

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

Resolución nº 69/2019

En Madrid, a 13 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.M.B., en nombre y representación de la Asociación de Libreros de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes (ALASS), contra los pliegos 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), de la Consejería de Educación e Investigación, 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 procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, dividido en 27 lotes estructurados por zona geográfica, a celebrar con pluralidad de empresas, pudiendo los licitadores presentarse a un lote, a varios o a la totalidad de los lotes. El valor estimado del AM asciende a 125.545.349 euros, para una duración de cuatro años, desde el 1 de mayo de 2019 hasta el 30 de abril de 2023, siendo el sistema de determinación del precio por los precios unitarios de cada libro de texto impreso por cada una de las asignaturas de cada nivel educativo: Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria. El plazo de duración de los contratos basados comprenderá un curso académico, debiendo licitarse un nuevo contrato cada curso académico de los incluidos en el Acuerdo Marco (2019-2020, 2020-2021, 2021-2022 y 2022-2023).

Segundo.- El 18 de enero de 2019 la representación de ALASS interpuso recurso especial ante el órgano de contratación, solicitando “la anulación de los Pliegos para que se proceda a la eliminación de todas las condiciones que atentan contra la libre competencia y la igualdad de trato, debiendo convocarse una nueva licitación”.

Asimismo, la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Tercero.- Con fecha 4 de febrero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el citado recurso acompañado del expediente de contratación, así como del 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).

El órgano de contratación analiza en su informe cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente y concluye informando “desfavorablemente la estimación del recurso, y la suspensión del procedimiento, puesto que, de no estimarse el recurso, implicaría un retraso en el procedimiento de adjudicación de los contratos basados que repercutiría en el retraso en la adquisición de los libros y su puesta a disposición a los alumnos para el comienzo del próximo curso 2019-2020.”

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 el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de ALASS para la interposición del recurso, 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. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Los Estatutos de la Asociación recogen en su artículo 5º entre sus fines la unión de los comerciantes libreros de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes para la defensa de sus intereses comunes. A este respecto la Asociación podrá efectuar cualquier trámite que redunde en su beneficio (...) en cualquier cuestión tendente al cumplimiento de sus fines relacionados con los libros de texto.

La redacción del citado artículo 48 incluye expresamente los intereses colectivos y además contempla que puedan resultar no solo perjudicados sino afectados, de manera directa o indirecta por el acto impugnado. Por ello, debemos entender que dentro del ámbito de sus fines, como expresamente manifiesta la recurrente, su Asociación representa y defiende los intereses de pequeños comerciantes, denominados “librerías de

proximidad”, sus intereses colectivos pueden efectivamente resultar afectados por el contenido de los pliegos del Acuerdo Marco cuyo objeto contractual es el suministro de libros de texto. En consecuencia, se reconoce legitimación activa a ALASS para interponer el recurso especial en materia de contratación.

Se acredita igualmente mediante certificado de actas de la Asociación la representación con que actúa la firmante del recurso como Vicepresidenta de la misma.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la convocatoria a la licitación se publicó en el perfil de contratante el 26 de diciembre de 2018, el recurrente lo presentó ante el órgano de contratación el 18 de enero de 2019, y el 4 de febrero de 2019 se recibió en este Tribunal, dentro por tanto 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 los pliegos que rigen la contratación de un Acuerdo Marco de suministro de 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto el fondo del asunto se concreta en que según la recurrente los pliegos que se impugnan establecen unas condiciones técnicas de acceso a la licitación que en la práctica dejan fuera de la misma al grueso de pequeños comerciantes, indicando que aunque se haya cumplido formalmente la división en lotes se realiza de una manera que, cuantitativamente y cualitativamente, no facilita la participación de las pymes.

Alega la recurrente además que los pliegos contienen obligaciones para los licitadores contrarias a los principios de libre competencia e igualdad de trato y relaciona las siguientes circunstancias:

- Condiciones económicas inasumibles.
- Garantía provisional de importe muy elevado a la que pequeños comerciantes, autónomos, con local alquilado no pueden hacer frente.
- Imposibilidad de cumplir con los requisitos de personal: muchos operadores no tienen empleados ni pueden comprometerse a tenerlos.
- División por lotes difícil de cumplir.
- Valor estimado del contrato muy inferior a los precios a los que las pequeñas librerías podrían adquirir los libros.

- No pueden las pequeñas librerías comprometerse al porcentaje de devolución ya que dependen de que dicha condición de devolución lo acepten los almacenes intermedios o mayoristas, de modo que el cumplimiento del contrato queda en manos de un tercero competidor.
- Los términos del clausulado imponen precios a los pequeños comerciantes inferiores a los de mercado.
- Solo pueden hacer frente a este pliego grandes grupos editoriales, mayoristas del sector del libro, grandes superficies distribuidoras.
- No son unas condiciones equitativas, no se pueden imponer las mismas condiciones a unos que a otros.

El órgano de contratación informa que se ha considerado el Acuerdo Marco el 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. El programa “Accede” financia, a través de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, la compra de libros de texto y material curricular para los que se prevea su renovación y reposición por cada centro escolar. Esto implica que el sistema atribuye la titularidad de los libros a los centros docentes públicos que adquirirán los libros de texto a través de contratos derivados del Acuerdo Marco que formalice la Consejería de Educación. La adquisición del 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.

Asimismo alega que ha tenido presente en el diseño del Acuerdo Marco medidas de apoyo a las PYMES mediante la simplificación del procedimiento y la reducción de cargas administrativas. Así ha establecido la división del Acuerdo Marco en 27 lotes por zonas geográficas, distribuyéndose entre las 5 Direcciones de Área Territorial en función del número de alumnos en los distintos centros docentes públicos por niveles educativos de Educación Primaria y de Educación Secundaria Obligatoria. En la Dirección de Área Territorial de Madrid Capital se han agrupado los 21 distritos en 9 lotes, y en las restantes Direcciones de Área se han agrupado los municipios conformando dos lotes por cada Dirección de Área, comprendiendo dos lotes por Madrid Norte, dos lotes por Madrid Sur, dos lotes por Madrid Oeste y dos lotes por Madrid Este y los restantes 10 lotes se han conformado cada uno de ellos por 10 municipios con más de 100.000 habitantes: Alcalá de Henares, Coslada, Rivas-Vaciamadrid, Torrejón de Ardoz, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Móstoles y Parla. 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.

Este Tribunal, a la vista de lo que establecen los pliegos y de las memorias recogidas en el expediente, considera que la división en lotes del Acuerdo Marco planteada por el órgano de contratación cumple con lo dispuesto en el artículo 99 de la LCSP, efectuando una desagregación en lotes suficientemente justificada y equilibrada en cuanto al número de centros e importes, que no tiene por qué impedir la concurrencia de PYMES, ni por su volumen ni por las condiciones de acceso al Acuerdo Marco, puesto que no se establece ninguna limitación en cuanto al número de lotes al que los licitadores pueden presentar oferta, ni al número de adjudicatarios por lote, ni al número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Respecto a la alegación de la recurrente de condiciones económicas inasumibles el órgano de contratación informa 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 (2015, 2016 y 2017) de, al menos, 23.643,78 euros y en cuanto a la solvencia técnica una declaración indicando el personal integrado o no en la empresa de los que disponga para la atención personalizada a los centros docentes que deberá ser como mínimo de una persona por lote, además de la exigida como requisito mínimo en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Este Tribunal considera que las exigencias de solvencia recogidas en la cláusula 1.5 del PCAP son conformes a lo dispuesto en los artículos 87 y 89 de la LCSP.

Respecto a la circunstancia de garantía provisional de importe muy elevado, indicada por la recurrente, este Tribunal ha comprobado que en la cláusula 1.7 del PCAP no se exige constitución de garantía provisional, ni definitiva, para concurrir al Acuerdo Marco, recogándose solo la constitución de garantía definitiva para los contratos basados, por importe del 5% del precio del contrato, IVA excluido.

El órgano de contratación “Por lo que se refiere a las alegaciones de la recurrente relativas al valor estimado del contrato muy inferior a los precios a los que las pequeñas librerías podrían adquirir libros, a la de los precios inferiores a los de mercado y a la que sólo pueden hacer frente a este pliego los grupos editoriales, mayoristas del sector del libro y grandes superficies distribuidoras, cabe señalar que fue objeto de alegaciones al proyecto de Decreto por parte de la Asociación Nacional de Editores de Libros y material de Enseñanza (ANELE), pronunciándose el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 2011, dictada en

Casación, sobre el sistema de préstamo gratuito de libros de texto de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en la que se decía que este sistema 'no afecta a la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica y por otro lado es proporcionada al objeto que se persigue: profundizar en la gratuidad del servicio público educativo'."

Asimismo, cita pluralidad de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja, Canarias, Galicia y Aragón (ST de 23 de mayo de 2007, 10 de julio de 2008, 26 de noviembre de 2008 y 22 de marzo de 2010, respectivamente), en que los jueces de lo contencioso de las diferentes Comunidades Autónomas, donde se ha recurrido una normativa muy similar, no han estimado que existiera una posición de dominio de la administración pública competente, ya que el sistema de préstamo gratuito de los libros de texto es voluntario... y es cada centro educativo el que decide los libros a comprar y el establecimiento al que se compran, sin que exista prueba de que las cuantías establecidas impongan indirectamente precios u otras condiciones comerciales no equitativas.

Por otra parte informa que para realizar una estimación del coste de los libros de texto se ha tenido en cuenta el coste por niveles educativos de distintos centros docentes extraídos de la información aportada por los propios centros educativos y que se refiere a los precios reales de compra por ellos de los libros de texto. Con el fin de evitar distorsiones en el mercado, se ha previsto en la cláusula 1.1 del PCAP, para el supuesto de que por la Comisión de Coordinación Pedagógica del centro se seleccionen para cada curso académico, libros de texto, cuyo precio de mercado, se desvíe un 30% del precio adjudicado, tanto a la baja como al alza, que los libros en cuestión podrán adquirirse fuera del Acuerdo Marco, a través del procedimiento más adecuado en aplicación de la LCSP.

En cuanto a la alegación relativa a que las pequeñas librerías no pueden comprometerse al porcentaje de devolución ya que dependen de que lo acepten los almacenes intermedios o mayoristas, el órgano de contratación señala que se ha establecido como un criterio de adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco, por tanto como mejora voluntaria que puede ofrecer la licitadora para obtener más puntuación, y que en la realización de cualquier operación mercantil o comercial o incluso administrativa, pueden intervenir diferentes actores económicos, tanto en la cadena de fabricación, como en la de producción, distribución, servicio posventa, etc., lo que implicará claramente que la actuación de cada uno de estos actores esté condicionada o supeditada al desarrollo adecuado y correcto de las operaciones de los actores que le preceden o que le suceden en la cadena.

A estos efectos interesa recoger extractadamente los criterios de adjudicación y su ponderación, establecidos en la cláusula 1.6 del PCAP, todos ellos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

“ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCOHasta 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.

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.

2. Criterios evaluables de forma automática hasta 20 puntos

2. 1 Plazo de entrega de los envíos fuera del período ordinario hasta 15 puntos Se otorgará la máxima puntuación al licitador que oferte el menor plazo de entrega, se le otorgará cero puntos a la oferta que se ajuste al plazo de 10 días hábiles. Al resto de ofertas se les aplicará la puntuación de manera proporcional con aplicación de la siguiente fórmula: Puntuación = 15 x Menor plazo (1día hábil)/Proposición a valorar.

2. 2. Propuestas que mejoren la comunicación:hasta 5 puntos

Servicio de atención durante el horario de apertura del centro docente..... 3 puntos

Por la oferta de pedidos on line 2 puntos

ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS BASADOS EN EL A.M.: 60 PUNTOS Solo podrán celebrarse contratos basados en el presente Acuerdo Marco entre los centros docentes públicos de educación primaria y de educación secundaria obligatoria y las empresas que hayan sido adjudicatarias del mismo en cada uno de los lotes. En estos contratos, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el Acuerdo Marco.

Los Directores de los centros educativos invitarán, al menos, a tres empresas adjudicatarias del correspondiente lote del Acuerdo Marco que estén en condiciones de realizar el objeto del contrato basado conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 38 del presente Pliego.

1.- Precio:.....Hasta 10 puntos

1.1. Mejora respecto al ofertado para la adjudicación del AM..... Hasta 10 puntos

Se valorará el porcentaje de descuento sobre los precios unitarios, hasta un porcentaje máximo de un 15% al que se asignarán 10 puntos. Se le otorgará cero puntos a la oferta que no ofrezca porcentaje y al resto de ofertas se les aplicará la puntuación de manera proporcional con aplicación de la siguiente fórmula:

Puntuación precio= 10 x Proposición a valorar / Porcentaje con mayor descuento Todas las puntuaciones se redondearán al segundo decimal.

2.- Criterios evaluables mediante la aplicación automática: hasta 50 puntos

2.1.- Se valorará que se oferte etiquetado, forrado, preparación de entrega de los libros en lotes, retirada de libros y disponibilidad de almacenamiento de los libros en instalaciones ajenas al centro, hasta la fecha que el Director del centro indique en los períodos ordinarios de entrega de los libros, con la siguiente distribución por puntos:

Hasta 10 puntos

Etiquetado con los códigos de barras del programa ACCEDE Sí 2,5

Preparación en lotes por alumno y curso Sí 2,5

Forrado de libros Sí 2,5

Almacenamiento Sí 2,5

2.2.- Se valorará como criterio de tipo ambiental la oferta de servicio de retirada y de reciclaje de libros por obsolescencia o por cualquier otra circunstancia que impida su utilización:

.....Hasta 10 puntos

2.3 Gestión de devoluciones: Hasta 15 puntos

Se valorará el porcentaje de libros que se permiten devolver en el plazo máximo de un mes desde su adquisición por el centro.

Se otorgará la máxima puntuación al licitador que oferte un porcentaje igual o superior al 15%, se le otorgará cero puntos a la oferta que no presente porcentaje de devolución. Al resto de ofertas se les aplicará la puntuación de manera proporcional con aplicación de la siguiente fórmula: $\text{Puntuación precio} = 15 \times \frac{\text{Proposición a valorar}}{\text{Porcentaje con mayor descuento (15\%)}}$

2.4 Gestión de cambios en los pedidos:.....Hasta 15 puntos

Se valorará el tiempo que las empresas tarden en efectuar cambios de libros adquiridos por los centros por error, por ajustes de programación u otras causas objetivas y justificadas.

Se otorgará la máxima puntuación al licitador que oferte el plazo de un día natural en atender la solicitud de cambio, se le otorgará cero puntos a la oferta que sea superior a 14 días naturales. Al resto de ofertas se les aplicará la puntuación de manera proporcional con aplicación de la siguiente fórmula: $\text{Puntuación precio} = 15 \times \frac{\text{Menor plazo (1 día)}}{\text{Proposición a valorar}}$.”

Este Tribunal considera que la Consejería de Educación e Investigación para el cumplimiento de la normativa de gratuidad de los libros de texto y la consecución del Programa Accede ha adoptado el procedimiento más apropiado para facilitar el acceso de las PYMES, dentro de los previstos en la LCSP, planteando un Acuerdo Marco de procedimiento abierto, con pluralidad de criterios sin que el precio sea el determinante, dividido en lotes teniendo en cuenta el ámbito geográfico y el número estimado de alumnos participantes, con pluralidad de proveedores y sin establecer límites a la participación, ni establecer criterios sujetos a juicio de valor que complicasen la documentación a presentar por los licitadores.

Asimismo, desconcentra en los directores de los centros públicos incluidos en el Acuerdo Marco las facultades de contratación, incluidas las correspondientes al proceso de gasto, al ser los directores de los centros educativos públicos de Educación Primaria y de Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad de Madrid los encargados de celebrar las licitaciones de los contratos basados entre las empresas adjudicatarias del A.M., correspondiéndoles la adjudicación y formalización de los contratos basados, de conformidad con el procedimiento recogido en la cláusula 38 del PCAP, en virtud de la autonomía organizativa de los centros docentes y de la citada normativa de gratuidad.

Por otra parte, se ha de recordar en cuanto a las condiciones equitativas citadas por la recurrente que la promoción, deseable y necesaria, de la participación en las licitaciones públicas de las pequeñas y medianas empresas ha de ser compatible 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.

No se aprecian circunstancias que motiven la nulidad del PCAP solicitada, dado que no se vulnera en su clausulado lo dispuesto en los artículos 1, 99, 132 y 146 de la LCSP, sin que tampoco se detecte incumplimiento de las previsiones recogidas en el Preámbulo de la Ley relativas a facilitar el acceso a las PYMES, y teniendo en cuenta, además, que el escrito de interposición no fundamenta las alegaciones formuladas por la recurrente.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que no ha quedado acreditado que el PCAP del Acuerdo Marco atente contra la libre competencia, ni la igualdad de trato, ni dificulte la concurrencia de PYMES por lo que se ha de desestimar el recurso especial presentado por ALASS, sin que proceda la suspensión del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 doña M.M.B., en nombre y representación de la Asociación de Libreros de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, contra los pliegos 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), de la Consejería de Educación e Investigación.

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.