

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. contra la Orden, de 21 de diciembre de 2023, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte por la que se adjudica el contrato de “Suministro de licencias de uso de libros electrónicos (EBOOKS) y audiolibros para su préstamo en la plataforma de contenidos digitales accesible a los usuarios de la red de bibliotecas y servicios público de lectura de la Comunidad de Madrid (2 lotes) – Lote 1 obras de ficción” número de expediente A/SUM-020137/2023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el 22 de septiembre de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, y el 25 del mismo mes en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 587.107,40 euros y su plazo de

duración será de doce meses con posibilidad de prórroga por otros doce meses.

A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.-** Realizada la calificación de la documentación administrativa y valoración de las ofertas, resulta que ambas licitadoras obtienen los mismos puntos por lo que se procede a aplicar los criterios de desempate establecidos en la cláusula 17 del PCAP.

Presentada la documentación correspondiente por las empresas, el 27 de noviembre de 2023, se constituye la mesa de contratación para su valoración, analizando lo siguiente:

- Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a esa obligación, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100.

- ODILO TID S.L. presenta un porcentaje de 2,99 % de trabajadores con discapacidad, pero tiene obligación de ello al ser su plantilla superior a 50 trabajadores. Según el Criterio Técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el redondeo debe ser a la baja (entero sin decimales), por lo que no supera el mínimo obligatorio exigido y no se aplica como criterio de desempate.
- DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. tiene una plantilla inferior a 50 trabajadores y no cuenta con trabajadores con discapacidad.

- Igualmente, tendrán preferencia en la adjudicación, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, las proposiciones presentadas por las empresas de inserción.

- ODILO TID S.L. cuenta con un trabajador en riesgo de exclusión contratado con carácter fijo y un convenio suscrito con una entidad cuyo principal objetivo es la plena inserción social y laboral de las personas con riesgo de exclusión social. Se aplica este criterio para el desempate.
  
- DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U no presenta documentación para este criterio.
  
- Asimismo, tendrán preferencia, en igualdad de condiciones, las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
  
- ODILO TID S.L. presenta, además del Plan de Igualdad obligatorio al contar con una plantilla superior a 50 trabajadores, un Plan de Conciliación Laboral y Familiar. Se aplica este criterio para el desempate.
  
- DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U cuenta con un Protocolo frente al acoso. Se aplica este criterio para el desempate.
  
- En la aplicación de estos criterios de desempate, tendrá prioridad la proposición de la entidad que reúna más de una característica: ODILO TID S.L. acredita dos criterios de desempate, y DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. únicamente uno.

A la vista de la puntuación obtenida en el desempate la mesa de contratación propone la adjudicación del contrato a ODILO TID, S.L. que finalmente se materializa en la Orden de 21 de diciembre de 2023, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte.

**Tercero.-** El 12 de enero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de DISTRIBUIDORA OFICIAL DE LIBROS, S.A.U en el que manifiesta su desacuerdo con los puntos otorgados al aplicar los criterios de desempate. Además solicita vista del expediente a los efectos de poder fundamentar su recurso.

El 30 de enero de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 1 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 1 de este contrato en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

## 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, por aplicación de los criterios de desempate, y que en el supuesto de estimarse sus pretensiones se convertiría en adjudicataria *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de diciembre de 2023, practicada la notificación el 22 de diciembre, e interpuesto el recurso el 12 de enero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso se articula en dos motivos:

I.- Informa la recurrente que el 4 de enero de 2024 solicitó acceso al expediente a fin de conocer la documentación aportada por Odilo Tid, S.L., ya que dicha información es importante para poder preparar adecuadamente ciertas alegaciones del recurso y poder valorar adecuadamente si las valoraciones del acta 5 de

desempate son correctas o no. Además, incide en que no ha podido comprobar si son completos y válidos los Plan de igualdad y el Plan de Conciliación Laboral y Familiar aportados por la adjudicataria.

Por ello, solicita a este Tribunal que se le conceda el acceso al expediente y se le otorgue plazo adicional para presentar alegaciones complementarias al recurso presentado.

Alega el órgano de contratación que la recurrente señala que *“En fecha 04.01.24 esta parte presentó solicitud de acceso al expediente administrativo de referencia, a fin de poder conocer la documentación aportada por Odilo Tid, S.L.”*.

En este sentido precisa que con anterioridad el 5 de diciembre de 2023, se recibió en el registro de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte derivado desde el Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid, idéntica solicitud de acceso a la información pública en los siguientes términos:

*...I.- Que la Sociedad ha recibido en fecha 5 de diciembre de 2023 Resolución de Adjudicación del concurso de referencia a la empresa Odilo Tid, S.L., en detrimento de la Sociedad.*

*II.- Que esta parte tiene intención de presentar recurso especial en materia de contratación contra dicha Resolución.*

*III.- Que conforme al artículo 52 LCSP, esta parte solicita el derecho de acceso al expediente administrativo, y en concreto a la oferta y documentación adjunta de Odilo Tid, S.L., así como al escrito y documentación aportada por dicha empresa ante el requerimiento de desempate.*

*Por todo lo expuesto,*

*A la Subdirección General de Gestión Económico-Presupuestaria y Contratación solicito:*

*Admita el presente escrito y acuerde otorgar el acceso interesado, remitiendo copia de la documentación solicitada a esta parte...*

En la Resolución dictada por la Secretaría General Técnica de esta Consejería se tuvo en cuenta que la solicitud de la empresa de acceso al expediente es previa a la posible interposición de recurso especial en materia de contratación y que según la disposición adicional primera de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, “*Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*”. Así, el artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula el acceso al expediente de contratación previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación, debiendo solicitarse este acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso.

La solicitud de acceso a la información pública resultó inadmitida por no ser de aplicación el régimen previsto para la Transparencia, siendo el cauce adecuado para ello el previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La resolución de inadmisión de la solicitud fue comunicada a la recurrente el día 4 de enero de 2024 constado acuse recibo a las 10:46 horas de esa misma fecha, e inexplicablemente conforme precisa la recurrente, el mismo día 4 de enero a las 14:59 horas tenía entrada en el registro del Portal de Transparencia una nueva solicitud de acceso a la información pública, en idénticos términos.

Esta segunda solicitud de acceso a la información pública todavía no ha sido atendida pero anticipa el órgano de contratación que dado que el contenido es idéntico a la primera será resuelta en los mismos términos, y deja constancia que no se ha facilitado acceso al expediente por no haber sido solicitada por los cauces e instrumentos adecuados.

En defensa de su actuación cita la Resolución 2/2023, de 12 de enero, de este Tribunal.

Vistas las posiciones de las partes es preciso citar el artículo 52 de la LCSP:

*...Artículo 52. Acceso al expediente.*

*1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*

*2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.*

*3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente...*

Como expone el órgano de contratación la solicitud realizada por la recurrente el 5 de diciembre de 2023 no se realizó dentro del plazo para la interposición del recurso, tal y como prescribe el artículo 52 de la LCSP. La Resolución de inadmisión acuerda:

*...Inadmitir la solicitud de acceso la información pública. Una vez analizada la información solicitada, se han comprobado los siguientes aspectos:*

1. *De la solicitud de la empresa se deduce que la solicitud de acceso al expediente es previa a la posible interposición de recurso especial en materia de contratación.*
2. *Según la disposición adicional primera de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, “se registrarán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información” Así el artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula el acceso al expediente de contratación previo a la interposición del recurso en materia de contratación, debiendo solicitarse este acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso.*

*Valoradas todas las circunstancias concurrentes y de conformidad con lo establecido en el artículo 43 y disposición adicional primera de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte.*

*Por tanto, resuelve inadmitir la solicitud de acceso a la información solicitada por no ser de aplicación el régimen previsto para la Transparencia, siendo el cauce adecuado para ello el previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público...”*

El 4 de enero de 2024 vuelve a presentar una nueva solicitud ante la Dirección General de Atención al Ciudadano y Transparencia de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local, en documento normalizado que se denomina “solicitud de acceso a la información pública” indicando su intención de presentar recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación de 5 de

diciembre de 2023 y citando el artículo 52 de la LCSP para solicitar el acceso al expediente administrativa.

Pues bien, analizando las actuaciones realizadas es cierto que la recurrente tenía que haber sido más diligente, pues tenía que haber presentado su solicitud de acceso al órgano de contratación. No obstante, a pesar de que el modelo normalizado indicaba “*solicitud de acceso a la información pública*” la pretensión de DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.D. era clara, solicitar el acceso al expediente a los efectos de interponer el recurso especial en materia de contratación, estando esta segunda solicitud dentro del plazo para presentar el mismo.

A juicio de este Tribunal el órgano de contratación ha actuado con un excesivo formalismo que no es comparable con la Resolución que cita en su defensa por lo que debía haber concedido el acceso al expediente en los términos del artículo 52 de la LCSP.

Ello nos lleva a determinar si es oportuno acordar el acceso al expediente en este momento procedimental. Al respecto no se debe olvidar que el acceso al expediente tiene un carácter instrumental, con objeto de permitir al recurrente fundamentar su recurso.

En el presente caso DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U ha fundamentado in extenso su recurso, dado que tiene conocimiento de los puntos otorgados a las partes y los motivos de dicha valoración. Tal y como se verá al analizar las alegaciones realizadas por la recurrente, indica en cada uno de los puntos otorgados sus motivos de oposición. Por ello, a juicio de este Tribunal no procede conceder el acceso al expediente solicitado por tener dicho trámite un carácter instrumental a efectos de interponer el correspondiente recurso para defender su postura, circunstancia que aquí no concurre pues ha indicado de forma precisa sus motivos de oposición.

## II.- Errores del desempate.

Entiende que la valoración realizada contiene graves errores que si se subsanan llevaría a que se le adjudicase el contrato, o en última instancia a empatar en puntos, lo cual conduciría a un desempate final a favor de ella tal y como explica a continuación.

Como cuestión previa, dice la recurrente que respecto al criterio de trabajadores con discapacidad, que es el primero analizado en el acta nº 5, en que ninguna de las licitadoras obtuvo puntos de desempate, lo consideramos correcto y no tienen nada que decir. Sin embargo, la adjudicataria en las alegaciones presentadas al recurso interpuesto, opone que tenía que haber obtenido un punto.

En este momento procedimental este Tribunal no puede entrar a valorar lo expuesto por ODILO pues el trámite de alegaciones no sirve para plantear cuestiones nuevas que no consten en el recurso interpuesto, sino que su finalidad es que el recurrido se pueda defender de lo allí alegado para no causarle indefensión, sin perjuicio de que pueda interponer, el correspondiente recurso especial en materia de contratación en aquellos supuestos que proceda.

Los errores apreciados por la recurrente son:

1.-Respecto del criterio vinculado a las empresas de inserción, indica que es claro que se da un punto de preferencia a este tipo de empresas que son aquellas que cumplan los requisitos establecido en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

Al respecto cita el artículo 4 y 5 de dicha norma para concluir que las empresas de inserción son empresas cuyo objeto social debe ser específicamente la inserción laboral, que deben estar inscritas en un registro especial, y que deben tener contratados al menos un 50% de trabajadores en proceso de inserción (a partir de su

tercer año de negocio).

Sin embargo, a pesar de haberse otorgado a Odilo puntuación por este criterio, no lo cumple, pues no tiene como objeto social la inserción laboral. En su defensa acompaña la nota registral de la empresa, donde dice que se puede observar que su objeto social no incluye “inserción laboral”, además de no estar inscrita en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción Laboral de la Comunidad Autónoma.

Al contrario, lo que menciona el acta expresamente es que Odilo ha acreditado tener a un solo trabajador en riesgo de exclusión social. Teniendo en cuenta que previamente el acta había manifestado que Odilo tiene una plantilla superior a 50 trabajadores, es evidente que un solo trabajador no es el 50% de la plantilla.

Pero es que además el acta menciona otro elemento como si ello justificara el cumplimiento de este criterio, y es evidente que esta mención vulnera directamente lo establecido en el Pliego de Condiciones:

*“Odilo cuenta con un convenio suscrito con una entidad cuyo principal objetivo es la plena inserción social y laboral de las personas con riesgo de exclusión social”.* Al respecto dice que, si realmente existe ese convenio, ello no supone cumplimiento del criterio porque el pliego de condiciones es claro: tiene que ser el propio licitante quién sea una empresa de inserción laboral. Adicionalmente alega que no se identifican los términos de ese convenio ni se identifica a la empresa en cuestión, de modo que desconoce si realmente esa empresa es de inserción laboral y es una de las inscritas en el Registro especial.

Alega el órgano de contratación, que todos los extremos expuestos por la recurrente quedan acreditados documentalmente y han sido convenientemente contrastados. En este sentido, sólo tendría cabida deducir que estamos ante una posible interpretación errónea por parte de la Mesa de Contratación al analizar la documentación presentada por ODILO TID S.L., que aportó un contrato de trabajo

subvencionado de un trabajador en riesgo de exclusión social y un convenio de adhesión al Programa INCORPORA (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), suscrito con una entidad de carácter social con el fin de recibir asesoramiento, y apoyo en el proceso de incorporación de personas con riesgo de exclusión social al mundo laboral, con un compromiso activo por parte de la empresa, cuestión que si bien ha quedado acreditada que no estamos ante una empresa de inserción laboral, pero si tenía contratado a un trabajador que se ajusta a los objetivos de dichas entidades, y que pudo inducir a error a la mesa de contratación, dada la finalidad coincidente, de tener contratado a un trabajador en dicha situación de exclusión social con el objeto de una empresa de inserción laboral.

Reconoce la adjudicataria, que no es una empresa de inserción y que en ningún caso se había expresado tal condición, lo que sí presenta es el Convenio con una empresa de inserción, con la que colabora activamente para la contratación de personas con discapacidad.

Defiende que en el párrafo 3 de la Cláusula 17 del Pliego Administrativo de Clausulas Particulares se señala que será puntuable el disponer de “*mayor número de porcentaje de trabajadores en riesgo de exclusión social*” por lo que al acreditar que tiene contratado a una persona en riesgo de exclusión social debe mantener el punto obtenido por este criterio.

A la vista de lo alegado nos remitimos al literal de este criterio de desempate que consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares:

*“...Igualmente, tendrán preferencia en la adjudicación, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración y los Centros Especiales de Empleo, y entre ellas, las*

*que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, o mayor porcentaje de trabajadores en situación de exclusión social...”.*

De la simple lectura se desprende que para aplicar este criterio de desempate, primero la licitadora tiene que ser una empresa de inserción y luego de entre ellas *“la que disponga el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, o mayor porcentaje de trabajadores en situación de exclusión social”.*

Como se observa, la adjudicataria hace una lectura parcial del criterio objeto de controversia. Así, no teniendo ODILO la condición de empresa de inserción no procede otorgarle ningún punto por este criterio.

Se estima esta pretensión de la recurrente.

2.- El siguiente criterio de desempate indica:

*...Asimismo, tendrán preferencia, en igualdad de condiciones, las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres...*

El acta refleja que se ha valorado que ambas licitadoras cumplen este criterio, porque Odilo tiene un Plan de Igualdad y un Plan de Conciliación Laboral y Familiar, obligatorios dado que tiene una plantilla superior a 50 personas; y mi representada tiene un Protocolo frente al Acoso.

Entiende que la valoración es incorrecta porque debería aplicarse la interpretación de que cuando la empresa tiene un elemento porque es legalmente obligatorio no cuenta, circunstancia que se desprende de la cláusula 17 del PCAP, cuando en su párrafo segundo indica que contará el cumplimiento cuando la empresa no tenga la obligación legal de cumplirlo.

Caso distinto es que una empresa que no tiene dicha obligación legal, tenga esos u otros planes, como ocurre con DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS. En este caso, ese hecho sí supone un elemento distintivo y preferente con valor de desempate.

Además de lo anterior, considera que el Plan de Conciliación no es un elemento que cumpla el criterio porque los pliegos se refieren a *“medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, y la *conciliación son medidas neutras para ambos sexos, no de igualdad entre sexos*.

Finalmente indica que la recurrente tiene un Plan de Igualdad (que no es obligatorio legalmente en su caso) hecho que es omitido por la administración.

El órgano de contratación señala que es preciso remitirse a la cláusula 17 del PCAP, cuando habilita este criterio de desempate:

*...Asimismo, tendrán preferencia, en igualdad de condiciones, las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres...*

Esta remisión se hace necesaria porque la recurrente entiende que la aplicación de este criterio se debe realizar con los mismos considerandos que el criterio relativo a la cuota de reserva de personal con discapacidad, en el caso de superar los 50 trabajadores de plantilla, donde sí se ha incluido que tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas para aquellas empresas, que, *“sin estar sujetas a la obligación”*, superen el límite exigible por la normativa para ser valorado como verdadero criterio de desempate, e insiste en remitirse a la redacción dada en el PCAP. En la valoración de este criterio, no se tiene en cuenta si la empresa está obligada o no legalmente a tener un plan de igualdad, para tener en cuenta la documentación que ha presentado y poder valorar este criterio de desempate.

En cualquier caso, realiza algunas precisiones a lo antedicho por DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U., puesto que, si bien es correcto señalar que ODILO TID S.L. está obligada a disponer conforme a la legislación vigente de un Plan de Igualdad al tener un plantilla superior a 50 trabajadores, extremo comprobado constando correctamente inscrito en el correspondiente registro, la obligatoriedad de disponer de un Plan de Conciliación Laboral y Familiar no está regulado en ninguna norma, cuestión distinta es que habitualmente, la implementación de dicho plan sea una de las medidas más populares y de mayor impacto sobre el bienestar de la plantilla y en el diseño de un Plan de Igualdad el empresario decida incluirla. El Plan de Conciliación en empresa es un documento en el que se diseñan y recogen todas las estrategias, objetivos y actuaciones en la empresa, al cual pueden acudir los trabajadores para poder realizar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, es decir, armonizar tanto la vida personal como la vida laboral. En otras palabras, el Plan de Conciliación es una herramienta para lograr la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres en el entorno laboral. A mayor abundamiento, aunque no es obligatorio para las empresas estar en posesión de un Plan de Conciliación laboral, sin embargo, sí hay una serie de medidas que se incluyen en dichos planes que, en cualquier caso, son de obligado cumplimiento por ley: permisos retribuidos de maternidad y paternidad (cuyos órganos reguladores son el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público), reducción de jornada (legislada por el Estatuto de Trabajadores (art. 37), permisos retribuidos por motivos de fallecimiento, accidente o enfermedad de parientes y/o familiares de hasta segundo grado, permisos no retribuidos (ambos tipos de permisos están regulados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social), excedencias laborales...

Así considera que el Plan de Conciliación va más allá de la visión simplista que le otorga la recurrente.

Opone la adjudicataria que presentó el Plan de Conciliación Laboral y Familiar que no es obligatorio para las empresas, con independencia del número de

trabajadores por lo que debe mantener el punto otorgado.

Además, con la acreditación del Plan de Igualdad , ODILO acredita disponer de un Plan de Prevención de Acoso, ya que sí que figura como obligatorio dentro del Plan, además de acreditar la correcta difusión y formación del personal en esta materia y dejando evidenciado el cumplimiento de la Ley en Materia de Igualdad por parte de ODILO.

Sin embargo, y respecto al Plan de Acoso Laboral presentado por DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U, sí que es obligatorio para todas las empresas el disponer de un Plan de Acoso Laboral, tal y como se desprende del Art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por tanto, al ser una medida obligatoria correspondería a DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. 0 puntos en el informe de la valoración del desempate. Por otro lado, no queda evidenciado que DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. presente un Plan de Igualdad en tiempo, además de no haber aportado su registro.

En resumen, de cara a este apartado, y computando sólo las medidas no obligatorias implantadas en la empresa y que haya quedado acreditadas en el momento de presentación de la documentación, ha de computar sólo el Plan de Conciliación laboral y familiar de ODILO.

A la vista de lo manifestado por las partes y en relación con las alegaciones de ODILIO sobre la puntuación otorgada a la recurrente, este Tribunal no entra a valorarlas por los motivos expuestos más arriba.

En cuanto a la alegación de la recurrente sobre que, cuando una empresa tiene la obligación legal de contar con un Plan de Igualdad no se debe valorar, no se puede

acoger esa pretensión pues no es la redacción dada en el PCAP. En este sentido los pliegos son claros, para el criterio de desempate relativo a los trabajadores con discapacidad se hace referencia a “sin estar sujetas a la obligación” legal, circunstancia que no concurre en las medidas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Quedando acreditado que ODILIO cuenta con un Plan de Igualdad inscrito en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad procede aplicarle este criterio de desempate.

En consecuencia, se desestima esta pretensión de la recurrente.

3.- Por último, indica que si se admiten sus pretensiones se convertiría en adjudicataria. Pero es que incluso en el caso de que se rectificara parcialmente la valoración de desempate, quitando a Odilo 1 solo punto (por ejemplo si se rectifica el error de otorgarle el punto del criterio de empresa de inserción cuando claramente no

lo es, pero no se valora que haya error en el punto de medidas de igualdad), ello supondría un nuevo empate entre ambas licitadoras, y ello llevaría a una decisión de otorgamiento del contrato a la recurrente, conforme al PCAP.

La cláusula 17 del Pliego establece lo siguiente *...Los eventuales empates se resolverán en favor de la oferta que según el orden de prioridad establecido tenga mejor puntuación en el criterio de adjudicación preferente...*

Ello debe ponerse en relación con lo establecido en la cláusula 8 del Pliego *...Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato son los establecidos, con su correspondiente ponderación o, en su defecto, por orden decreciente de importancia, en el apartado 8 de la cláusula 1...*

Es decir, que el criterio de adjudicación preferente al que se refiere la cláusula 17 es el primero de los criterios objetivos establecidos en la cláusula 1.8 ya que esos criterios siguen un orden decreciente de importancia. Y el segundo criterio preferente será el segundo de esos criterios, y así sucesivamente.

Por su parte, el orden de los criterios de la cláusula 1.8 es el siguiente:

*“1. Criterios económicos. Se formulará mediante la proposición económica presentada...”*

Conforme a la información que disponen manifiesta que la proposición económica de ambas licitadoras fue la misma, ya que ambas ofrecieron el máximo descuento posible, esto es el 15%.

El segundo criterio de la cláusula 1.8 es el siguiente:

*“2. Criterios que dependen de un juicio de valor.*

*2.1. Mayor número de usos por licencia.”*

Tal y como se hace constar en la valoración de las ofertas en este criterio, DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS obtuvo 18 puntos y en cambio ODILO obtuvo 16 puntos. En consecuencia, aplicando el criterio de desempate establecido en el pliego sería la adjudicataria del Lote 1.

El órgano de contratación señala que el PCAP no ha declarado ningún criterio como preferente, ni respecto de los criterios de adjudicación ni de los criterios de desempate.

Si acudimos a la ...*Cláusula 8. Criterios objetivos de adjudicación. Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato son los establecidos, con su correspondiente ponderación o, en su defecto, por orden decreciente de importancia, en el apartado 8 de la cláusula 1...*

En el mencionado apartado 8 de la cláusula 1, criterios objetivos de adjudicación del contrato, a su juicio, sólo existen dos criterios de adjudicación: el criterio económico (40 puntos) y el criterio de juicio de valor (60 puntos), lo que conllevó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146.2.a) de la LCSP se designara un comité de expertos. Siendo el criterio más importante (que no el preferente) el juicio de valor, donde las empresas empatan.

Se aprecia que la recurrente de forma interesada para conseguir su objetivo, se aparta de esta distinción, e introduce como elemento para resolver el desempate, la valoración en un subcriterio en el que su puntuación es superior a la empresa que resultó propuesta como adjudicataria.

Por lo que, una vez aplicados en primer lugar los criterios establecidos en el PCAP, *lex contratus*, y persistir el empate, y no estando previsto el sorteo como medio de desempate se podría considerar como medida más acertada y equitativa la aplicación del artículo 147.2. de la LCSP, avalando su postura por referencia a nuestra Resolución 123/2022, de 31 de marzo.

Siguiendo ese criterio, el nuevo intento de desempate tendría lugar aplicando el criterio recogido en el apartado 2.a) del artículo 147 de la LCSP:

*“2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:*

- a) *Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla”.*

Esto les lleva a volver a tener en consideración la documentación presenta por ambas empresas para el criterio primero de desempate:

- ODILO TID S.L.: Declara y acredita documentalmente tres trabajadores con discapacidad y un trabajador en riesgo de exclusión social, todos ellos con contrato indefinido.
- DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U.: No tiene en su plantilla ningún trabajador con discapacidad ni ningún trabajador en inclusión.

A la vista de los datos, se podría concluir que el desempate habría sido ganado por ODILO TID S.L. y mantendría su condición de empresario adjudicatario.

Una vez analizadas las alegaciones de las partes, decir que el razonamiento de la recurrente carece de toda lógica, pues como señala el órgano de contratación el PCAP no establece un criterio de adjudicación preferente.

Las reglas para aplicar los criterios de desempate se establecen en el artículo 147 de la LCSP, donde en su apartado 1 se indica que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios específicos para el desempate y en el apartado 2, para el supuesto en que no se establezca en los pliegos estos criterios, dispone la aplicación por orden de una serie de criterios sociales.

De acuerdo con lo que antecede, una vez aplicados los criterios de desempate establecidos en el PCAP, el problema persiste, pues ambas empresas vuelven a empatar. Esta circunstancia nos lleva a plantearnos que nos encontramos en la misma situación que cuando el PCAP no fija criterios de desempate, pues una vez aplicados los contemplados en el pliego no ofrecen una solución.

Al respecto señalar que el artículo 4.1. del Código Civil establece que *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*, por ello a juicio de este Tribunal procede la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 147.2 de la LCSP según el orden establecido.

Por lo tanto, se estima parcialmente el recurso, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones a los efectos de que se modifiquen los puntos otorgados a ODILIO de acuerdo con lo expuesto y se proceda a solicitar a las partes, si no se dispone de ella, la documentación acreditativa para aplicar los criterios de desempate previstos en el artículo 147.2. de la LCSP.

**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.-** Denegar el acceso al expediente.

**Segundo.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS, S.A.U. contra la Orden, de 21 de diciembre de 2023, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte por la que se adjudica el contrato de “Suministro de licencias de uso de libros electrónicos (EBOOKS) y audiolibros para su préstamo en la plataforma de contenidos digitales accesible a los usuarios de la red de bibliotecas y servicios público de lectura de la Comunidad de Madrid (2 lotes) – Lote 1 obras de ficción” número de expediente A/SUM-020137/2023, en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Cuarto.-** Dejar sin efecto la suspensión automática para el Lote 1, prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Quinto.-** 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.