

Recurso nº 241/2023
Resolución nº 257/2023

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

En Madrid, a 22 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresarias y Empresarios del Libro de Madrid (Gremio de Librerías) contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la adjudicación del “acuerdo marco para el suministro de libros de texto y material curricular a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, dividido en 30 lotes, expediente A/SUM-046108/2022 (323M-001-23), este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 y 25 de mayo de 2023, se publicó, respectivamente, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del acuerdo marco.

El valor estimado de contrato asciende a 143.547.354,28 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- El 8 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la Asociación contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 15 de junio de 2023 el órgano de contratación remitió, junto al recurso, el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso al ser una organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron

publicado el 18 de mayo de 2023 e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 8 de junio de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en que el pliego del contrato no respeta el acceso a la licitación de las pequeñas y medianas empresas, vulnerando el principio de la libre concurrencia.

Respecto al precio del contrato, alegan que han realizado un muestreo de los precios de venta al público de los libros y para 2023 son adecuados. Sin embargo, se contemplan unos precios idénticos y estables para todo el periodo de 4 años del acuerdo marco. A su juicio, es notorio que, en las actuales y previsiblemente futuras circunstancias de inflación, los precios de los libros subirán. En ningún párrafo de la memoria, y tampoco en los pliegos, se contempla ese cambio de precios a lo largo de cuatro años. El pliego establece expresamente que no se dará revisión de precios, circunstancia que, a su juicio, viola la literalidad del artículo 102.3 de la LCSP. Esta circunstancia se ve agravada en cuanto que en el reparto del presupuesto de licitación se asigna el mayor importe precisamente al último año del contrato que será 2026.

Por otro lado, destaca que la memoria económica justifica un descuento lineal del 5% en los precios, por lo que ni siquiera el precio del contrato para 2023 es el precio venta al público, sino el precio venta al público menos un 5%.

Añade que ni en el pliego ni en la memoria se justifican los márgenes empresariales del adjudicatario. Luego, no es posible para el órgano de contratación (y ahora para el tribunal revisor) comprobar si se ha tenido en cuenta o no la prohibición general de venta a pérdidas que regula ley de comercio minorista o la especial de evitar bajas desproporcionadas en las ofertas.

El pliego establece que en los contratos basados el licitador podrá ofrecer un descuento adicional al ya establecido obligatoriamente por el pliego para ser adjudicatario en el acuerdo. Si el 5% obligatorio estaba en muchos casos obligando al adjudicatario a vender a pérdidas, si se le aplica otro 10% adicional, estamos en disposición de probar que ya en 2023 todos los libros objeto del contrato deberían venderse por dejado del precio de adquisición del librero. Luego, en todos los casos, se estaría vulnerando la ley de comercio minorista.

Alega, así mismo, que falta de previsión de los costes empresariales en servicios adicionales que se valoran como criterios de adjudicación, siendo contraria a los criterios establecidos por la Junta de Contratación Pública del Estado.

Por su parte, el órgano de contratación alega, en primer lugar, que ha garantizado el cumplimiento de la legalidad y el respeto a los principios esenciales de la contratación pública contenidos en la LCSP, además de tener muy presente en el diseño del acuerdo marco medidas de apoyo a las PYMES mediante la simplificación del procedimiento y la reducción de cargas administrativas, en el que se han tenido en cuenta aspectos como el establecer la división del acuerdo marco en 29 lotes por zonas geográficas, no por los bienes a suministrar, distribuyéndose entre las cinco Direcciones de Área Territorial. Con esta distribución territorial, en la que se han agrupado en lotes municipios colindantes y con menor población, lo que se ha pretendido ha sido preservar el tejido cultural de esas zonas, constituido principalmente por pequeñas y medianas empresas. Cada lote podrá ser adjudicado a varias empresas, en función de los lotes a los que éstas hayan licitado, y serán los centros docentes los que realizarán las invitaciones a al menos tres de las adjudicatarias del lote y los que en aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos basados determinarán la persona física o jurídica que prestará el suministro durante cada curso académico.

Destaca que el acuerdo marco establece unos requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional muy asequibles para las PYMES,

exigiendo como solvencia económica la acreditación de una cifra de negocios por lote, de similar importe, en el año de mayor ejecución, dentro de los tres últimos liquidados (2020, 2021 y 2022) de, al menos, 10.000 euros y, en cuanto a la solvencia técnica, una relación firmada por el representante legal del licitador, de trabajos de objeto similar al del presente contrato efectuados en cada uno de los últimos tres años (2020, 2021 y 2022), que incluya importe, fechas y el destinatario público o privado de los mismos. Y el requisito mínimo que se deberá acreditar será que el importe anual acumulado de los trabajos efectuados en el año de mayor ejecución, que deberá ser, al menos, de 10.000 euros por lote. Tampoco se ha exigido garantía provisional.

La determinación de los precios unitarios de licitación en los lotes 1 a 29 están basados en un informe externo de precios de mercado. Una vez obtenidos los precios medios por editorial para cada curso y materia, se han calculado los precios medios para cada curso sobre todos los libros ofertados para cada uno por las editoriales seleccionadas. Partiendo de una base sólida sobre la que poder calcular el coste de los libros de texto por materia y curso, se han obtenido los precios mínimo, medio y máximo de venta al público.

En base a los datos aportados en el citado informe se ha considerado apropiado utilizar para el cálculo del coste unitario de los libros de texto el precio medio de los mismos aplicando un 5% del porcentaje de descuento, debido a que el volumen de compra por parte de la Comunidad de Madrid es de, aproximadamente, 1.000.000 de ejemplares anualmente. Además, en el PCAP se ha incluido un elemento de salvaguarda de forma que, en el supuesto de que hayan sido seleccionados por la Comisión de Coordinación Pedagógica del centro, los libros de texto en formato impreso o material curricular, cuyo precio de mercado se desvíe un 30% del precio medio adjudicado, tanto a la baja como al alza, los libros o material curricular en cuestión podrán adquirirse fuera del ámbito del presente acuerdo marco.

Sostiene que la variación de los precios de los libros de texto es relativamente reducida, es decir, es un producto cuyo precio muestra escasa volatilidad. Las

oscilaciones han estado comprendidas entre el 1% y el 2% para el conjunto del sector (cifra inferior al IPC), con ligeras variaciones según el segmento. Así pues, el precio que se ha establecido para cada libro de texto es un precio adecuado para todo el periodo de vigencia.

Añade que, tal como se indica en el pliego, no procede la revisión de precios como se desprende del artículo 103 de la LCSP. Traer a colación el informe 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre revisión excepcional de precios en determinados contratos y acuerdos marco, en concreto sobre el acuerdo marco para el suministro de libros de texto en formato impreso, licitado en 2019.

Finaliza su alegato manifestando que el criterio “*precio*” supone sólo 40 puntos de los 100 puntos que pueden obtenerse en la licitación entre la primera fase del acuerdo marco y los contratos basados, pudiendo las pequeñas y medianas empresas competir adicionalmente en los servicios puntuables con los otros 60 puntos, tales como: la reducción del plazo de entrega de los envíos fuera del período ordinario (hasta 15 puntos); las propuestas que mejoren la comunicación (hasta 10 puntos); el etiquetado, forrado, preparación de lotes o almacenamiento de los libros (hasta 10 puntos); la gestión de devoluciones (hasta 15 puntos) o la gestión de cambios en los pedidos (hasta 10 puntos).

Vistas las alegaciones de las partes, antes de entrar sobre el fondo de asunto, procede establecer el marco normativo donde se encuadra el presente acuerdo marco.

La normativa sustantiva está constituida 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, que establece un sistema de préstamo gratuito de libros de texto y material curricular para todos los alumnos que cursen las enseñanzas de educación primaria, educación secundaria obligatoria y formación profesional básica en todos los centros sostenidos

con fondos públicos. La adquisición del citado material docente se llevará a cabo teniendo en cuenta los criterios del acuerdo marco aplicable a los centros públicos en cuanto a los precios unitarios de los libros de texto y la política de descuentos establecida en el mismo.

Entrando en el fondo del asunto procede dilucidar si el precio fijado en el acuerdo marco es restrictivo de la competencia.

El artículo 100.2 de la LCSP establece que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

Por su parte, el artículo 102. 3 establece *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

Consta en el expediente de contratación memoria económica donde se hace constar que los datos de alumnado del acuerdo marco se basan en los alumnos adheridos al Programa Accede a fecha 27 de septiembre de 2022, estableciendo en número de alumnos por nivel educativo y lote para cada uno de los cursos escolares que abarca el acuerdo marco.

Como consta en la memoria, se ha realizado un estudio de mercado a partir de la base de datos de libros de texto que recoge la Asociación Nacional de Editores de Libros y material de Enseñanza (ANELE). De la precitada base de datos se ha reducido la selección al realizarse el alcance del estudio a los libros de texto de educación primaria y educación secundaria obligatoria, excluyendo libros digitales, cuadernillos, libros de ejercicios, y con la limitación geográfica de la Comunidad de Madrid.

Seleccionando los libros dirigidos a la educación primaria y secundaria obligatoria, se encuentran con cerca de 16.900 referencias. El proceso de segmentación sigue con la exclusión de libros de texto en lenguas cooficiales, lo que nos lleva a unas 11.000 referencias. Posteriormente, se fijan en aquellas ediciones de libros que cuyo contenido es hábil en la Comunidad de Madrid y reduciendo las referencias a las relativas a editoriales que tienen mayor presencia en el mercado.

Una vez efectuada esa segmentación se han seleccionado varias librerías de forma aleatoria y recabando de ellas, mediante encuestas a los libreros o acceso parcial a sus bases de datos, la relación de libros del segmento objetivo con sus precios de venta. En estos casos, si algunas de las referencias no tenían precio de venta dichas referencias de libros se descartan. Así pues, conforme al trabajo descrito, han confeccionado una selección de libros de texto de primaria y secundaria obligatoria, con las restricciones antes indicadas, para crear una base de datos con cerca de 1.500 referencias de libros de texto con sus correspondientes precios.

Asimismo, con el fin de verificar la consistencia de la base de datos elaborada, especialmente en lo concerniente a los datos los precios, se efectúan una serie de pruebas que indican que la información es claramente consistente y que sirve de base para los análisis y cálculos posteriores. Se ha verificación que las principales editoriales estén presentes en la base de datos utilizada de precios de libros de texto. Se analiza el promedio y la desviación típica en cuanto a los precios por si aparecen resultados atípicos que indiquen si algún elemento de la base de datos está

distorsionando el análisis. Se ha efectuado un muestreo aleatorio sobre 90 referencias con el fin de identificar si los precios indicados en la base de datos están en línea con los que ofrecen públicamente al mercado en sus webs distintos operadores similares a las librerías de los que hemos obtenido la información.

Estos precios medios por editorial son en punto de partida para la obtención del precio final por curso y materia. Una vez obtenido los precios medios por editorial para cada curso y materia se han calculado los precios medios para cada curso y materia curricular sobre todos los libros ofertados para cada uno por las editoriales seleccionadas. Partiendo de una base sólida sobre la que poder calcular el coste de los libros de texto por materia y curso, se han obtenido los precios (mínimo, medio y máximo) de venta al público.

Como señala la memoria, en base a los datos aportados por la empresa que ha realizado el estudio y que el análisis se ha basado en precios de mercado venta al público, se ha considerado apropiado utilizar para el cálculo del coste unitario de los libros de texto el precio medio de los mismos aplicando un 5% del porcentaje de descuento, debido a que el volumen de compra por parte de la Comunidad de Madrid es de, aproximadamente, 1.000.000 de ejemplares anualmente.

Por tanto, el órgano de contratación ha realizado un estudio económico exhaustivo, sobre una base de datos sólida, que lógicamente pueden ser objeto de discrepancia, pero de un innegable contenido técnico amparado en el ámbito de su discrecionalidad, sin que este Tribunal disponga de conocimientos técnicos para ponerlos en entredicho.

Tal como establece la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, y como el propio recurrente reconoce, el precio de los libros de texto objeto de este contrato es libre y se rige por las leyes generales de fijación de precios en el comercio, considerando dicho recurrente, de aplicación la ley de comercio minorista que prohíbe la venta a pérdidas.

El artículo 14 de la citada ley establece como excepción a la libertad de precios recogida en el artículo 13: “*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales. Las ventas con pérdida se reputarán desleales en los siguientes casos:*

- a) *Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento.*
- b) *Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.*
- c) *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.*
- d) *Cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su modo de fijación, o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado”.*

Circunstancias que no se dan en el caso que nos ocupa.

Respecto a la posible revisión de precios, deben acogerse las alegaciones del órgano de contratación. El artículo 123. 2 de la LCSP establece “*Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado”.*

En definitiva, a lo largo de la fundamentación del recurso la recurrente cuestiona el estudio económico realizado por el órgano de contratación sin aportar un estudio

alternativo con datos y estadísticas fiables que permitan poner en cuestión el análisis del mercado realizado por el órgano de contratación.

Por consiguiente, la actuación del órgano de contratación es ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresarias y Empresarios del Libro de Madrid (Gremio de Librerías) contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la adjudicación del “acuerdo marco para el suministro de libros de texto y material curricular a los centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid”, dividido en 30 lotes, expediente A/SUM-046108/2022 (323M-001-23).

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 multa 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.