

Recurso nº 8/2024
Resolución nº 23/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 18 de enero de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña Ana Isabel García Díaz, en nombre propio, contra la Orden nº 4920/2023, de 14 de diciembre, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades por el que se decide su exclusión y 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 del contrato asciende a 143.547.354,28 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- El día 14 de diciembre de 2023, se publica la resolución de adjudicación, notificada el día 15 de diciembre de 2023, en el que se excluye a la licitadora por rechazo de la proposición económica de acuerdo a lo descrito en el acta de la Mesa de 21 de julio, al no detallar en la oferta ni el lote ni el descuento ofertado.

El 7 de enero de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por doña Isabel García Díaz contra el acuerdo por el que decide su exclusión del procedimiento de licitación del acuerdo marco de referencia.

Tercero.- El 11 de enero de 2024 el órgano de contratación remitió 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. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lote 21 por haberse interpuesto el 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Quinto.- 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 tratarse de una licitadora excluida de la licitación, 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 el acuerdo de exclusión fue notificado el 15 de diciembre de 2023 e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 7 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 la exclusión de la recurrente incluida en la Orden de adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir las cláusulas del PCAP concernidas:

Cláusula 1.6.- *“Criterios de adjudicación y su ponderación.*

A) Primera fase o licitación: Adjudicación del Acuerdo Marco. Valoración a realizar por la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades: Esta primera licitación permite obtener hasta un máximo de 40 puntos.

LOTES 1 A 29. La adjudicación del presente acuerdo marco se realizará aplicando los siguientes criterios:

Número 1 Descripción del criterio

Ponderación 1 Criterio relacionado con los costes: precio Hasta 15 puntos

Número 2 Descripción del criterio

Criterios cualitativos evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmula

Hasta 25 puntos

TOTAL PUNTUACIÓN

Hasta 40 puntos

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

1.- Criterio coste. Precio:..... Hasta 15 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. El porcentaje de descuento máximo será de un 5%”.

El recurso se fundamenta en que su exclusión de la licitación del acuerdo marco no fue ajustada a Derecho.

Señala la recurrente que la Cláusula 1 apartado 6.A.1 del Pliego establece para la Proposición Económica que “...Se asignarán 15 puntos a la oferta que incluya un porcentaje único de descuento del 5% y 0 a la oferta cuyo porcentaje de descuento sea de 0 euros y al resto el reparto de puntos se hará de forma proporcional”.

Manifiesta que de acuerdo a lo que establecía el Pliego, adjuntaron en su oferta el Anexo I, sin citar ningún descuento, puesto no querían aplicar ningún porcentaje de descuento.

La exclusión se justifica porque la proposición no especifica los lotes ni el porcentaje de descuento. A este respecto alega que “no queríamos aplicar ningún

porcentaje único de descuento, algo que tampoco se nos solicitó aclarar por parte de la Mesa, la explicación del Lote al que queríamos concurrir no admite duda si se observa lo mencionado en el DEUC que presenté en el Sobre de Documentación Administrativa”.

Concluye señalando que en la licitación del anterior Acuerdo Marco, el de 2019, al licitador INNSBRUCK&MAVEL GROUP, con número 144, se le dio por buena una proposición económica en la que indicaba expresamente el importe de los precios unitarios sin mayor variación, tal y como venían expresados en el PCAP, lo que la Mesa sí interpretó como un porcentaje de descuento de 0%, bastante más contradictoria y confusa que la que ella presentó.

Por su parte, el órgano de contratación alega que examinada la proposición económica de la recurrente se constata que utilizó el modelo del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación con lo establecido en el apartado 6 de la Cláusula 1 y en la Cláusula 13 de dicho Pliego. En dicho apartado 6, se establece que la proposición económica deberá realizarse 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. El porcentaje de descuento máximo será de un 5%. Sin embargo, el documento presentado por la recurrente, referido al porcentaje único de descuento por lote, figura sin cumplimentar, constando únicamente la rúbrica del mismo, por lo que tal y como se señala en el acta correspondiente se propone al órgano de contratación el rechazo de la proposición económica de la recurrente.

Por lo que respecta a la alegación referida a la ausencia de solicitud de aclaración por parte de la Mesa, se considera a la vista de lo expuesto, que ésta actuó correctamente proponiendo la exclusión de la licitadora sin más trámites, dado que la subsanación suponía en el caso concreto no la aclaración de la oferta, sino la

realización de la oferta que no se llevó a cabo en el momento oportuno, conociendo las del resto de licitadores, lo que se sería contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Concluye su alegato señalando que estamos ante un error de la licitadora recurrente no subsanable puesto que la petición de cualquier aclaración por la Mesa habría conllevado la presentación de una nueva proposición económica por la recurrente, puesto que el Pliego requería de la indicación expresa de un porcentaje de descuento, aunque hubiera sido de 0% y no tácito que habría implicado, una interpretación arbitraria de la mesa de contratación.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho por considerar inválida su proposición económica.

Dos son las razones que se alegan en la justificación de la exclusión: La proposición económica no especifica los lotes ni el porcentaje de descuento.

Respecto al primero, en el acta de la mesa de contratación de 27 de junio de 2023 se manifiesta *“En el Anexo 2 a la presente acta, se relacionan las empresas y empresarios con indicación de los lotes a los que han presentado oferta, sin perjuicio de lo indicado en el certificado de defectos, respecto de aquellas empresas que deban presentar aclaración sobre los lotes a los que han licitado”*. Pues bien, en dicho Anexo se hace constar que la recurrente licita al lote 21, por lo que debe entenderse que la mesa de contratación no ha tenido dificultad para realizar dicha identificación, por lo que su exclusión por este motivo carece de fundamento.

Por tanto, queda por dilucidar si la no asignación específica de descuento unitario para en su oferta para dicho lote supone su invalidez y por tanto su exclusión.

A este respecto, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en su Resolución 189/2019, de 16 de mayo en la que decíamos:

“Este Tribunal antes de entrar a valorar el fondo del asunto ha de señalar, como ha hecho en sus anteriores Resoluciones relativas al presente acuerdo marco de suministro de libros de texto entre otras la 142 y 146/2019, que nos encontramos ante un acuerdo marco con unas connotaciones muy específicas por su regulación, se tramita como instrumento adecuado para atender al mandato establecido por la Ley 7/2017 de 27 de junio, de gratuidad de los libros de texto y el material curricular de la Comunidad de Madrid y de su desarrollo por el Reglamento del programa “Accede”, aprobado por Decreto 168/2018, de 11 de diciembre. Así como por los participantes en la licitación, principalmente pequeñas y medianas empresas, en su mayor parte personas físicas en cuyo negocio de pequeña librería tiene gran incidencia la compra de libros de texto y material curricular, sin que se hayan presentado nunca a una licitación contractual pública, con la complejidad administrativa que indudablemente entraña, a pesar de los esfuerzos de simplificación, apoyo, y reducción de cargas por parte del órgano de contratación. Y en este caso agravada por la reciente implantación de una plataforma de licitación electrónica que se va mejorando con los problemas que van surgiendo en la práctica.

Por otra parte, es importante mencionar la deseable y necesaria promoción de la participación en las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), expresamente recogida en el Preámbulo de la LCSP, como obligación particular de facilitar el acceso de las PYMES a las contrataciones públicas, simplificando trámites y con menor burocracia para los licitadores, verdadero objetivo de la Ley, sin olvidar su necesaria compatibilidad con los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y eficiente utilización de los fondos públicos que informan la contratación y que expresamente recogen los artículos 1 y 132 de la LCSP. Asimismo el artículo 334.2.f) de la LCSP incluye entre los objetivos de Estrategia Nacional de

Contratación Pública el promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública.

Parece desprenderse, tanto de lo alegado por las recurrentes como de lo informado por el órgano de contratación, que estamos ante un claro error involuntario de unos licitadores no acostumbrados a concurrir a contrataciones públicas, en cierta medida achacable a la complejidad del procedimiento y al nuevo sistema de licitación electrónica. Sin perjuicio de que la forma y contenido de la presentación de la proposición estén correctamente recogidas en las cláusulas 1.6, 13 y Anexo 2 del PCAP, es igualmente innegable que la citada complejidad e inexperiencia de los licitadores ha llevado a cometer errores formales de presentación de la documentación en sus diferentes fases a muchos de ellos (más de un 20 por 100 de los participantes) dado que de 234 licitadores, según el acta del acto impugnado, solo 186 han sido admitidos al acuerdo marco.

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

Por otra parte, de existir duda en cuanto a la intención del licitador es claro que antes de una exclusión, no prevista en el PCAP, se debería haber pedido

aclaración a la oferta sin que pueda suponer modificación de la proposición económica presentada ni implicar ninguna variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. Igualmente es evidente que la explicación de las recurrentes de su oferta es una aclaración que no supone ninguna variación de la proposición presentada.

Como viene manteniendo este Tribunal en sus resoluciones, baste citar la reciente Resolución 90/2019 de 6 de marzo, siguiendo los criterios de la doctrina y la jurisprudencia, una interpretación literalista y formalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad. En este sentido conviene traer a colación la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) que señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ha manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos en sucesivos informes, entre los que cabe citar: 3/2009, de 10 de junio; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 mayo, 4/2007, de 31 de mayo o 4/2009,

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

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

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

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

Aplicando la doctrina expuesta a este caso en el que se da una clara concomitancia, procede la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña Ana Isabel García Díaz, en nombre propio, contra la Orden nº 4920/2023, de 14 de diciembre, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades por el que se decide su exclusión de la recurrente y 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), con retroacción de actuaciones en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto.

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 21.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.01.23 12:01