



Recurso nº 367/2014 C.A. Galicia 043/2014

Resolución nº 428/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.G., en representación de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EDITORES DE LIBROS Y MATERIAL DE ENSEÑANZA (ANELE), contra los pliegos y anuncios de licitación del “Contrato de servicio de desarrollo de un entorno virtual de aprendizaje para el ámbito educativo no universitario de Galicia” (Expediente 51/2014), convocado por la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA) convocó, mediante anuncios publicado en el DOUE, en el Diario Oficial de Galicia y en el Boletín Oficial del Estado los días 15, 16 y 26 de abril de 2014, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicio de desarrollo de un entorno virtual de aprendizaje para el ámbito educativo no universitario de Galicia, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo FEDER Galicia 2007-2013 (Expediente 51/2014), cuyo valor estimado es de 5.896.859 euros.

A dicha licitación han concurrido doce empresas.

Segundo. Previo anuncio ante el órgano de contratación efectuado el día 7 de abril de 2014, la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE) interpuso ante este Tribunal, en la misma fecha, recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos y los anuncios del contrato de referencia.

Tercero. El día 9 de mayo de 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el informe al que se refiere el artículo 46.2 Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 16 de mayo de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido las empresas COREMAIN y NETEX, que han concurrido a la licitación bajo el compromiso de constitución de una futura UTE, y que en sus alegaciones solicitan la desestimación del recurso especial.

Quinto. El 23 de mayo de 2014 este Tribunal dictó resolución denegando la suspensión del procedimiento de contratación solicitada por la recurrente, por estimar, a la vista de los motivos de recurso, que los perjuicios que podrían derivarse para la Asociación recurrente de la no suspensión serían inferiores que los que se producirían al interés público si ésta se concediera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Galicia el 7 de noviembre de 2013, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación para la interposición de recurso especial a *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Para determinar si concurre el requisito de la legitimación en el caso de terceros no licitadores este Tribunal ha señalado (por todas, Resoluciones 122/2012, de 30 de mayo y 257/2012, de 14 de noviembre), que *“para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo*

no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras)”.

Bajo la anterior premisa, este Tribunal viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a aquellas asociaciones representativas de intereses colectivos que actúen en sectores que presenten una relación unívoca y concreta con el objeto del recurso (Resoluciones 29/2011, de 9 de febrero de 2011, y 148/2012, de 12 de julio de 2012, entre otras muchas).

En el presente caso cabe entender que el recurso ha sido interpuesto por entidad legitimada para ello, pues el objeto del contrato (cuyo lote nº 2 se refiere a los servicios de puesta a disposición de la comunidad educativa no universitaria de Galicia, a través de una plataforma digital, de contenidos curriculares digitales para los cursos 5º y 6º de Educación Primaria y 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria), guarda relación directa con los intereses colectivos que representa la Asociación recurrente, que agrupa a empresas editoriales productoras de contenidos y aplicaciones digitales para el aprendizaje y la enseñanza, alegando dicha Asociación que los intereses legítimos de las empresas asociadas pueden verse perjudicados por el acceso gratuito a esos contenidos digitales que se pretende facilitar a través del contrato impugnado. En suma, se aprecia una relación directa y unívoca entre el objeto del contrato y el de la Asociación recurrente y se invoca un perjuicio no meramente eventual o hipotético, por lo que procede concluir que concurre en el presente caso la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 16 del TRLCSP.

El acto objeto de recurso son los Pliegos y los anuncios del referido contrato, actos susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.a) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2 TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la fecha de la publicación oficial de los anuncios de licitación, momento a partir del cual los

interesados pudieron acceder a los pliegos en el lugar indicado en los anuncios (criterio manifestado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 30 de octubre de 2013, recurso 264/2011, y que ha sido asumido por este Tribunal).

Quinto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 TRLCSP.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión, la recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1º. La creación de una plataforma o entorno virtual de aprendizaje (EVA) en Galicia de contenidos digitales educativos, de uso gratuito, elaborado por la propia Administración al efecto, constituye un acto contrario a la Ley de Defensa de la Competencia que distorsiona gravemente el mercado editorial, contraviene el principio general de pluralismo educativo y la libertad de empresa, toda vez que la función de la Administración no es desarrollar plataforma de aprendizaje ni elaborar textos y contenidos educativos digitales.

En concreto, señala en este punto la recurrente lo siguiente:

- Ni la creación de la plataforma o entorno virtual de aprendizaje ni la contratación de materiales curriculares en formato digital para su distribución gratuita entre los alumnos tiene justificación o cobertura normativa, incumpliendo los requisitos de “necesidad” e “idoneidad” del artículo 22 del TRLCSP. Entre los fines institucionales de AMTEGA no figura la creación y desarrollo de entornos virtuales de aprendizaje ni dotar de un entorno de materiales educativos gratuitos a los alumnos.

- La jurisprudencia del Tribunal supremo (sentencia de 10 de octubre de 1989) supedita la realización de actividades empresariales por las Administraciones Públicas a los requisitos de: a) que la actividad que se va a desarrollar sea de indudable interés público, y b) que con esa actividad empresarial no se alteren las reglas de libre competencia que rigen en el mercado, incumpléndose ambos requisitos, a juicio de la recurrente, en el supuesto que se examina.

- Los Tribunales de Justicia han anulado iniciativas similares de creación de plataformas o entornos virtuales de aprendizaje que incurrieran en similares defectos a los que denuncia en su recurso, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2012, que anuló la creación de una plataforma digital para la enseñanza de Cataluña.

- La actuación de AMTEGA vulnera, en su opinión, el derecho de libre elección de libros de texto por los centros docentes, que es una manifestación del pluralismo educativo, y los principios de economía de mercado y libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. La introducción de materiales gratuitos por la Administración frente a los libros digitales editoriales que hay que pagar para adquirir implica, a juicio de la recurrente, una práctica contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que prohíbe toda decisión que pueda impedir, restringir o falsear la libre competencia en todo o parte del territorio nacional.

2º. La única forma de respetar el pluralismo y la calidad educativa, la libertad de cátedra (artículo 20 de la Constitución), que incluye la libertad de elección de los libros de texto y materiales de enseñanza sin cortapisas por parte de la Administración, sería la creación de una plataforma o entorno virtual neutro que permita el acceso de los centros a cualquier libro digital de cualquier editorial, y no únicamente a los de la entidad que resulte adjudicataria del concurso. Así lo han hecho otras Comunidades Autónomas, como la de Castilla-La Mancha. Considera la recurrente que la obligación de absoluta neutralidad que en materia educativa deben mantener los poderes públicos impide que éstos faciliten u orienten (por su gratuidad) la selección de determinados libros de texto frente a otros.

3º. Por último, solicita al Tribunal que, al amparo de la disposición adicional 23ª del TRLCSP, notifique los hechos resultantes del expediente de contratación a la Comisión Nacional de la Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), al constituir la actuación de la entidad contratante una práctica que a su juicio es contraria a la libre competencia.

Séptimo. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

1º. No existe en la actuación de AMTEGA contravención alguna del artículo 22 del TRLCSP. La normativa aplicable a la AMTEGA (Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, y Decreto 252/2011, de 15 de diciembre, por el que se crea la AMTEGA y se aprueban sus Estatutos) y, especialmente, el Acuerdo del Consejo de la Junta de Galicia de 6 de marzo de 2014, habilitan a dicha Agencia para la creación, mediante licitación, de un Entorno Virtual de Aprendizaje (EVA) propio para Galicia, plataforma digital con contenidos curriculares que permitan dar cobertura completa al proyecto específico y que aseguren una implantación gratuita para las familias en los centros que participen voluntariamente en dicho proyecto.

La incorporación generalizada de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) al sistema educativo constituye una pieza fundamental en el cambio metodológico en todos los sistemas europeos enfocado a una mejora en la calidad educativa del alumnado, aspecto en el que hace especial incidencia la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Ese impulso a las TIC en los sistemas educativos se plasma en la aprobación en 2009 del “Marco para la cooperación europea en la educación y formación (Estrategia de Educación y Formación 2020)”, disponiendo la Comunidad Autónoma de Galicia de una estrategia de incorporación de las TIC al proceso educativo, el Proyecto Abalar, que gira entorno al concepto de centro educativo digital.

En suma, la razón de ser de este contrato está en la aprobación previa por el Consejo de la Junta de Galicia de un programa de educación digital que, al mismo tiempo, autoriza a AMTEGA a la licitación de un EVA propio para Galicia, que será una plataforma digital con contenidos curriculares que permita dar cobertura completa al proyecto y que asegure una implantación gratuita para los familias en los centros que participen voluntariamente en el proyecto Abalar.

2º. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998 que cita la recurrente para justificar el incumplimiento por AMTEGA de los requisitos exigidos para que las Administraciones Públicas puedan realizar actividades empresariales se refiere a un

supuesto de hecho (constitución de una sociedad mercantil por un Ayuntamiento para el ejercicio de una actividad empresarial) que nada tiene que ver con el contrato recurrido.

La actividad que se pretende desarrollar es de un indudable interés público (facilitar la incorporación de las TIC al sistema educativo, garantizando el acceso al EVA y a los contenidos curriculares de determinados cursos, sin coste para las familias), y no altera en modo alguno las reglas de la libre concurrencia, pues el PPT:

- En la regulación del Lote nº 1, relativo a la puesta en funcionamiento y uso, mantenimiento correctivo, adaptativo y evolutivo de una EVA para el ámbito no universitario, en ningún momento se impone que los contenidos de la plataforma sean los facilitados por ella, sino que especifica que dicha plataforma ha de permitir el uso de contenidos digitales desarrollados por los propios usuarios, por las empresas generadoras de contenidos, y por otros agentes del sistema educativo.

- Los Centros sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Galicia que se incorporen en el curso 2014/15 al proyecto experimental Educación Digital tendrán acceso al EVA y a los contenidos gratuitos proporcionados por la Consejería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria. Deberán utilizar sólo materiales digitales en la totalidad de las materias, que pueden proceder de este entorno y/o ser proporcionados por el Centro, sin que, en ningún momento, se les exija la utilización de los contenidos digitales curriculares que son objeto del lote nº 2. No hay monopolio porque se garantiza el acceso a la plataforma y a unos contenidos digitales, pero nunca se obliga a su utilización. No se coarta el derecho a la educación, sino que se garantiza el derecho a la enseñanza básica gratuita.

3º. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2012, que anuló la creación de una plataforma digital para la enseñanza en Cataluña, y que invoca la Asociación recurrente, apreció en aquella ocasión la existencia de vía de hecho por falta de procedimiento administrativo que justificase la necesidad de creación de dicha plataforma, porque el proyecto diseñaba además un sistema en el que todos los libros de texto digitales que se impartieran en los centros escolares sólo podían adquirirse a través de la plataforma digital de la Comunidad Autónoma, otorgaba a los alumnos que utilizasen la plataforma virtual una subvención de 30 euros en la adquisición de libros

digitales, imponía determinadas condiciones a las librerías que quisieran incorporarse a la plataforma, y fijaba en un primer momento el precio de los libros, circunstancias que no concurren en el contrato objeto de recurso.

En suma, el contrato licitado por AMTEGA no impide a los docentes usar libros digitales distintos de los que la plataforma ofrecerá de forma gratuita a las familias, ni a éstas comprar a sus hijos otro material digital, pudiendo usarse: los contenidos suministrados por la junta en la plataforma de aprendizaje (gratuitos para las familias), los elaborados por los propios docentes en los centros educativos (también gratuitos) o los de empresas productoras de contenidos. No hay vulneración alguna del derecho a la libertad de cátedra porque el temario seguirá siendo competencia de los respectivos departamentos y la inclusión en el proyecto Educación Digital es voluntaria para los centros.

4º. Añade que la Asociación recurrente viene impugnando sistemáticamente todas las actuaciones administrativas relativas a la regulación de los sistemas de gratuidad, préstamo, reutilización o adquisición de libros de texto, con argumentos semejantes a los aquí empleados, en recursos que han sido desestimados por sendas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 24 de abril de 2012, recurso 1280/2011, de 17 de junio de 2011, recurso 3521/2010, de 31 de enero de 2012, recurso 5757/2010, de 2 de junio de 2010, recurso 3851/2008, y de 15 de junio de 2011, recurso 5965/2009) y de diversos Tribunales Superiores de Justicia (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de noviembre de 2008, recurso 852/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de febrero de 2010, recurso 378/2006, y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de junio de 2010, recurso 610/2008).

Octavo. La empresas COREMAIN y NETEX, que concurren a la licitación con el compromiso de constituir una UTE, se oponen a la estimación del recurso por entender que la Asociación recurrente limita su argumentación al mercado editorial, sin valorar las ventajas que se derivan de la ejecución del proyecto no sólo para el sector de las empresas TIC, sino para el sector educativo en general y el alumnado en particular, añadiendo que en la licitación no se vulnera la libertad de empresa pues pueden concurrir a la misma la entidades que integran la Asociación recurrente bien directamente, bien a través de terceros.

Noveno. La extensa exposición que antecede de los motivos de recurso invocados por la Asociación recurrente y de los motivos de oposición al recurso alegados por el órgano de contratación sirve para delimitar negativamente la competencia de este Tribunal, que es un órgano especializado en materia de contratación administrativa, y que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nadan tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones del TRLCSP o de su normativa complementaria.

Por tal motivo, no le es dable al Tribunal entrar a examinar cuestiones relativas a si los Pliegos aplicables a la licitación son respetuosos o no con el derecho a la educación, con el principio de pluralismo educativo o con la libertad de cátedra, ni puede el Tribunal efectuar valoraciones sobre las decisiones que en materia de política educativa adopte una determinada Administración Pública, cuestiones que, en su caso, deberán plantearse ante los órganos judiciales competentes (que, por lo demás, y según se desprende de las alegaciones de las partes, ya han emitido pronunciamientos judiciales en supuestos similares que fueron sometidos a su enjuiciamiento).

En consecuencia, el examen del Tribunal se limitará a las cuestiones estrictamente relacionadas con la adecuación del procedimiento de contratación a Derecho, lo que se circunscribe a la determinación de si se ha producido la invocada vulneración del artículo 22 del TRLCSP, y de si los Pliegos incluyen cláusulas restrictivas de la competencia de las que, conforme a lo solicitado, y en virtud de lo establecido en la disposición adicional 23ª del TRLCSP, proceda dar traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Décimo. El artículo 22.1 del TRLCSP se refiere al requisito de necesidad e idoneidad del contrato al disponer que *“los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

El Tribunal no aprecia vulneración alguna del precepto transcrito en el supuesto que se examina pues, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, AMTEGA actúa en esta contratación en el ámbito de sus competencias, estando directamente relacionado el objeto del contrato con los fines institucionales de la entidad contratante, quedando además debidamente justificada en el expediente la necesidad e idoneidad del contrato.

Comenzando por el requisito de la competencia de la Administración contratante, cuya inexistencia podría dar lugar a la nulidad del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 32.a) del TRLCSP, cabe señalar que la disposición adicional tercera de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, establece que *“mediante esta Ley se autoriza la creación de la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia, adscrita a la Presidencia de la Xunta de Galicia, que tendrá como objetivos básicos la definición, el desarrollo y la ejecución de la política de la Xunta en el terreno de las tecnologías de la información y comunicaciones y la innovación y el desarrollo tecnológico”*.

Sobre la base de la anterior habilitación legal, el Decreto 252/2011, de 15 de diciembre, creó la AMTEGA como *“agencia pública autonómica que tiene por objeto la definición, desarrollo y ejecución de los instrumentos de la política de la Xunta de Galicia relativa a tecnologías de la información y comunicaciones, así como innovación y desarrollo tecnológico”*, y aprobó sus Estatutos, cuyo artículo 6.2. enumera una serie de competencias y funciones de la AMTEGA entre las que se incluyen las siguientes: *“a) Dirección y gestión de todas las actuaciones de la Xunta en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones”; (...)* c) *Elaboración, desarrollo y ejecución de la estrategia tecnológica global del sector público autonómico de Galicia”; (...)* e) *Promoción de la inclusión y ejecución del despliegue de las TIC en el ámbito de la prestación de los servicios públicos”; f) Diseño y ejecución, en todas las consellerías y organismos dependientes de la Xunta, de los proyectos de sistemas y tecnologías de la información que dan soporte a su operativa; (...)* q) *Todas las demás que deriven de los fines que tiene atribuidos y aquellas que le sean asignadas legal o reglamentariamente”*.

El posterior Acuerdo del Consejo de la Junta de Galicia de 6 de marzo de 2014 autorizó la implantación de un programa de educación digital en Galicia en el periodo 2014-2017,

y acordó expresamente *“autorizar a la AMTEGA la creación, mediante licitación, de un Entorno Virtual de Aprendizaje (EVA) propio para Galicia, plataforma digital, con contenidos curriculares que permitan dar cobertura completa al proyecto específico y que aseguren una implantación gratuita para las familias en los centros que participen voluntariamente”*.

De lo expuesto se desprende que entra dentro de las competencias y fines institucionales de la AMTEGA la licitación del contrato objeto de recurso, con el que se pretende contratar un *“servicio de desarrollo y puesta en funcionamiento de un entorno virtual de aprendizaje para el ámbito educativo no universitario de Galicia”* (apartado 2 del PPT) mediante una plataforma digital a la que puedan incorporarse contenidos curriculares, como un paso más en *“la incorporación de las TIC a la educación en general y a los procesos de enseñanza- aprendizaje en particular”* (apartado 1.8 del PPT).

Por lo demás, las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (artículo 22 del TRLCSP), se detallan extensamente en la documentación preparatoria del contrato, concretamente en el PPT (apartados 1,2 y 3), en la memoria económica (documento nº 2) y en el extracto del proyecto de acuerdo de autorización de la implantación del programa de educación digital en Galicia para el período 2014-2017 (documento 4 del expediente de contratación).

En consecuencia, procede desestimar este motivo de recurso.

Undécimo. De acuerdo con la delimitación de las cuestiones que pueden ser examinadas por el Tribunal (Fundamento de Derecho Noveno), resta examinar si los Pliegos impugnados incluyen prácticas contrarias a la competencia.

Entiende la recurrente que ello se produce al introducir los Pliegos condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (*“los materiales educativos que la propia Administración va a facilitar gratuitamente frente a los libros digitales de las editoriales que hay que pagar para su adquisición”*), práctica que reputa contraria al artículo 1 de la Ley 15/2005 de Defensa de la Competencia.

Como ya se ha indicado, no corresponde a este Tribunal verificar la adecuación a Derecho de las políticas de gratuidad de libros de texto establecidas por las Administraciones educativas, políticas que, por otra parte, han sido avaladas por diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo y de varios Tribunales Superiores de Justicia citados por AMTEGA en sus alegaciones, habiendo declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 2 de junio de 2010) que *"los legítimos intereses privados de las empresas del sector no han de limitar el ejercicio de una opción de carácter político también legítima"*.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2012, citada por la Asociación recurrente, anuló la creación de una plataforma digital para la enseñanza de Cataluña por apreciar la existencia de vía de hecho (*"el expediente administrativo remitido por la Administración demandada no contiene documento alguno que se refiera a la concreta implantación de la plataforma digital creada por el Departamento de Educación"*, *"no existe procedimiento administrativo alguno para la creación, implantación y desarrollo de la plataforma digital por la Administración demandada"*), situación completamente distinta a la que ahora se examina, en la que, en el seno de un proceso de implantación de las TIC en la enseñanza gallega, se habilita expresamente por el órgano de Gobierno de la Comunidad a la AMTEGA para licitar un contrato de servicios para la creación de un entorno virtual de aprendizaje, tramitándose el correspondiente expediente de contratación al efecto por la AMTEGA. Por lo demás, en la citada sentencia de 20 de septiembre de 2012 se apreció una actuación administrativa contraria a la competencia por establecerse una plataforma digital a través de *"un mecanismo en el que la Administración, como empresa pública, ejerce una actividad económica entregando una subvención de 30 euros en la adquisición de libros digitales, impone a las librerías que quieran incorporarse aceptar unas determinadas condiciones que van más allá de la mera inclusión de los libros de texto e incluso en un primer momento fija el precio de los libros"*, circunstancias que tampoco concurren en el supuesto objeto de recurso.

Por el contrario, constata el Tribunal que los Pliegos recurridos establecen un lote nº 2 relativo a la puesta a disposición de la comunidad educativa no universitaria de Galicia de

contenidos curriculares digitales para los cursos establecidos en el Proyecto Abalar (5º y 6º de Educación Primaria y 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria), siendo así que:

- Los referidos contenidos digitales sólo serán accesibles para los centros docentes que voluntariamente se adhieran al Proyecto.

- No se impone en ningún momento el uso obligatorio de dichos contenidos a los centros que se adhieran al proyecto, que podrán usar esos contenidos, los que produzca el personal docente de los centros, o los contenidos digitales de otras empresas. De acuerdo con el apartado 3.1.1 (parágrafo 27) del PPT, el entorno virtual de aprendizaje deberá permitir *“el uso de contenidos digitales basados en los estándares (tanto de facto del mercado como aquellos que regulen las administraciones competentes) desarrollados por los propios usuarios, por las administraciones, por las empresas generadoras de contenidos o por otros agentes del sistema educativo y de contenidos digitales”*. Y según el apartado 3.1.1.1 (parágrafo 30) *“el entorno virtual de trabajo es el entorno web accesible donde los usuarios del sistema (administración, profesores, alumnos, familias...) emplearán los recursos educativos digitales, crearán nuevos recursos, editarán y organizarán los existentes (siempre que la condiciones de las licencias de estos recursos así lo permitan)”*, debiendo dicho entorno ser compatible (parágrafo 31) con los *“recursos educativos licenciados con distintas tipologías de licencias, tanto aquellas que permiten el uso libre de los contenidos, como aquéllas que imponen restricciones a su uso, incluidas aquéllas que imponen el pagado para el uso del contenido. Por lo tanto, debe permitir el uso, y ser compatible con los contenidos creados por la administración, por los usuarios del sistema, por los agentes del sistema educativo y por las empresas generadoras de contenidos, que estén adaptados a los estándares de iure a los estándares de facto”*.

- Por último, los Pliegos no imponen ninguna limitación o restricción a la participación de las empresas del sector en la licitación de este segundo lote, al que podrán concurrir libremente todas las empresas productoras de contenidos digitales que lo estimen conveniente, incluidas las que integran la Asociación recurrente. La libertad de empresa o de mercado y la libre concurrencia quedan garantizados en esa posibilidad, abierta a todas las empresas del sector, de concurrir a la licitación.

En definitiva, el Tribunal no aprecia ninguna situación de monopolio ni ninguna práctica contraria a la competencia por el hecho de que, en el contrato que se considera, se prevea la creación de una plataforma digital (entorno virtual de aprendizaje) a la que puedan adherirse los centros educativos que lo estimen conveniente y que ofrezca determinados contenidos curriculares a los que puedan acceder gratuitamente las familias que así lo deseen, pues, sin entrar en el encaje de esa gratuidad con el derecho consagrado en el artículo 27.4 de la Constitución, la referida plataforma ni impone el uso de dicho material curricular gratuito a los centros, ni excluye la introducción y uso en la plataforma de otros contenidos distintos, incluso sujetos a pago, de tal forma que las empresas productoras de material curricular digital pueden, o bien optar por concurrir a la licitación y poner a disposición de la plataforma ese material, al que, a cambio del precio del contrato, podrían acceder gratuitamente los usuarios que lo deseen, o bien, en caso de no concurrir a la licitación o de no resultar adjudicatarias del contrato, continuar ofertando sus productos, cuya compatibilidad con la plataforma se garantiza en los Pliegos.

Por todo lo expuesto, el Tribunal no aprecia ninguna infracción a la competencia en el contrato impugnado ni procede, en consecuencia, efectuar ninguna comunicación a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.G., en representación de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EDITORES DE LIBROS Y MATERIAL DE ENSEÑANZA (ANELE), contra los pliegos y anuncios de licitación del “Contrato de servicio de desarrollo de un entorno virtual de aprendizaje para el ámbito educativo no universitario de Galicia” (Expediente 51/2014), convocado por la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia.

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 45 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 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.