

**Recurso nº 192/2021, 193/2021,
194/2021 y 195/2021
Resolución nº 217/2021**

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2021.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones de don L.T.L., (que presentó oferta a los lotes 1 a 9), Dickinson, S.L., (que ofertó a los lotes 2,4,8 y 9), Marcial Pons Libreros, S.L., (a los lotes 4, 8,9 y 10), Librería Jurídica Lex Nova, S.L.U., (a los lotes 1,2,3,4,7,8,9 y 10), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 9 de abril de 2021, en virtud del cual se aprueba el Informe Técnico de Valoración de las Proposiciones presentadas y admitidas del “Acuerdo Marco para el suministro de Libros y Obras Impresas con ISBN con destino a Bibliotecas e Instituciones Culturales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid”, de la misma fecha, 9 de abril, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 4 de enero de 2021, se convocó la licitación del contrato de suministro de libros y obras impresas con ISBN y precio fijo de venta al público

con destino a las instituciones bibliográficas y documentales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, expediente núm. 191/2020/00328.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a seis millones de euros y su duración es de 24 meses.

El contrato se divide en 10 lotes. A la licitación se presentaron 59 licitadores, entre ellos la recurrente, quien presentó oferta para la adjudicación de los lotes 6, 7, 9 y 10.

Se proponen tres adjudicatarios por cada lote del Acuerdo Marco.

Segundo.- El 5 de mayo de 2021, tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación contra el acuerdo publicado el 13 de abril en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en fecha 28 de abril en el órgano de contratación.

Los recursos impugnan las puntuaciones del informe técnico a los lotes en que concurre el recurrente, puntuaciones asumidas por la Mesa de contratación, y que les han impedido ir a la fase de desempate, pues existiendo múltiples empates en todos los lotes superiores a los tres licitadores se requiere documentación para dirimir el desempate y hacer a la vista de la misma la propuesta de adjudicación.

Impugnan todos ellos la valoración técnica asumida por la Mesa del criterio automático 5, que se ha aplicado erróneamente sobre el número total de obras ofertadas y no sobre el número adicional de obras ofertadas superior el mínimo de 20 obligatorias. Este error les habría impedido alcanzar el máximo de 10 puntos en este criterio que les empataría con el resto de licitadores, entrando entonces en la

fase de desempate. En total han tenido 96 puntos sobre todos los criterios en vez de los 100 que les llevarían al desempate.

La cuestión jurídica se circunscribe a la interpretación de la cláusula 3.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación con la 11 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas:

“3.5. Servicio de libros a examen.

Los libros a examen es una práctica habitual entre las empresas del sector del libro que sirve como mecanismo adicional para la difusión de novedades y colecciones de las diferentes editoriales (...).

En este sentido, será obligatorio el envío mensual a examen por parte de los adjudicatarios de un número mínimo de 20 obras por cada lote. Las empresas licitadoras podrán presentar su oferta en relación al número adicional de libros a examen a enviar en cada lote, según se establece en los criterios de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas particulares”.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece como criterio de valoración automático (cláusula 11 Anexo I, 5.2):

“CRITERIO N º 5 Número de envío de muestras a examen: Hasta 10 puntos.

Tal y como establece el pliego de prescripciones técnicas, la empresa adjudicataria deberá enviar mensualmente a examen un número mínimo de 20 obras por cada lote. El licitador presentará su oferta de número de títulos adicionales según el modelo de proposición del anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares por encima del mínimo establecido indicado. El licitador que ofrezca el mayor número de títulos obtendrá 10 puntos. Se establece un umbral máximo de número de muestras a examen a enviar de 50 ejemplares, de tal modo que aquella oferta de un número de muestras a examen superior a 50, será puntuada con 10 puntos. El licitador que no ofrezca títulos adicionales por encima del mínimo obtendrá cero puntos. El resto de las ofertas se valorarán proporcionalmente entre ambas puntuaciones, atendiendo a la aplicación de la siguiente fórmula: (...).”

Y finalmente en el anexo II que los licitadores debían cumplimentar se establecía:

*“CRITERIO N.º 5 Número de envío de muestras a examen:
N.º de muestras mensuales adicionales que ofrece enviar”.*

Todos los recurrentes ofertan 30 muestras adicionales, y se les ha puntuado con 6 puntos.

Según su interpretación lo que se debe valorar es el número de obras ofertadas adicionales sobre el mínimo de 20, de modo que si se ofertan 30 adicionales ya alcanzan con el mínimo de 20 obligatorio las 50 que obtienen la máxima puntuación de 10.

En cambio el informe técnico asumido por la Mesa solo valora con 10 puntos las ofertas adicionales de 50 o más obras.

Tercero.- En fecha 5 de mayo se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 transpone 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.- En aplicación del artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado necesario dar traslado a los múltiples clasificados en los lotes concernidos, que no tienen ningún derecho definitivo en el procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley

9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de licitadores en el procedimiento, *“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 de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera oportuna la acumulación de los recursos presentados por apreciarse identidad en el asunto, al impugnarse el mismo acto del mismo expediente de contratación y siendo coincidentes el órgano de contratación y los interesados.

Cuarto.- El recurso se interpone en plazo. Publicado el Acuerdo de la Mesa el 13 de abril se presenta el 28 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- El recurso se dirige contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por la que

se asumen las puntuaciones del informe técnico. A la vista de las mismas y existiendo muchos empates en todos los lotes se solicita a los licitadores la documentación necesaria para resolver esos empates conforme a los criterios de los Pliegos.

El órgano de contratación únicamente solicita la inadmisión del recurso por entender que es un acto no recurrible: *“no procede interponer recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se procede a la valoración de los criterios evaluables automáticamente, lo que no obstará a que los licitadores puedan impugnar la valoración realizada, si así lo consideran, en el momento en el que les sea notificada la adjudicación acordada por el órgano de contratación, tal y como se ha advertido a aquellos licitadores que han manifestado sus reservas respecto de la valoración efectuada”*.

La cuestión se centra en determinar si el acto impugnado, se encuentra comprendido dentro de los que recoge la nueva previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP, conforme a la cual se indica que son susceptibles de recurso en esta vía: *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”*.

En consonancia con múltiples resoluciones este Tribunal considera que la clasificación por la Mesa de los licitadores no es un acto de trámite cualificado, que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni produzca indefensión al recurrente, pues es solo un paso previo a la propuesta de adjudicación, la cual no

es susceptible de recurso porque como disponen expresamente los artículos 150.1 y 157.6 LCSP, la propuesta de mesa ha de ser aceptada por el órgano de contratación, sin que la propuesta de adjudicación cree derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, pues el órgano de contratación puede rechazarla y no adjudicar el contrato de acuerdo con ella, motivando su decisión, de modo que el acto impugnado no decide directa o indirectamente el fondo del asunto.

Si la propuesta de adjudicación no fuera recurrible de forma autónoma con mayor razón la mera clasificación de los licitadores , y todavía más una clasificación no definitiva que la Mesa tiene que actualizar a resultas de la aplicación de los criterios de desempate (*“seguidamente y conforme a lo que establecen los citados artículos 150.1 y 157.5 de la LCSP, la Mesa acuerda solicitar, antes de formular propuesta de adjudicación, informe técnico sobre la documentación presentada para resolver el empate. En caso de continuar el empate, tendría lugar el sorteo establecido a estos efectos”*, según dice el acta).

El órgano de contratación puede separarse motivadamente del criterio de la Mesa, lo que acontecería de no estar conforme con la interpretación del criterio de adjudicación de la Mesa cuestionado por los recurrentes.

Desde la perspectiva del órgano de contratación sería mucho más perjudicial esperar a la adjudicación definitiva y a la resolución de un eventual recurso especial de contratación, que obligara a retrotraer las actuaciones sobre un Acuerdo Marco tan complejo y con tantos licitadores.

La redacción del criterio de adjudicación es confusa y esta oscuridad no puede perjudicar al licitador (artículo 1288 Código civil), debiendo interpretarse la cláusula en el sentido más favorable a la continuidad en el procedimiento en igualdad de condiciones con el resto de licitadores.

Todo lo cual se advierte por razones de economía procesal.

Procede inadmitir los recursos por interponerse contra una actuación no recurrible, porque no es definitiva, es susceptible de revisión por el órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad , y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Inadmitir los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones de don L.T.L., (que presentó oferta a los lotes 1 a 9), Dickinson, S.L., (que ofertó a los lotes 2,4,8 y 9), Marcial Pons Libreros, S.L.,(a los lotes 4, 8,9 y 10), Librería Jurídica Lex Nova, S.L.U.,(a los lotes 1,2,3,4,7,8,9 y 10), contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 9 de abril de 2021, en virtud del cual se aprueba el Informe Técnico de Valoración de las Proposiciones presentadas y admitidas del “Acuerdo Marco para el suministro de Libros y Obras Impresas con ISBN con destino a Bibliotecas e Instituciones Culturales Adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid”, por interponerse contra un acto no recurrible, quedando a salvo el ejercicio de acciones de los recurrentes contra la adjudicación.

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.