se puede presentar proposición si no se hubiese incluido la oferta económica.

Comprobado que el licitador para presentar la proposición forzosamente ha tenido que incluir su oferta, no parece conforme al principio de proporcionalidad recogido expresamente en el artículo 132 de la LCSP, ni conforme a lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil, el que se perjudique al licitador con su exclusión del procedimiento de contratación por una circunstancia que no le es imputable, si bien es cierto que al no aparecer en el expediente administrativo la oferta económica, no siendo su contenido subsanable, solo cabe considerar que no se ha efectuado porcentaje de descuento, dado además que el sistema Licit@ no admite

en su proposición automática la inclusión de porcentajes, debiendo ponderarse el criterio precio en 0 puntos como establece la cláusula 1.6 del pliego.

Respecto a la cuestión de haber presentado en el sobre nº 2 además de la documentación técnica referida al acuerdo marco la relativa a los contratos basados, damos por reproducidos los fundamentos jurídicos que recogíamos en nuestra Resolución 166/2019 de 8 de mayo, en cuanto a que consiste en un defecto formal de presentación de la documentación, en cierta medida achacable a la falta de claridad del sistema de presentación de proposiciones de la plataforma Licit@ y la redacción del apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP, en el que han incurrido numerosos licitadores, considerándose que no se han vulnerado los principios de la contratación recogidos en el artículo 132 de la LCSP, siendo además todos los criterios objetivos de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, sin que quepa 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, y sin que de ninguna manera pueda quedar afectada la ponderación obtenida por los licitadores. Además al no corresponder la documentación técnica correspondiente a los criterios evaluables mediante la aplicación automática de fórmulas para la adjudicación de los contratos basados a esta primera licitación, carece de valor, sin que se pueda ni deba tomar en consideración para la adjudicación del acuerdo marco, la aportación de unos datos no solicitados y no evaluables.

Por lo expuesto este Tribunal considera que procede estimar el recurso presentado admitiendo la proposición del recurrente, retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas, sin que proceda asignarle puntuación en el criterio precio de adjudicación del acuerdo marco, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.6 del PCAP en virtud de lo fundamentado con anterioridad.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.Q. en nombre y representación de Emyte Quiñones S.L., contra la exclusión de su proposición al procedimiento de adjudicación del contrato de *“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 la proposición de la recurrente.

Segundo.- 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.

Tercero.- 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.