



Recurso nº 384/2017

Resolución nº 531/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 16 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.R.A.M., en nombre y representación de LTM SERVICIOS BIBLIOTECARIOS, S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de *“Suministro y distribución de 300 colecciones bibliográficas para Bibliotecas Públicas Municipales de menos de 50.000 habitantes”* de la Secretaría de Estado de Cultura (expediente de contratación: M170008), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría de Estado de Cultura, mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial del Estado el 17 de abril de 2017, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de abril de 2017, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 7 de abril de 2017, convocó por el procedimiento abierto la licitación del contrato de suministro y distribución de 300 colecciones bibliográficas para Bibliotecas Públicas Municipales de menos de 50.000 habitantes, con un valor estimado de 492.307,69 euros.

Segundo. Con fecha 24 de abril de 2017, la entidad recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el PCAP. Consta en el expediente la presentación de anuncio previo de la interposición del recurso ante el órgano de contratación.

En su recurso, la entidad recurrente solicita que se anulen las cláusulas 8.1º c), 8.1º d) y 8.1º e) del Cuadro-resumen del PCAP, así como el procedimiento de licitación.



Tercero. Con fecha 4 de mayo de 2017, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Cuarto. La Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, con fecha 11 de mayo de 2017, dictó resolución por la que se resolvía conceder la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Quinto. Con fecha 30 de mayo se ha dado traslado del recurso a los demás interesados para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, habiendo evacuado el trámite la UTE PROMOTORA CULTURAL MALAGUEÑA, SL-ALBERTO SÁNCHEZ RAMÍREZ-LIBRERÍAS OLETVM, S.L.-GIL SOTO, S.L.-LIBROS COMO LUCES, S.L.-LIBRERÍAS CCÁLAMO.S.L.-CERVANTES BOOKSHOP, S.L.-LIBRERÍA CANAIMA, S.L.-QUORUM LIBROS, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La interposición del recurso por parte de LTM SERVICIOS BIBLIOTECARIOS, S.L. se ha llevado a efecto por una entidad que, por su condición de empresa vinculada directamente con el objeto del contrato, se encuentra legitimada para ello.

Tercero. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación debe indicarse que el recurrente lo interpuso el 24 de abril de 2017, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación del anuncio en el DOUE el 8 de abril de 2017. Por consiguiente, según los artículos 40 del TRLCSP y 19.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el recurso se ha presentado dentro de plazo.



Cuarto. El objeto del recurso son los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, susceptibles, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente expone lo siguiente:

a) El PCAP contiene ciertos criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas que son contrarios a la Ley por venir referidos a la obtención de premios y reconocimientos. Estos criterios pueden servir para acreditar la solvencia técnica pero nunca como criterios de adjudicación del contrato, máxime cuando algunos de estos premios solamente pueden ser concedidos a empresas españolas asociadas a determinadas asociaciones privadas, por lo que su uso como criterio de adjudicación vulnera de manera clara y diáfana el principio de igualdad de trato y no discriminación, no ya sólo frente a las empresas extranjeras aptas para contratar, sino también frente a las empresas españolas que no sean miembros de dichas asociaciones, debiendo tenerse presente que el derecho constitucional de asociación del artículo 22 CE comprende también el derecho de no asociación, por lo que la no pertenencia a una determinada asociación (y la correlativa imposibilidad de obtener un premio concedido por ésta entre sus miembros) no puede suponer una restricción u obstáculo para optar a la adjudicación de un contrato público.

b) La afectación de los principios de igualdad de trato y no discriminación hace que los criterios de adjudicación en cuestión adolezcan de nulidad de pleno derecho por infringir derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, tales como el principio de igualdad protegido por el artículo 14 CE y la libertad de no asociación del artículo 22 CE.

Sexto. El órgano de contratación en el informe evacuado conforme a lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, expone, en síntesis, lo siguiente:

a) Un contrato de suministro de libros tiene importantes peculiaridades frente a cualquier otro contrato de esta naturaleza cuales son la obligación de respetar el precio fijo para los libros que establece Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas, y la circunstancia de que, cuando el consumidor final es una biblioteca, los libreros pueden aplicar un descuento de hasta el 15 % del precio fijo. Esto determina que, como regla general, en las licitaciones todas las empresas ofrecen el mismo producto (el



libro es el mismo con independencia del suministrador), el mismo número de ejemplares, y, además, el mismo precio (todos los licitadores ofrecen el descuento máximo permitido). Este hecho obliga año tras año al órgano de contratación a utilizar otros criterios de adjudicación distintos del precio y del tipo de producto ofertado.

b) El artículo 7 de la citada Ley 10/2007 establece que *"la Administración General del Estado está obligada a establecer programas de apoyo a la industria y al comercio del libro para garantizar la pluralidad y diversidad cultural y facilitar el acceso a la lectura en consideración a los valores culturales que el libro representa y a su importancia industrial y económica. Estos programas tendrán en cuenta a las librerías no sólo como lugares de venta de libros, sino también en su calidad de agentes culturales"*. Este mandato obliga al órgano de contratación a incluir entre los criterios de adjudicación los dos premios más importantes en esta materia, como son los otorgados por las asociaciones mayoritarias de libreros y editores.

Por una parte, el Premio Librería Cultural, otorgado por CEGAL, Confederación creada en 1978 y que reúne a 1.600 librerías de toda España. Por otra, el Premio Boixareu, que reconoce desde 1995 el "mejor librero del año" y que se otorga por la Federación de Gremios de Editores de España, una asociación profesional de derecho privado creada en 1978 para la representación y defensa de los intereses generales del sector editorial español y con un grado de representatividad del 46% de las editoriales en 2015.

Ambos galardones reconocen la excelencia librera, valorando tanto aspectos eminentemente culturales, como de gestión, elementos ambos que se deben tener en cuenta a la hora de calificar a los candidatos, pues ambos sirven para identificar las mejores librerías de España.

Un perfil distinto tiene el sello de calidad, creado a raíz de un Convenio de colaboración firmado en 2015 entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Asociación de Cámaras del Libro. Este sello, no solo mide la actividad cultural de la librería sino también la calidad del servicio prestado. Al medir la excelencia en el servicio de la librería, según requisitos establecidos por el conjunto de profesionales públicos y privados del sector, es



razonable pensar que una librería que disponga de dicho sello acredita cumplir con unos mínimos estándares de calidad.

c) El hecho de haber incluido ambos premios y el sello de calidad como criterios de adjudicación no vulnera el principio de igualdad en tanto que se puede presentar a la licitación cualquier librería o distribuidora incluso careciendo de dicho méritos. En los pliegos publicados la obtención de dichos galardones solo lleva apareja la asignación de puntos adicionales; por el contrario, si se hubiesen incluido como requisitos de solvencia, tal y como sugiere la recurrente, la situación hubiera resultado aún más gravosa para él pues hubiera excluido de la posibilidad de presentarse a todas aquellas empresas que carecieran de ellos, lo que sí podría haber vulnerado el principio de igualdad de trato pues supondría restringir el acceso a empresas distribuidoras.

Séptimo. Para examinar la cuestión planteada por la entidad recurrente debemos remitirnos, en primer lugar, a lo establecido en los pliegos rectores de la presente licitación en relación con los criterios de adjudicación impugnados. A este respecto, el apartado 8.1º del Cuadro-Resumen del PCAP establece lo siguiente:

OFERTA TÉCNICA

Se llevará a cabo su valoración de acuerdo con los siguientes subcriterios, a cuyo efecto el licitador deberá aportar una memoria descriptiva de cumplimiento de todos los apartados que se incluyen en este punto (Calidad técnica de la oferta y aportaciones adicionales incluidas en la oferta)...

c) Haber obtenido el Premio Librería Cultural, galardón convocado anualmente por la Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros (CEGAL)...hasta 4 puntos”...

d) Haber obtenido el premio “Boixareu Ginesta” al mejor librero del año, otorgado por la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE).....hasta 4 puntos”...

e) En el caso de que el licitador cuente con el Sello de Calidad para Librerías promovido por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en colaboración con la Asociación de Cámaras



del Libro o, tratándose de una UTE, alguna de las librerías integrantes disponga de dicho distintivo..... (...) hasta 13 puntos”...

Octavo. Debemos recordar que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso. Ahora bien, esta facultad tiene su límite en la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora. Así, el artículo 150.1 del TRLCSP señala: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.”*

En la Resolución 264/2012 de este Tribunal señalamos que, aunque la enumeración del artículo 150.1 del TRLCSP no sea *numerus clausus*, todas las características citadas en él están vinculadas a la prestación. De ello se infiere que no resulta posible utilizar como criterios de adjudicación características de la empresa no vinculadas con la prestación que es objeto del contrato.

Así las cosas, es necesario distinguir dos fases en la licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de las empresas, y por otra, la de valoración de sus ofertas. En este sentido, el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que: *“El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la*



valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que he han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”.

En lo que se refiere a las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado Informe 45/2002 concluye que: *“La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta”.*

Este Tribunal ha hecho suyas estas consideraciones, entre otras, en su Resolución 220/2012, en la que señala: *“Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto”.*

De acuerdo con estas consideraciones, las características o circunstancias de la empresa licitadora, no deben ser valoradas para determinar la oferta económicamente más ventajosa. A este respecto, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 58/2013, ha examinado un supuesto similar al presente en el



que los pliegos rectores de la licitación establecieron como criterio de adjudicación los premios o reconocimientos obtenidos por las empresas licitadoras. Pues bien, la Resolución citada declara que *Los premios o reconocimientos obtenidos por la empresa que va a licitar lo que pone de manifiesto es la capacidad técnica de la misma por lo que se puede establecer como criterio para acreditar la solvencia pero no como criterio de adjudicación.*

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto que estamos examinando, podemos concluir que los criterios de adjudicación impugnados, consistentes en premios y reconocimientos obtenidos por los licitadores, están directamente relacionados con las características y circunstancias de las empresas, y no están vinculados al objeto del contrato, por lo que no pueden ser tomados en consideración para valorar sus ofertas técnicas, razón por la que procede la estimación del presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.R.A.M., en nombre y representación de LTM SERVICIOS BIBLIOTECARIOS, S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de *“Suministro y distribución de 300 colecciones bibliográficas para Bibliotecas Públicas Municipales de menos de 50.000 habitantes”* de la Secretaría de Estado de Cultura, declarando la nulidad de las cláusulas 8.1ºc), 8.1ºd) y 8.1ºe) del Cuadro-resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.