

RECURSO 50/2024
RESOLUCIÓN 64/2024

Resolución 64/2024, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. xxx en nombre y representación de Distriasvy, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato de selección de proveedores para el suministro de libros para el ejercicio 2024, con destino al centro provincial coordinador de bibliotecas del Instituto Leonés de Cultura (15 lotes). Expediente nº 1278839Q.

I
ANTECEDENTES

Primero. - Por resolución de 21 de marzo de 2024 del presidente del Instituto Leonés de Cultura se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y pliego de prescripciones técnicas (PPT) que han de regir la contratación de la selección de proveedores para el suministro de libros para el ejercicio 2024 con destino al centro provincial coordinador de bibliotecas.

El anuncio y los pliegos que han de regir la licitación han sido publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de marzo de 2024.

El valor estimado del contrato asciende a 187.490,14 euros.

Segundo. - El 16 de abril D. xxx, en nombre y representación de la empresa Distriasvy, S.L., interpone ante la Diputación de León recurso especial en materia de contratación contra los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, específicamente impugna el punto tercero del apartado H), bajo la rúbrica de "Procedimiento y criterios de evaluación".

La entidad recurrente solicita la nulidad de los pliegos que rigen el contrato, dado que considera que el criterio de adjudicación referido al "servicio de libros a examen en una librería de la provincia de León" no es ajustado a Derecho. Mantiene que el criterio mentado favorece a las empresas ubicadas en la provincia, en detrimento del resto, lo que vulnera la competencia entre empresas, el principio de igualdad entre licitadores y el principio de no discriminación.

Tercero. - El 25 de abril de 2024 el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, el recurso acompañado del expediente, dos informes junto a la relación de las empresas licitadoras.

El mismo día se incorpora el recurso al registro de expedientes y se le asigna el número de referencia 50/2024.

Cuarto. - Mediante Acuerdo 22/2024, de 3 de mayo, se estima la suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. - Concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento, no se presentan alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver los recursos corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y con arreglo al procedimiento regulado en dicho texto normativo. Igualmente, la competencia de este Tribunal viene determinada por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 44.2 a) de la LCSP, se ha interpuesto contra un acto recurrible: el contenido de los pliegos de un contrato de suministro por un valor estimado superior a 100.000 euros.

El recurso especial se ha planteado en el plazo legalmente previsto. El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que el cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso contra el contenido de los pliegos "se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados puedan acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en el que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante".

Dada la fecha de publicación de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (el 25 de marzo de 2024) resulta claro que el recurso se ha interpuesto ante la Diputación de León en plazo, al ostentar el Instituto Leonés de Cultura la condición de organismo de derecho público dependiente de la institución provincial (16 de abril de 2024).

3º.- Previamente a analizar el fondo del asunto, es preciso determinar si la empresa recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso que nos ocupa, en aplicación del artículo 48 de la LCSP.

El artículo 48 de la LCSP dispone: " 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."

Para precisar el alcance del citado precepto ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto "interés legítimo" en el ámbito administrativo, que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado de manera amplia. Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 señala lo siguiente: "Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes debe tenerse en cuenta que en el Orden Contencioso-Administrativo, superado el concepto de interés directo a que se refería el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo (artículo 24. 1 C.E. y artículo 19.1 a) de la Ley 29/98) que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial".

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 52/2007, de 12 de marzo, en relación con el interés legítimo al que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución, señala que "se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se

materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 252), FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre (RTC 2004, 173), FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo (RTC 2006, 73), FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 28), FJ 3”).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 865/2020, de 31 de julio, indica: “Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’. Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio: ‘el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurso 122/2012, de 30 de mayo, señala: ‘Para precisar el alcance del ‘interés legítimo’ en caso de terceros no licitadores -como en el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tuvieran un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio o ir más allá de la mera defensa de la legalidad’.

»Por lo tanto, este derecho o interés legítimo no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, pues no pueden resultar adjudicatarios de éste, ni existe en este caso ninguna ventaja o beneficio que

sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a esos intereses en que se concreta la legitimación activa para interponer el recurso especial.”

Sentado lo anterior, es un hecho indubitado que la mercantil no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato. Así lo manifiesta en su escrito de recurso “Por todas estas exigencias, la mercantil a la que represento no se ha presentado a la licitación porque haría inviable su oferta, nunca podría llegar a alcanzar la totalidad de puntos para poder participar en igualdad de condiciones que el resto de licitadores y encuentra sus intereses legítimos discriminados frente al resto de posibles licitadores, vulnerando así el pliego el principio de competencia e igualdad entre empresas”.

La recurrente funda su recurso en la nulidad del criterio de adjudicación previsto en el punto tercero del apartado H), “Servicio de libros a examen en una librería de la provincia de León (10 puntos)”, criterio que atribuiría una ventaja mínima a las empresas localizadas en la provincia de León -10 puntos sobre 100 -, no decisiva a la hora de adjudicar el contrato.

Asimismo, la mercantil interesa la nulidad de los pliegos “a fin de evitar perjuicios tanto a la Diputación de León como a los licitadores, y por basarse el escrito en la vulneración de la ley. Por todo lo alegado, se solicita expresamente que se acuerde la nulidad de los pliegos que rigen el contrato para que se permita que cualquiera empresa con interés legítimo en la nueva licitación pueda participar y no vea vulnerado su derecho a la igualdad entre licitadores y no vulneración del principio de no discriminación rector de la contratación pública”. Del suplico reproducido, parece que lo que ejerce la recurrente, es una suerte de acción popular en defensa de la legalidad de los pliegos, no admitida en la normativa contractual, máxime cuando no manifiesta su voluntad de concurrir a una posible nueva licitación.

Al respecto, el artículo 50.1 b) de la LCSP parece establecer una regla general contrapuesta, al indicar que “Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

Con respecto a la desigual doctrina y jurisprudencia en relación a la legitimación del interesado no licitador, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre, determinó que “Si, como antes hemos señalado,

respecto de la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, siendo incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta, resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

» Procede recordar que la empresa demandante tiene un ámbito de actuación directamente relacionado con el objeto del concurso, como lo demuestra el hecho de haber sido la titular de la concesión (...) hasta los momentos previos al concurso que pretendía recurrir, lo que implica, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, que la impugnación intentada tuviera una especial repercusión en su esfera jurídica, al insertarse de lleno en su ámbito mercantil. Como explicó la propia empresa recurrente en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, su interés en la impugnación del pliego estaba justificado en conseguir la nulidad del mismo, y poder así participar en otro concurso con un pliego de condiciones que se ajustara a Derecho”.

A juicio de este Tribunal la aplicación de la regla general contenida en el artículo 50.1 b) de la LCSP -no haber presentado oferta- conjuntamente con la exigencia de ligar el interés legítimo a la obligación de haberla presentado, produciría una limitación excesiva del acceso al recurso especial, por lo que, ante el dilema referido deben ponderarse otras circunstancias. Por tanto, y en virtud del principio de la aplicación del principio *pro actione* que rige nuestro ordenamiento jurídico, se debe reconocer la legitimación activa de la recurrente.

4º.- En cuanto al fondo del asunto, la solución de la controversia exige determinar si las previsiones de los pliegos que se cuestionan en el recurso se ajustan al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, lo que exige su análisis singularizado.

En el presente caso, la cuestión a dilucidar se ciñe a determinar si el criterio de adjudicación evaluable de forma automática previsto en el punto 3 del apartado H), vulnera el principio de igualdad y el de acceso a la libre concurrencia.

La recurrente manifiesta que “En concreto dicho criterio de selección ‘Servicio de libros a examen en una librería de la provincia de León’ (10 puntos) está vulnerando la competencia entre empresas y a los posibles licitadores que deseen participar en el contrato puesto que se está favoreciendo las empresas de la provincia de León frente al resto de empresas de otros lugares cuyo domicilio fiscal se encuentre fuera de dicha provincia, utilizando como criterio de selección, cláusulas de territorialidad o arraigo territorial que suponen una quiebra a los principios de igualdad y no discriminación rectores de la contratación pública.”

Frente a ello, el responsable de coordinación de bibliotecas, el 24 de abril de 2024 informa:

“1. Que se trata de un contrato regido por la necesidad del contratante, en este caso, el Instituto Leonés de Cultura, centrado en la adquisición de publicaciones seleccionadas a posteriori de la firma del contrato, con lo que el examen de las mismas es imprescindible para determinar su calidad y cualidad a la hora de ser requeridas a la empresa adjudicataria.

»2. Que, en consecuencia, este criterio de valoración está directamente relacionado con el objeto del contrato.

»3. Que, por consiguiente, no constituye un criterio de territorialidad, sino un procedimiento que facilite el trabajo de selección de obras de la entidad contratante.

»4. Que, por ende, no es una obligación excluyente para los licitadores, que limite la libertad de concurrencia, sino una oportunidad de mejora de sus prestaciones.

»5. Que no se trata del único criterio de valoración, sino uno de cinco, con lo que no «está vulnerando la competencia entre empresas y a los posibles licitadores que deseen participar en el contrato puesto que se está favoreciendo las empresas de la provincia de León frente al resto de empresas de otros lugares cuyo domicilio fiscal se encuentre fuera de dicha provincia», según defiende Distriasvy S.L.

»6. Que las condiciones materiales exigidas en cuanto al espacio, equipamiento y actividad económica para los puntos destinados al examen de los libros, antes que excluir a licitadores, garantizan la profesionalidad de las condiciones para que dicho examen se realice con las debidas garantías.”

Por su parte el 25 de abril de 2024 se emite informe jurídico abundando en el informe emitido por responsable del contrato "A mayor abundamiento cabe afirmar que, al preverse el servicio de libros a examen en una librería de la provincia de León como criterio de adjudicación se pretende, con el resto de los criterios contemplados, una mejor prestación, justificándose su necesidad en garantizar la eficacia y la calidad del suministro que se pretende contratar, toda vez que no se trata de un suministro de bienes tasados sino que los pedidos que se realicen en ejecución del contrato lo serán en función de las necesidades; por ello no puede hablarse de restricción de concurrencia, puesto que dicho servicio no se exige a los licitadores, si bien junto al resto de criterios de adjudicación posibilita que las necesidades que se pretenden cubrir queden mejor satisfechas y, en todo caso, no cabe aseverar que se trate de un criterio discriminatorio, más si cabe a la vista del número de mercantiles licitadoras.

»Se evidencian pues los motivos que avalan la inclusión del criterio adjudicación cuestionado frente a la ausencia de toda argumentación sólida por parte de la recurrente en cuanto a la falta de vinculación del mismo al objeto del contrato ya que son puramente gratuitas las afirmaciones relativas a que "se está favoreciendo las empresas de la provincia de León frente al resto de empresas de otros lugares cuyo domicilio fiscal se encuentre fuera de dicha provincia", manifestación que no se condice con la concurrencia que efectivamente se produce; de hecho la mercantil recurrente ha sido adjudicataria de uno de los lotes en similares contrataciones efectuadas en los años 2021 y 2022, en las que los pliegos rectores de la contratación establecían, como criterio sometido a juicio de valor el siguiente: Servicio de libros a examen en una librería de la provincia de León: Para su valoración deberá aportarse un documento que contenga información detallada sobre el servicio que se ofrece, incluyendo una descripción de las cualidades de los espacios previstos: dimensiones, equipamiento, disponibilidad horaria etc. así como poseer licencia de actividad de una librería ubicada en la provincia de León a nombre del licitador o bien una autorización del titular de dicha licencia para que el licitador preste el servicio en sus instalaciones."

El artículo 145.5 de la LCSP precisa los requisitos formales y materiales a los que se somete la determinación de los criterios de adjudicación: "Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

»a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

»b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

»c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 146.2 de la LCSP, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre que sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

En el presente supuesto, la valoración del criterio de adjudicación previsto en el punto tres del apartado H), viene motivada por la necesidad previa de examinar los libros a fin de verificar “su calidad y cualidad”. Sin embargo, la exigencia de disponer de un espacio propio o ajeno en la provincia de León, no se compadece con el entorno digital, el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías que imperan en estos tiempos.

La justificación aducida por el órgano de contratación en el informe del responsable del contrato y en el informe jurídico, no permite a este Tribunal concluir que la forma de valorar la “calidad y cualidad” de los libros a suministrar sea exclusivamente presencial, por ello parece razonable entender que nada impide que su calificación pueda materializarse digitalmente. Esta tesis es corroborada por el criterio de adjudicación recogido en el punto 5 del apartado H), sobre la selección de temas, autores y ediciones leonesas que valora la existencia de una sección especializada en la página web, que debe de contener información sobre el título, autor, editorial, año de edición, ISBN, así como la imagen de la portada y el precio (IVA incluido). Así el punto 5

“Página web con sección dedicada a temas, autores y ediciones leonesas (10 puntos)” dispone:

“La dedicación, por parte de los licitadores, de un espacio en su web, para la información especializada sobre lo leonés agilizaría en gran medida la búsqueda y selección de este tipo de obras por los bibliotecarios, previa a su selección para la elaboración de los pedidos correspondientes.

»En consecuencia, se valorará con 10 puntos la oferta de los licitadores que ofrezca en su página web un espacio especializado al tema leonés, donde las obras aparezcan correctamente reseñadas respecto del título, autor, editorial, año de edición, ISBN, así como la imagen de la portada y el precio (IVA incluido).”

Por tanto, no consta en el expediente ni en los informes remitidos, justificación adecuada y suficiente del contenido y alcance del criterio de adjudicación controvertido, al no quedar patente en qué aspecto contar con un espacio con las cualidades exigidas, que permita analizar físicamente un volumen impreso, puede mejorar el acceso al libro o a su información, a fin de comprobar el interés de su adquisición.

Además de lo expuesto, la prescripción impugnada delimita la situación del espacio al ámbito territorial de la provincia de León, sin que ni siquiera en el expediente se contemple una mínima motivación de tal requisito. Es evidente que la redacción del criterio de adjudicación otorga una ventaja a los libreros que cuenten con una librería en la provincia de León, frente aquellos cuyo local está ubicado en una provincia limítrofe.

Todo ello, vulnera los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad entre los licitadores que rigen la contratación pública e invoca la entidad recurrente, por cuanto el criterio a valorar supone una discriminación entre libreros que cuenten con un espacio de 20 m², frente aquellos que tengan un espacio más reducido, entre libreros y licitadores que ostenten la condición de proveedores o distribuidores y entre libreros situados en el ámbito espacial de la provincia de León y el resto del territorio.

En este sentido, como hemos expuesto en el fundamento de derecho 3º, si bien es cierto que el criterio no impide concurrir a la licitación, ni es causa de exclusión del procedimiento de licitación, sí afecta a la puntuación definitiva del procedimiento de adjudicación, de suerte que perjudica a los licitadores que no dispongan de un punto de venta propio. La proporción - 10

sobre 100 puntos-, aunque pequeña puede ser decisiva en la adjudicación, por ello no disponer de una librería propia en la provincia, condicionaría a los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas, habida cuenta que para obtener la máxima puntuación en el apartado concernido estarían obligados a alcanzar un acuerdo de cesión con una librería ubicada en la provincia de León.

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto por la recurrente, anulando el criterio de adjudicación impugnado y la convocatoria de licitación del contrato con retroacción de las actuaciones para proceder a la modificación de los pliegos en los términos expuestos.

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. xxx en nombre y representación de la empresa Distriasvy, S. L, contra los pliegos que rigen la contratación del contrato de selección de proveedores para el suministro de libros para el ejercicio 2024, con destino al centro provincial coordinador de bibliotecas del Instituto Leonés de Cultura.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).