

Recurso 230/2022
Resolución 366/2022
Sección primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 6 de julio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EDITORES DE LIBROS Y MATERIAL DE ENSEÑANZA (ANELE)** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de objetos de aprendizaje digitales para centros sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de educación primaria y educación secundaria obligatoria”, convocado por la Consejería de Educación y Deporte (Expte. CONTR 2022 229276), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de marzo de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) anuncio de información previa de la citada contratación por parte de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía. Con posterioridad, el 23 de mayo de 2022, se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación del contrato y ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 18.738.000 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 13 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EDITORES DE LIBROS Y MATERIAL DE ENSEÑANZA (ANELE, en adelante) contra el anuncio y pliegos que rigen el contrato.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, siendo recibida la misma con posterioridad en el registro de este Órgano.

La resolución del presente recurso hace innecesario ya un pronunciamiento sobre la suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la asociación recurrente.

Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad EDITORIAL PLANETA S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“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.*

(...) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.*

El recurso se fundamenta, entre otros motivos, en irregularidades de los pliegos que pueden afectar a los principios de igualdad y libre concurrencia. Conforme al artículo 1 de sus estatutos, son fines de la asociación recurrente la representación, gestión, logro y defensa de los intereses comunes de sus miembros de acuerdo con las normas de dichos estatutos.

Por consiguiente, a la vista del contenido del recurso y sin perjuicio de lo expresado más adelante respecto de alguno de sus motivos, queda justificado el interés legítimo de la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

No puede prosperar en este sentido la falta de legitimación esgrimida por la entidad EDITORIAL PLANETA, S.A.U. dada la amplitud de términos con que el artículo 48 del texto legal contractual reconoce legitimación a las asociaciones empresariales: *“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.*



TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio de licitación y pliegos que rigen un contrato calificado como de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso contra los citados actos al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece, en sus apartados a) y b), que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 23 de mayo de 2022, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 13 de junio de 2022 en el registro electrónico de este Tribunal se ha formalizado en plazo. Tampoco en este extremo puede prosperar la alegación de extemporaneidad del recurso formulada por la entidad interesada en el procedimiento.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la infracción de los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia y no discriminación e igualdad de trato (artículos 1 y 132 de la LCSP), en la medida que los anuncios publicados en el DOUE no contienen información veraz sobre la contratación.

1. Alegaciones de la recurrente.

ANELE solicita la anulación del anuncio y pliegos de la contratación y funda esta pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, esgrime que los datos facilitados en el anuncio de información previa y en el anuncio de licitación, ambos publicados en el DOUE, no coinciden. Así, alega que en el anuncio de información previa se indica que el valor estimado del contrato es de 20 millones de euros, que no se divide en lotes, que su duración será de 60 meses o que el código CPV es el 48218000 (paquetes de software de gestión de licencias) cuando lo que se va a contratar no tiene que ver con software para gestionar licencias, *“sino licenciar determinados contenidos educativos, lo que es muy diferente”*; mientras que en el anuncio de licitación, se modifica el CPV al 48100000 (paquetes de software específico de un sector económico), el objeto del contrato se divide en tres lotes, la duración del contrato se reduce a 30 días en vez de 60 meses y nuevamente, como en el anuncio de información previa, se vuelven a incluir direcciones o páginas web erróneas o inexistentes para el acceso a información relevante.



Concluye, pues, que la publicidad remitida al DOUE no ha sido la adecuada cuando los enlaces y páginas web que se citan son erróneas e inaccesibles y se introducen una serie de modificaciones entre el anuncio de información previa y el anuncio de licitación. Por tanto, considera que debe declararse la **nulidad del anuncio de licitación** (por aplicación del artículo 39 de la LCSP que se remite a los supuestos de nulidad del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, por ende, del procedimiento de adjudicación, pues los interesados en la licitación han recibido distinta información dependiendo del anuncio y fuente que hayan consultado y ello ha conculcado los principios básicos en materia de contratación pública (igualdad, transparencia y libre concurrencia).

Asimismo, insiste en la **invalidez del anuncio de información previa** a efectos de la reducción del plazo de presentación de ofertas, desde el momento en que contiene información errónea como ya se ha señalado; y concluye que *“el hecho de que el anuncio de licitación publicado contemple apenas un plazo de 10 naturales para la presentación de proposiciones por los interesados, incumpliendo el plazo mínimo legal de 35 días (al no poder reducirse el plazo, en este caso por no cumplir el anuncio de información previa con los requisitos establecidos en la LCSP), determina la imposibilidad de los potenciales interesados de ejercitar un derecho esencial como es participar en el procedimiento de licitación, con infracción del principio de concurrencia. Infracción del ordenamiento jurídico que vicia al anuncio de un defecto de nulidad de pleno derecho”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En respuesta al recurso interpuesto, el órgano de contratación remite dos informes, uno procedente del Servicio de Contratación y otro procedente del Servicio de Innovación Educativa. Ambos informes se oponen a los argumentos del recurso, por lo que haremos un tratamiento común de ambos. En síntesis, respecto a este primer motivo de recurso, opone el órgano de contratación lo siguiente:

- a) La publicidad remitida al DOUE fue adecuada, sin que la reducción del plazo haya afectado a la concurrencia, habiéndose presentado cinco empresas y sin que ningún interesado haya instado del órgano de contratación una eventual ampliación del plazo por la supuesta complejidad de la proposición a presentar. Se ha respetado la reducción legal a que se refiere el artículo 156.2 de la LCSP.
- b) La división en lotes es una medida para favorecer a las PYME que amplía la competencia. No se entiende, pues, el perjuicio que la división haya podido causar.
- c) Se puede acceder correctamente a las direcciones o páginas web a través de los enlaces que constan en el anuncio de información previa y en el de licitación. Y tampoco ha habido aviso o comunicación de incidencia alguna en los servidores electrónicos.
- d) En el anuncio de información previa se indica un CPV menos restrictivo para garantizar la transparencia y la igualdad.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Opone, en síntesis, que todos los licitadores han podido conocer perfectamente el contrato, sus características y condiciones, sin que haya existido ningún déficit de publicidad, ni limitación a la transparencia, ni ninguna restricción a la libertad de acceso, ni discriminación o lesión a la igualdad de trato. De hecho, señala que no ha existido reclamación alguna por parte de ninguna empresa interesada en el contrato.



4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El anuncio de información previa se regula en el artículo 134 de la LCSP que establece:

“1. Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo.

2. Los anuncios de información previa a que se refiere el apartado anterior se publicarán, con el contenido establecido en el Anexo III. A, a elección del órgano de contratación, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el perfil de contratante del órgano de contratación a que se refiere el artículo 63 que se encuentre alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico..

3. Los anuncios de información previa se enviarán a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o, en su caso, se publicarán en el perfil de contratante, lo antes posible, una vez tomada la decisión por la que se autorice el programa en el que se contemple la celebración de los correspondientes contratos, en el caso de los de obras, o una vez iniciado el ejercicio presupuestario, en los restantes.

En cualquier caso, los poderes adjudicadores deberán poder demostrar la fecha de envío del anuncio de información previa.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

4. (...)

5. (...)

6. (...)El periodo cubierto por el anuncio de información previa será de un máximo de 12 meses a contar desde la fecha de envío del citado anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o, en su caso, a partir de la fecha de envío también a esta última, del anuncio de publicación en el perfil de contratante a que se refiere el apartado cuarto anterior.

Sin embargo, en el caso de los contratos de servicios que tengan por objeto alguno de los servicios especiales del Anexo IV, el anuncio de información previa podrá abarcar un plazo superior a 12 meses.

7. La publicación del anuncio previo a que se refiere el primer apartado de este artículo, cumpliendo con las condiciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 156 y en el apartado 1 del artículo 164, permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos en la forma que en esos preceptos se determina.”

Por su parte, el artículo 135 de la LCSP regula el anuncio de licitación con indicación de la información que debe contener de conformidad con lo previsto en el Anexo III de la misma.

El citado Anexo III establece para el anuncio de información previa la inclusión de la siguiente información, entre otra: (i) códigos CPV y (ii) breve descripción de la contratación (naturaleza y alcance de las obras, naturaleza y cantidad o valor de los suministros, naturaleza y alcance de los servicios); y para el anuncio de licitación, entre otra, (i) códigos CPV, (ii) descripción de la licitación (naturaleza y alcance de las obras, naturaleza y cantidad o valor de los suministros, naturaleza y alcance de los servicios. Si el contrato está dividido en lotes, esta información se facilitará para cada lote. Si procede, descripción de posibles variantes) y (iii) orden de magnitud total estimado del contrato o los contratos (cuando los contratos estén divididos en lotes, esta información se facilitará para cada lote).



Asimismo, respecto al plazo para la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto, el artículo 156.3 letra a) de la LCSP dispone que *“En los contratos de obras, suministros y servicios, el plazo general previsto en el apartado anterior podrá reducirse en los siguientes casos:*

a) Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones [no inferior a treinta y cinco días] podrá reducirse a quince días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio voluntario de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de doce meses y mínima de treinta y cinco días antes de la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este.” Y en el procedimiento restringido, conforme al artículo 164.1 a), el plazo general de presentación de proposiciones -que no puede ser inferior a treinta días- se puede reducir a diez si se hubiese enviado el citado anuncio de información previa.

Expuesto el marco legal de aplicación, hemos de analizar el supuesto que nos ocupa a la vista del motivo esgrimido en el recurso. Así, el **anuncio de información previa** de esta contratación se publicó el 1 de marzo de 2022 con el objeto de reducir los posteriores plazos de recepción de ofertas. Entre la información que consta en el mismo figura la siguiente:

- Código CPV principal: 48218000 Paquetes de software de gestión de licencias.
- Breve descripción: *“El presente contrato consiste en el suministro de una colección de 40.000 objetos digitales educativos (ODE) con licencia de uso, que serán puestos a disposición de docentes y alumnado de los centros educativos públicos que imparten enseñanzas de Educación Primaria (cursos de 5º y 6º) y de Educación Secundaria Obligatoria (cursos de 1º, 2º, 3º y 4º) de Andalucía”.*
- Valor total estimado: 20 072 500.00 euros.
- Información relativa a los lotes: *“el contrato está dividido en lotes: no”*

Por otro lado, en el **anuncio de licitación** se indica, entre otra, la información siguiente:

- Clasificación CPV: 48100000-9 - Paquetes de software específico de un sector económico.
- Descripción: Suministro de objetos de aprendizaje digitales para centros sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de educación primaria y educación secundaria obligatoria.
- Valor estimado: 18.738.000,00 €.
- Lotes: 3.

Así, en los extremos que la recurrente pone de manifiesto en su escrito y que aquí hemos expuesto, se aprecian divergencias entre la información de ambos anuncios publicados en el DOUE. No coinciden los CPV, ni el valor estimado y la configuración del propio objeto cambia de uno a otro en la medida que el anuncio de información previa prevé que no habrá lotes y el anuncio de licitación establece la división del objeto en 3 lotes. Esta dispar información ha de tener necesarias consecuencias en la licitación pues puede haber licitadores que, a la vista de los datos facilitados con el anuncio de información previa, decidan en ese momento si están o no interesados en participar en la licitación. Piénsese en la trascendencia del CPV a la hora de identificar las prestaciones contractuales o en el fraccionamiento del objeto de cara a la participación de las PYME; en este sentido, si el anuncio de información previa prevé que no se dividirá en lotes el contrato, tal información puede disuadir a PYMEs que podrían estar interesadas en participar si el objeto se hubiese fraccionado como finalmente ha sucedido en la licitación conforme al anuncio y los pliegos que la rigen.

Quiere ello decir que en extremos tan cruciales como el objeto y su posible configuración en lotes no puede haber divergencias entre un anuncio y otro. Podrían admitirse en hipótesis valores aproximados en la cuantía de las prestaciones pero no en su configuración y definición, so pena de generar inseguridad jurídica con vulneración de los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 de la LCSP. Además, el Anexo III de la



LCSP establece el mismo contenido en los extremos analizados para ambos anuncios, por lo que no deberían existir diferencias sustanciales entre uno y otro. No pueden acogerse, pues, los argumentos del órgano de contratación ni de la entidad interesada acerca de que las divergencias entre ambos anuncios no han afectado a la concurrencia y libre acceso, pues el hecho de que haya habido participación en la licitación no es óbice para que esta hubiera podido ser mayor de no existir aquellas diferencias. No es posible afirmar que, pese a lo acontecido, se han respetado los principios básicos de la contratación pública, pudiendo haberse visto afectadas en su concurrencia al procedimiento empresas asociadas a ANELE.

Como consecuencia de lo expuesto, al tratarse de un procedimiento abierto según prevé el anuncio de licitación y los pliegos de esta contratación, no es posible aplicar la reducción de plazos para la presentación de proposiciones a que alude el artículo 156.3 a) de la LCSP y que habría de concretarse en 15 días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, debiendo operar el plazo general mínimo de 35 días previsto en el apartado 2 del precepto legal.

En definitiva, a juicio de este Tribunal, es inválido el anuncio de información previa a los efectos pretendidos de reducción de plazos, invalidez que se extiende al propio anuncio de licitación y al procedimiento de adjudicación en la medida que no se ha respetado el plazo mínimo legal para la presentación de proposiciones de 35 días naturales; téngase en cuenta que el envío al DOUE del anuncio de licitación se produjo -según indica el citado anuncio publicado en el perfil- el 18 de mayo de 2022 y se prevé como fecha límite para la presentación de proposiciones el 3 de junio.

Por último, la recurrente insiste en que no se puede acceder correctamente a las direcciones o páginas web a través de los enlaces que constan en el anuncio de información previa y en el de licitación, lo que niega el órgano de contratación. Tal cuestión pierde ya relevancia, a la vista de que procede anular ambos anuncios de licitación y el propio procedimiento de adjudicación conforme a lo argumentado en el presente fundamento.

Debe, pues, estimarse el motivo de recurso analizado.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de indebida calificación jurídica del contrato como de suministro.

1. Alegaciones de la recurrente.

Alega que el objeto de la licitación impugnada es la contratación de 40.000 objetos educativos digitales (ODE), de alta calidad, con licencia de uso para su puesta a disposición de los alumnos y docentes andaluces durante un mínimo de 10 años. Manifiesta que dicho objeto se califica como un contrato de suministro cuyo CPV corresponde a “paquetes de software específico de un sector económico”, pero, según señala, lo que se adquiere no son paquetes de “software” ni equipos o sistemas de telecomunicaciones.

Insiste en que “se conoce como software al soporte lógico de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados hardware. La interacción entre el software y el hardware hace operativo un ordenador u otro dispositivo, es decir, el software envía instrucciones que el hardware ejecuta, haciendo posible su funcionamiento

De esta forma, el software comprende todos los componentes intangibles, no físicos, de un ordenador, es decir, es el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora (Definición dada por la Real Academia de la Lengua Española - <https://dle.rae.es/software>). Y es evidente que, en



este caso lo que contrata la Junta de Andalucía no son “paquetes” de programas, instrucciones y reglas para ejecutar tareas en un ordenador, sino objetos o contenidos educativos digitales para el aprendizaje (...) como ilustraciones, fotografías, videos, mapas, etc..., que deberán ser integrados en las Aulas Virtuales de la Junta de Andalucía.

Lo que se adquiere por la Junta no es la propiedad de determinados contenidos educativos digitales u ODE, sino la adquisición de los permisos necesarios para usar los mismos durante un mínimo de 10 años; incluyendo además por parte del contratista los servicios de mantenimiento necesarios y de atención remota ante cualquier eventualidad. Lo que constituye un contrato típico de servicios (...). Y el hecho de que para el acceso a los contenidos educativos sea necesaria una licencia corporativa a favor de la Administración contratante no altera la prestación, que es claramente un servicio. Esto es, las licencias que debe otorgar el contratista para el uso de los ODEs por alumnos y docentes no constituyen derechos incorporales, sino medio de autorización para la utilización de los servicios contratados a cambio de una contraprestación, lo que justificaría de manera suficiente que se califique como contrato de servicios.

(...)

No se trata, en definitiva, de un mero contrato de suministro de programas de ordenador o paquetes de software, sino de una serie de contenidos educativos digitales, sujetos algunos a derechos de autor, confeccionados a medida; por lo que constituyen contratos de servicios conforme a la LCSP.”

Concluye, pues, que procede la anulación de la licitación desde el momento en que se introduce un código CPV erróneo y que se tendría que haber licitado un contrato de servicios con sus especificidades legales propias.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo esgrimido por la recurrente y defiende la naturaleza de suministro del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la LCSP. En tal sentido, sostiene que se trata de un suministro de objetos digitales educativos estandarizados bajo un modelo de licencia de uso, que únicamente conllevará durante el plazo de duración de dicha licencia (120 meses) las actuaciones típicas asociadas a la misma sin ningún tipo de actuación compleja a medida. Y añade que el suministro será compatible con que los objetos digitales educativos (activos informáticos) puedan estar situados en los servidores del proveedor. Considera que lo anterior en modo alguno desvirtúa la naturaleza del contrato de suministro, citando varios informes de Órganos consultivos al respecto (Informes 4/16 y 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del del Estado, Informe 1/20 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Islas Baleares e Informe 10/2009 de la Comisión Consultiva de Andalucía).

3. En términos parecidos al órgano de contratación se opone la entidad interesada al recurso en su escrito de alegaciones.

4. Consideraciones del Tribunal.

La controversia entre las partes se centra en la calificación jurídica del contrato como servicio -posición que defiende la recurrente- o como suministro -calificación que realizan los pliegos y que defiende el órgano de contratación en su informe al recurso-.

Al respecto, la **cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT)** establece que “*El objeto de este contrato es el suministro de una colección de, al menos, 40.000 objetos digitales educativos con licencia de uso, que serán puestos a disposición de docentes y alumnado de los centros educativos sostenidos con fondos públicos que*



imparten enseñanzas de Educación Primaria (cursos de 5º y 6º) y de Educación Secundaria Obligatoria (cursos de 1º, 2º, 3º y 4º) de Andalucía.

Un Objeto Digital Educativo (ODE), Material Educativo Digital (MED) u Objeto Didáctico Digital (ODD) (acepciones válidas para referirse a un objeto digital según el perfil de aplicación LOM-ES v1.0) es un contenido educativo digital cuya finalidad última es el aprendizaje del usuario y que, en sí mismo, constituye o puede llegar a constituir, mediante su integración con otros objetos más simples, un material educativo multimedia.

(...)

En el lote 1 se contratará el suministro de, al menos, 10.000 objetos digitales educativos para Educación Primaria (cursos de 5º y 6º) con licencia de uso y por un importe máximo de 5.000.000 euros (IVA excluido).

(...)

En el lote 2 se contratará el suministro de, al menos, 15.000 objetos digitales educativos para los cursos de 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria con licencia de uso y por un importe máximo de 6.869.000 euros (IVA excluido).

(...)

En el lote 3 se contratará el suministro de, al menos, 15.000 objetos digitales educativos para los cursos de 3º y 4º de Educación Secundaria Obligatoria con licencia de uso por un importe máximo de 6.869.000 euros (IVA excluido)."

Y la **cláusula 4 de PPT** (Actuaciones a realizar) señala:

"4.1 Parámetros técnicos de los medios físicos y lógicos.

El adjudicatario deberá contar con los medios propios, de toda índole, necesarios para realizar la provisión con éxito del objeto del contrato, así como la seguridad en la protección de datos.

La formación del personal del adjudicatario correrá por cuenta de este, no asumiendo la Consejería de Educación y Deporte en ningún caso cualquier coste derivado de la formación de este.

4.2 Suministro y puesta en servicio de la colección de Objetos Educativos Digitales (ODEs)

Tras la firma del contrato, y en un plazo no superior a 30 días, el adjudicatario suministrará la colección de Objetos Educativos Digitales (ODEs) objeto del contrato en los entornos de Aula Virtual de la Consejería de Educación y Deporte.

(...)

El adjudicatario proporcionará todos los elementos recogidos en el apartado – 5. Productos a entregar, necesarios para la puesta en servicio (en particular los plugins LTI necesarios para el funcionamiento de los ODEs), la documentación de instalación, y puesta a disposición para su uso por parte de docentes y alumnado andaluz.

4.3 Entrega y alcance del suministro.

La empresa adjudicataria pondrá a disposición de la Consejería de Educación y Deporte, la colección de Objetos Digitales Educativos en un plazo no superior a 30 días desde la firma del contrato.

La colección de ODEs estará disponible para su uso en las plataformas de Aula Virtual de la Consejería de Educación y Deporte desde la puesta en servicio hasta la finalización del contrato (período de licenciamiento).



La colección de ODEs estará disponible para su uso por un número ilimitado de usuarios (alumnado y profesorado) de los centros educativos sostenidos con fondos públicos de Andalucía durante la duración del contrato. La empresa adjudicataria deberá garantizar el funcionamiento correcto de los contenidos 24x7 en las condiciones de disponibilidad indicadas en este pliego si el suministro se produce en la modalidad online desde la infraestructura del adjudicatario.

Garantía de los trabajos.

La empresa adjudicataria deberá garantizar el correcto funcionamiento del suministro realizado bajo este contrato durante el período de duración de la licencia de uso asociada al suministro, obligándose a realizar gratuitamente durante dicho tiempo las correcciones y modificaciones necesarias para subsanar los errores ocultos que eventualmente pudieran aparecer.

4.4 Soporte y asistencia a la puesta en funcionamiento de los ODEs.

El personal de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía podrá requerir al adjudicatario su asistencia y soporte en el proceso de instalación, configuración, parametrización, puesta en servicio y uso de los ODEs en las plataformas de Aula Virtual de la Consejería.

(...)

El soporte incluirá todas aquellas actividades de atención remota (a través de los canales telefónico, web, correo electrónico...) a los usuarios finales de la plataforma (profesorado, alumnado, usuarios de la administración...).

(...)

Entre las tareas a realizar estarán:

- La recogida y registro de las incidencias y problemas reportados por los usuarios en la herramienta corporativa de gestión de tickets que indique la dirección del proyecto.*
- Resolución de las incidencias, y escalado de estas, en caso de que sea necesario, a los equipos de mantenimiento o a los administradores de los sistemas.*
- Informes sobre la evolución de las incidencias/consultas, de su resolución o escalado, niveles de servicio..., o cualquier otra información relativa a la labor desempeñada que la dirección del proyecto indique.*
- Presentación de guías, manuales, elementos de promoción o difusión sobre el uso de los recursos, o la resolución de las incidencias o problemas más comunes.”*

Al respecto, el artículo 16.3 b) de la LCSP dispone que se considerarán contratos de suministro los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Sobre la interpretación de este precepto legal y la casuística generada en orden a la calificación jurídica de los contratos de tipo informático, se han pronunciado varios Órganos consultivos en materia de contratación pública. Merece destacar el Informe 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que alude a su vez a su Informe 4/2016, donde se viene a indicar que la diferencia fundamental entre un programa a medida y un programa estandarizado es que en el primero se adquiere la propiedad del mismo (lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa, así como poder modificarlo con cualquier finalidad); mientras que, en



un programa estandarizado, el órgano de contratación no adquiere la propiedad sino únicamente la licencia de uso del mismo, sin derecho a modificarlo ni enajenarlo.

Por tanto, concluye la Junta Consultiva que la diferencia sustancial entre los contratos de suministro y los de servicios, en lo que atañe a los contratos de tipo informático, *“radica precisamente en la confección a medida de servicios que, como tales, presentan una notable complejidad, funcionalidades específicas y únicas para el órgano de contratación o una personalización que excede de las prestaciones que de forma ordinaria, masiva o general se ponen a disposición del público por parte del contratista. Solo si se producen estas circunstancias podremos calificar un contrato de este tipo como un servicio. Por el contrario, en los casos en que falten estas condiciones deberá aplicarse la regla general que califica a estos contratos como suministros”*.

Asimismo, resulta ilustrativo el Informe 1/2020 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares donde, partiendo de la posición expuesta de la Junta Consultiva del Estado, añade una apreciación de gran importancia, y es la relativa al régimen jurídico del mantenimiento del software que es frecuente que ofrezcan las empresas a través de una garantía de soporte, como servicio adicional al suministro de una licencia informática estandarizada. Y concluye que *“cuando los servicios que se incluyan en el suministro no conlleven actuaciones complejas o sean necesarias para el desarrollo normal del programa, el contrato conservará la calificación de suministros; en cambio, cuando la actualización o el mantenimiento impliquen actuaciones complejas que excedan del desarrollo normal del programa suministrado, el servicio podría tener autonomía suficiente como para poder calificar el contrato como contrato mixto”*.

En el supuesto aquí examinado, del examen del clausulado transcrito se deduce que el contrato tiene por objeto el suministro de objetos digitales educativos con disponibilidad para su uso por un número ilimitado de usuarios (docentes y alumnado de centros públicos de Educación Primaria y Secundaria), debiendo la empresa adjudicataria garantizar el correcto funcionamiento del suministro durante el periodo de duración de la licencia de uso asociada al mismo, así como prestar la asistencia y soporte en el proceso de instalación, configuración, parametrización, puesta en servicio y uso de los ODEs en las plataformas de Aula Virtual de la Consejería.

Así pues, a la luz de la regulación legal expuesta y compartiendo la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación pública, este Tribunal considera que estamos ante un contrato de licencia de uso de software, por el que se pone a disposición de los usuarios un programa estandarizado y no un programa a medida.

De este modo, ciñéndonos al motivo del recurso, este debe desestimarse pues la calificación jurídica correcta del contrato, a juicio de este Tribunal, es la de suministro al amparo del artículo 16.3 b) de la LCSP. Asimismo, la asistencia a la puesta en funcionamiento del suministro y la resolución de incidencias o problemas más comunes que planteen los usuarios (apartado 4.4 del PPT) no parecen tener entidad suficiente como para configurar un contrato autónomo de servicios. No obstante, aun de admitir en pura hipótesis tal opción, el contrato sería a lo sumo mixto de suministro (de conformidad con el citado artículo 16.3 del texto legal) y de servicios.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo de nulidad del criterio de adjudicación relativo al precio

1. Alegaciones de la recurrente.

ANELE esgrime que se incluye en los tres lotes como criterio de adjudicación relativo al precio el denominado *“A.3. Importe total de la oferta (hasta 10 puntos)”*. Señala que esta puntuación se otorgará, tras aplicar la fórmula que se indica, conforme a los siguientes rangos de valores (indica a título de ejemplo a continuación los rangos de puntos asignados para el lote 1):



Oferta total (sin IVA)

- | | |
|---|-----------|
| • Menor o igual a 5.000.000 euros y mayor que 4.990.000 euros | 10 puntos |
| • Menor o igual a 4.990.000 euros € y mayor que 4.950.000 euros | 5 puntos |
| • Menor o igual a 4.950.000 euros | 0 puntos |

La recurrente alega que a mayor descuento se otorgan menos puntos, lo que es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, recibiendo menor puntuación ofertas más económicas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se alza frente al motivo del recurso, señalando que, tal y como se indica en los distintos documentos de la licitación, las ofertas se ajustaran, en base a los precios unitarios ofertados, incrementando el número de objetos digitales educativos (ODE) hasta completar la cantidad máxima posible más cercana al precio total de cada uno de los tres lotes. Y concluye que queda invalidada *“la afirmación torticera del recurrente en la que establece que la oferta global más baja no es la que recibe la mayor puntuación, cumpliéndose la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas”*.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

Con carácter previo, hemos de analizar diversos apartados del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativo a las características del contrato y en concreto los siguientes:

a) El objeto del contrato es el suministro de objetos digitales educativos para la docencia en centros sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de 5º y 6º curso de educación primaria y 1º, 2º, 3º y 4º curso de educación secundaria obligatoria dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía (Apartado 1 del Anexo I). Dicho objeto se encuentra fraccionado en tres lotes.

b) Según el apartado 2 del Anexo I, el valor estimado del contrato es 18.738.000,00 euros. En dicho apartado se indica que *“La naturaleza del contrato exige que la valoración económica se realice por precio unitario para cada elemento. En este sentido, la estimación económica se calcula teniendo en cuenta el coste de cada objeto digital educativo”* y se establece como sistema de determinación del precio *“precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación. La determinación del precio se ha calculado de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la LCSP, considerando los precios habituales en el mercado”*.

c) En el apartado 8 del citado anexo se establecen los siguientes criterios de adjudicación para todos los lotes:

- Valoración económica (hasta 70 puntos).
- Extensión de la duración de licenciamiento (hasta 20 puntos)
- Importe total de la oferta (hasta 10 puntos).

Si tomamos como ejemplo el lote 1, el PCAP establece para el criterio relativo a la valoración económica que *“se otorgará la máxima puntuación a la oferta más ventajosa, valorando el resto de ofertas mediante la aplicación de la regla de tres inversa. Se considera la oferta más ventajosa aquella cuya Tarifa Media Ponderada ODE (TMPODE) sea más económica.*



(...)

El precio total en su conjunto (OFERTA_TOTAL) no podrá sobrepasar el importe máximo del lote 1, 5.000.000€ sin IVA. Las ofertas cuyo importe total sobrepasen el máximo de 5.000.000€ sin IVA serán descartadas.

() Las ofertas se ajustaran, en base a los precios unitarios ofertados, incrementando el número de objetos digitales educativos (ODE) hasta completar la cantidad máxima posible más cercana a 5.000.000€”.*

Asimismo, para el criterio “importe total de la oferta” se establece que:

“Menor o igual a 5.000.000€ y mayor que 4.990.000€	10 puntos
Menor o igual a 4.990.000€ y mayor que 4.950.000€	5 puntos
Menor o igual a 4.950.000€	0 puntos”

Pues bien, del contenido de los apartados expuestos del Anexo I del PCAP se colige que el precio del contrato se ha determinado atendiendo a precios unitarios y que la valoración económica se realizará atendiendo a la tarifa media ponderada más económica que recibirá la mayor puntuación, valorándose el resto mediante la aplicación de una regla de tres inversa. Así pues, se cumple el principio general de que la oferta más barata ha de ser la mejor valorada.

Otra cuestión es que, previéndose en el PCAP para el lote 1 (que es el que hemos tomado como ejemplo) que “*Las ofertas se ajustaran, en base a los precios unitarios ofertados, incrementando el número de objetos digitales educativos (ODE) hasta completar la cantidad máxima posible más cercana a 5.000.000€*”, quepa entender que cuando la oferta se acerque más a 5.000.000 euros (importe total del lote 1, IVA excluido) sin sobrepasar esta cuantía, mayor será el número de objetos digitales educativos propuestos.

Si seguimos la interpretación anterior, el motivo del recurso debe desestimarse por cuanto no se cumpliría el postulado de la recurrente de que las ofertas más económicas van a recibir menos puntos. No obstante, la falta de claridad del PCAP al redactar el presente criterio de adjudicación, unido a que no se ha encontrado en el expediente documento alguno que justifique su elección y permita confirmar la interpretación expuesta, aconseja que en los eventuales pliegos que se aprueben -como consecuencia de la anulación de los actuales por la estimación siquiera parcial del recurso que se está analizando- se redacte y justifique con mayor claridad el criterio impugnado si es que se mantuviera y cuya legalidad no se prejuzga en este momento.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el motivo de nulidad de los criterios de adjudicación al no establecerse ninguno que valore la calidad de los objetos digitales educativos.

1. Alegaciones de la recurrente.

La asociación recurrente aduce que, pese a que el objeto de la contratación son ODE de “alta calidad” para el aprendizaje, no se establece en los pliegos ningún criterio para su valoración, ni tan siquiera que los licitadores deban atenerse a la norma técnica UNE 71362:2020 sobre “calidad de los materiales educativos digitales”.

Concluye que resulta indiferente, a efectos de valoración de la mejor oferta, la calidad o no de los materiales suministrados, incumplándose lo establecido en la memoria y en el PPT sobre valoración de la calidad de los recursos, así como la necesaria selección de la oferta que presente una mejor relación calidad-precio.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



Frente al motivo expuesto, opone el órgano de contratación que *“en la citada Memoria Justificativa (página 7) se indica que: “el objeto de esta licitación es el de dotar a los centros educativos andaluces que imparten enseñanzas de Educación Primaria (cursos de 5º y 6º) y de Educación Secundaria Obligatoria (1º, 2º, 3º y 4º curso) de los recursos necesarios para una docencia de calidad, moderna y adaptada a las necesidades del modelo de educación digital y dando respuesta a la creciente demanda de contenidos digitales en la enseñanza no universitaria. La puesta a disposición de estos recursos contribuye de manera destacada a garantizar el derecho fundamental a la educación recogido en el artículo 27 de la Constitución Española y al ámbito prioritario de fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento establecido en el Plan de Acción de la Educación Digital.”*

Por otra parte, en su segundo ámbito de actuación, el Plan de Acción de la Educación Digital, establece entre otras las siguientes medidas: capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana; alfabetización digital, incluida la lucha contra la desinformación y educación informática.

Los niveles educativos sobre los que se recomienda actuar son los cuatro cursos de la Educación Secundaria Obligatoria por su grado de desarrollo de la competencia digital necesaria para un adecuado aprovechamiento de dichos recursos, que se amplían de forma innovadora a los niveles educativos de 5 y 6 de Educación Primaria para dar respuesta a la necesidad establecida en el Plan de Acción Digital de la Unión Europea 2021-2027 “desarrollo de capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana”.

Y concluye que, en virtud de lo expuesto anteriormente, es necesario el suministro de una colección de objetos digitales educativos para su puesta a disposición a los docentes y alumnado de los centros públicos andaluces a través de los entornos de aula virtual del ecosistema digital de la Consejería de Educación y Deporte.

3. la entidad interesada realiza una alegación conjunta para oponerse a este motivo del recurso y al anterior señalando que *«ha de sostenerse la existencia de una estrecha relación entre la calidad de las ofertas y el precio ofertado. Y en tal sentido y con tal finalidad debe entenderse la atribución de cero puntos a los precios inferiores a un determinado umbral. Igualmente, tal mecanismo evidencia que el pliego efectivamente contempla a efectos de valoración de las ofertas la calidad. Se trata de un mecanismo que permitirá poner en valor la relación entre la calidad de las prestaciones a contratar y su precio, de forma que se eviten la presentación de ofertas mediocres a causa de la minoración de los precios ofertados o que sea dudoso que puedan llegar a ejecutarse conforme a estándares de calidad, mencionados en el contrato, y ello por adolecer de una viabilidad económica cuestionable. Por la indicada razón, nunca tendría sentido puntuar ofertas con unos importes por debajo de cierto umbral.*

(...)

En todo caso, y compatible con lo indicado, lo cierto es que la calidad resulta de la necesidad del cumplimiento de las especificaciones definidas por el pliego técnico(...).»

4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Al respecto, lo primero que se observa es que la configuración y elección de los criterios de adjudicación que deben regir la licitación es una facultad que corresponde al órgano de contratación quien, cumpliendo los requerimientos legales establecidos fundamentalmente en el artículo 145 del texto legal contractual, goza de un ámbito de discrecionalidad en la citada elección, sin perder de vista que tales criterios deben atender a la mejor relación calidad-precio.



Asimismo, hemos de considerar que no estamos en presencia de una prestación de carácter intelectual ni ante un contrato de servicios del Anexo IV de la LCSP, motivo por el que no resultaría de aplicación la regla del artículo 145.4 de la LCSP conforme a la cual, no solo es que sea obligatorio el establecimiento de criterios cualitativos, sino que los mismos tendrían que representar el 51% de la puntuación asignada a los criterios de adjudicación.

Sin perjuicio de lo anterior, la memoria justificativa del expediente incide en varias ocasiones en la necesidad de adquirir estos recursos para proporcionar una docencia de calidad, teniendo en cuenta la visión que tiene la Comisión Europea de una educación digital de alta calidad, lo que exige, entre otros requerimientos, “*contenidos de aprendizaje de alta calidad, herramientas fáciles de usar y plataformas seguras que respeten la privacidad y las normas éticas*”.

Además, la memoria justificativa señala expresamente que “*La adjudicación del contrato se realizará en base a varios criterios que permitan determinar la oferta con mejor relación calidad-precio, siendo de aplicación dichos criterios en los tres lotes establecidos*”. Y en coherencia con ello, el PPT establece que se valorará la profundidad, variedad, valor pedagógico y relevancia de los contenidos para la adquisición de las competencias clave y que se tendrá en cuenta la calidad y variedad de los ejemplos, ejercicios y actividades disponibles y calidad de la propuesta didáctica asociada a cada ODE.

No obstante, los requerimientos de alta calidad a que alude la memoria no se acompañan luego con los criterios de adjudicación elegidos que solo valoran aspectos económicos de la prestación o de duración de la licencia y no hacen posible cumplir con las previsiones del PPT en cuanto a la valoración del contenido de los ODEs y de su calidad. A lo anterior se une que tampoco consta que el órgano de contratación haya motivado, conforme al artículo 116. 4 de la LCSP, los criterios de adjudicación elegidos.

Es por ello que si bien en el supuesto analizado los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP no son solo económicos -pues la duración de la licencia podría encajar en alguno de los criterios cualitativos definidos en el artículo 145.2 de la LCSP-, el PPT prevé la valoración del contenido y calidad de los ODEs, lo que resultaría imposible sin un criterio que permitiera ponderar este elemento cualitativo en la proporción que se estime procedente. Desde esta perspectiva, el propio contenido de los pliegos no resulta intrínsecamente coherente, ni puede hacerse efectiva la valoración de contenidos y calidad de los recursos adquiridos sin un criterio de adjudicación que contemple mínimamente tal posibilidad en las proposiciones presentadas.

Solo desde la perspectiva expuesta el motivo debe prosperar, debiendo el órgano de contratación, en caso de aprobación de nuevos pliegos como consecuencia de la anulación de los aquí impugnados, resolver la incoherencia o contradicción expuesta.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la inexistencia de la necesidad de adquisición de los objetos educativos digitales y de insuficiencia de medios. Infracción del artículo 28 de la LCSP y del artículo 32 de la Ley de Economía Sostenible.

1. Alegaciones de la recurrente.

ANELE aduce que es una realidad, obviada por el órgano de contratación, que ya existen en el mercado cientos de miles de objetos educativos digitales para su uso libre por profesorado y alumnos y que existen Plataformas públicas en las que participa la propia Junta de Andalucía (como AGREGA) con recursos de alta calidad más que suficientes para atender las necesidades objeto de la contratación recurrida. En este sentido, la recurrente cita también, entre otros, el proyecto EDIA como plataforma pública que pone a disposición de todos los profesores,



alumnos y colegios un banco de recursos curriculares digitales, o la plataforma PROCOMÚN del Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y Formación del Profesorado que facilita el acceso al repositorio de recursos digitales educativos abiertos y descargables.

Por tanto, estima que el órgano de contratación no ha efectuado un estudio previo de insuficiencia de recursos o de su necesidad de contratar objetos digitales educativos, cuando existen más de 500.000 “en abierto” que son más que suficientes para atender las necesidades de alumnos y profesores, debidamente clasificados por etapas educativas, secuenciados y que pueden ser editados por profesores y alumnos, que están a disposición de las Comunidades Autónomas en plataformas abiertas y de libre acceso.

Entiende que se ha vulnerado el artículo 28 de la LCSP sobre justificación sustancial de la necesidad que satisface el contrato y el artículo 32 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, conforme al cual *“Todas las Administraciones Públicas deben contribuir al logro de la sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros”*. Y concluye que se vulneran frontalmente los principios de necesidad e idoneidad, sin que pueda aducirse la discrecionalidad de la Administración para salvar un vicio tan relevante. Y, dado que los referidos principios entroncan con el de estabilidad presupuestaria y control del gasto, así como eficiente utilización de los fondos públicos, tal vulneración conlleva la nulidad de pleno derecho de la licitación que nos ocupa.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso esgrimiendo lo siguiente:

a) El Plan Nacional de Competencia Digitales, dentro de sus líneas de actuación, contiene una línea referida a la digitalización de la educación y al desarrollo de las competencias digitales para el aprendizaje en la educación y además, entre medidas previstas para el cumplimiento de la anterior línea, incluye *“una batería”* orientada a mejorar las competencias digitales, entre las que menciona las referidas a:

- La adquisición de competencias digitales para la educación a docentes y estudiantes en todos los niveles del sistema educativo.
- La dotación de medios digitales para los centros educativos y el alumnado, el desarrollo de la competencia digital con programas de formación específicos, recursos educativos digitales y el desarrollo de metodologías y competencias digitales avanzadas.
- La incorporación en los currículos de las etapas obligatorias de competencias digitales y de programación.
- La creación de recursos educativos abiertos para la enseñanza con medios digitales y evolución de una herramienta de autor para su creación.

Dichas líneas de actuación tienen su origen en un diagnóstico de la situación nacional en el ámbito de la competencia digital, evidenciando la escasez de recursos educativos digitales.

b) Este Tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones que no versan propiamente sobre materias de contratación pública y cita al respecto una resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias.

3. Alegaciones de la entidad interesada.



Opone, en síntesis, que ANELE pretende invadir competencias y potestades públicas, arrogándose la capacidad de definir la estructura, modalidades y funcionalidad del sistema educativo.

4. Consideraciones del Tribunal.

La cuestión que plantea la recurrente es la conveniencia o necesidad de promover una licitación de esta naturaleza habida cuenta que, a su juicio, existen recursos digitales educativos suficientes en plataformas abiertas que permiten su descarga. En definitiva, la recurrente cuestiona la decisión de la Administración de acudir a una licitación pública para contratar una determinada prestación, actuación que entra dentro del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación y que es previa a toda actuación contractual pues incluso es anterior al acuerdo de inicio del expediente, acuerdo que exige la previa voluntad de promover una licitación. Así pues, este acto o decisión no es objeto de recurso especial conforme al artículo 44.2 de la LCSP, cuya finalidad es controlar la legalidad de la actuación de los poderes adjudicadores durante la licitación de un contrato público.

A mayor abundamiento, y pese al amplio reconocimiento legal de legitimación a las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses afectados (artículo 48 de la LCSP), el interés legítimo sigue siendo la clave común para acceder al recurso especial y ello exige analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Así, respecto de este motivo donde lo que se cuestiona es la necesidad o conveniencia de promover una licitación pública de esta naturaleza, no se atisba el interés legítimo en beneficio de sus asociados que pueda representar ANELE; y ello, porque de prosperar el motivo, la licitación no se celebraría y las empresas asociadas quedarían privadas de la posibilidad de participar en el procedimiento y de resultar adjudicatarias. No se entiende, a falta de justificación por la asociación, qué interés legítimo pueda ostentar para esgrimir un motivo dirigido a que no tenga lugar una licitación.

Pero en cualquier caso, tanto de admitirse, de un lado, la legitimación de ANELE para esgrimir este motivo como, de otro, la posibilidad de controlar la legalidad de la voluntad administrativa de licitar un determinado contrato, lo cierto es que el órgano de contratación ha motivado la necesidad que pretende cubrir con el contrato proyectado y ha cumplido, a juicio de este Tribunal, las previsiones del artículo 28.1 de la LCSP cuyo tenor es *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

En este sentido, la memoria justificativa obrante en el expediente dedica más de 5 páginas a la justificación de la necesidad a satisfacer y el PPT dedica igualmente sus tres primeras páginas a la justificación de esta contratación. Se destacan como aspectos relevantes de la memoria, sin perjuicio de su más amplio contenido:

«En este sentido, la Consejería de Educación y Deporte ha establecido en los últimos cursos iniciativas para promover la digitalización del sistema educativo andaluz. Para garantizar el éxito de estas iniciativas en relación al desarrollo de la competencia digital de centro, profesorado y alumnado es necesario y de carácter urgente facilitar al profesorado una colección de objetos digitales educativos para la docencia, que promuevan el modelo de educación digital dentro de la estrategia TDE [transformación digital educativa] impulsada desde la Consejería de Educación y Deporte a través de la Dirección General de Formación del Profesorado e Innovación Educativa.



Por todo ello, en virtud de las competencias atribuidas en el Decreto 102/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Deporte, esta Dirección General de Formación del Profesorado e Innovación Educativa, dentro de su estrategia ejecutiva de competencias y en consonancia con las líneas de actuación establecidas en el Plan de Acción de la Educación Digital 2021-2027, se precisa dotar a los centros educativos andaluces que imparten enseñanzas de Educación Primaria (cursos de 5º y 6º) y de Educación Secundaria Obligatoria (1º, 2º, 3º y 4º curso) de los recursos necesarios para una docencia de calidad, moderna y adaptada a las necesidades del modelo de educación digital y dando respuesta a la creciente demanda de contenidos digitales en la enseñanza no universitaria. La puesta a disposición de estos recursos contribuye de manera destacada a garantizar el derecho fundamental a la educación recogido en el artículo 27 de la Constitución Española y al ámbito prioritario de fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento establecido en el Plan de Acción de la Educación Digital a través de la puesta a disposición de “contenidos de aprendizaje de alta calidad, herramientas fáciles de usar y plataformas seguras que respeten las normas sobre privacidad digital y las normas éticas”.

Por otra parte, en su segundo ámbito de actuación, el Plan de Acción de la Educación Digital, establece entre otras las siguientes medidas: capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana; alfabetización digital, incluida la lucha contra la desinformación y educación informática.

En resumen, en virtud de lo expuesto anteriormente es necesario el suministro de una colección de objetos digitales educativos para su puesta a disposición a los docentes y alumnado de los centros públicos andaluces a través de los entornos de aula virtual del ecosistema digital de la Consejería de Educación y Deporte.

Los niveles educativos sobre los que se recomienda actuar son los cuatro cursos de la Educación Secundaria Obligatoria por su grado de desarrollo de la competencia digital necesaria para un adecuado aprovechamiento de dichos recursos, que se amplían de forma innovadora a los niveles educativos de 5 y 6 de Educación Primaria para dar respuesta a la necesidad establecida en el Plan de Acción Digital de la Unión Europea 2021-2027 “desarrollo de capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana”».

Por tanto, la necesidad de promover esta licitación se encuentra justificada de modo preciso por el órgano de contratación en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 28 de la LCSP, no pudiendo la recurrente sustituir al órgano de contratación en la determinación de sus necesidades, ni controlar por vía de recurso lo que a su juicio debiera ser una eficiente utilización de los fondos públicos. ANELE puede cuestionar si la necesidad pública que cubre un contrato se halla debidamente motivada o concretada en el expediente de contratación, pero si la motivación existe y cumple los requisitos legales, no puede el Tribunal -y menos la recurrente- controlar la decisión de contratar del órgano de contratación que entra dentro de su ámbito de discrecionalidad.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre y 109/2018, de 25 de abril) es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores.

El motivo debe, pues, desestimarse.



DÉCIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo de incorrecta determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado que no se corresponden con el precio medio de mercado. Infracción de los artículos 100,101, 102 y 115 de la LCSP.

1. Alegaciones de la recurrente.

Alega que la fijación del presupuesto base y valor estimado del contrato es una decisión errónea y arbitraria. En tal sentido, manifiesta que no consta en el expediente ningún estudio ni informe sobre los costes directos (del producto) e indirectos, ni tampoco sobre el resto de los costes de formación, soporte, mantenimiento o desplazamientos que deben asumir los adjudicatarios. Indica que no hay ningún estudio de mercado que justifique mínimamente el valor estimado ni el precio de licitación, y que siendo estos elementos fundamentales debe quedar acreditado en el expediente que responden a los precios de mercado.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos de la recurrente indicando que, como consecuencia del informe jurídico emitido sobre los pliegos, se redactó una memoria complementaria señalando que: *«Sobre la observación en cuanto al sistema de determinación del precio, se ha modificado el apartado 2 del Anexo I del PCAP indicándose lo siguiente: “De conformidad con el apartado 7 del artículo 101 de la LCSP, se ha estimado el valor del contrato según los precios habituales de mercado, teniendo en cuenta como fuente para fijar el presupuesto cuantificaciones de empresas sobre el precio del objeto del contrato a las que se ha consultado, partiendo del PVP de determinados contenidos y corrigiendo determinados casos al especial precio educativo que se ofrece”.»*

3. Consideraciones del Tribunal.

La recurrente denuncia que no constan estudios ni informes en el expediente que justifiquen mínimamente el valor estimado y precio del contrato.

Pues bien, el artículo 100.2 de la LCSP dispone que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*. Asimismo, esta adecuación a los precios de mercado se reitera en sus artículos 101 (cálculo del valor estimado) y 102 (precio del contrato).

Por tanto, para cumplir este mandato legal, el órgano de contratación debe efectuar un desglose del presupuesto en costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación en los términos requeridos por el citado artículo 100.2 de la LCSP, sin que sea preceptivo realizar estudios previos de mercado para poder considerar que un presupuesto base de licitación es adecuado a los precios de mercado. Téngase en cuenta además que el propio legislador establece reglas claras y precisas para el cálculo del valor estimado de los contratos en el artículo 101 del texto contractual.

Expuesto lo anterior, en el supuesto analizado, el apartado 2 del Anexo I del PCAP, establece:

“Importe total (IVA excluido): 18.738.000,00 €



Importe del IVA (4 %) : 749.520 €

Importe total (IVA incluido): 19.487.520 €

Importe desglosado:

Cálculo de Estructura de Costes:

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la obligatoriedad de determinar un desglose de costes en el presupuesto base de licitación del contrato (art. 100.2) y en el valor estimado (artículo 101.2).

El precio de la licencia podría estructurarse en costes directos (costes laborales y otros costes directos que se deriven de la ejecución material de los servicios), gastos generales de estructura y beneficio industrial.

La Central de Balances del Banco de España (CenBal) elabora una base de datos con 29 ratios según los distintos sectores económicos que distingue la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), siendo 4 ratios los que pueden utilizarse para realizar una primera estimación del desglose de costes del presupuesto base de licitación del contrato según la estructura de costes establecida por la Ley 9/2017.

URL de la CenBal: http://app.bde.es/rss_www/Ratios

Del análisis de la citada base de datos, teniendo en cuenta el sector de actividad económica de la CNAE que corresponde al objeto del contrato (J62 Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática) y para todas las cifras de negocio incluidas en la base de datos, se han calculado los costes directos que, este caso, corresponden al soporte anual de las licencias, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Para ello, primero hay que seleccionar el sector de actividad económica de la CNAE que corresponda al objeto del contrato y delimitar el tamaño de las empresas licitadoras en función de la cifra de negocio. En este caso, el sector de actividad (CNAE) seleccionado es: “J62 Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática”. El tamaño de las empresas licitadoras según cifra de negocio es: “Total tamaños”.

A partir de aquí se seleccionan 4 ratios fundamentales:

1. R01 “Valor añadido / cifra de negocios”.
2. R02 “Gastos de personal / cifra neta de negocios”.
3. R03 “Resultado económico bruto /Cifra neta de negocios”.
4. R14. “Inmovilizado material / total activo”.

De estos ratios, se seleccionan los valores de la columna Q2. A continuación, se realizan los siguientes cálculos:

1). El ratio R03 “Resultado económico bruto/Cifra neta de negocios” se corresponde directamente con el porcentaje de beneficio industrial. En nuestro caso, R03 = 6,94 % es el porcentaje de beneficio industrial

2). Para el cálculo del porcentaje de costes directos se aplica la formula siguiente:

$$\% \text{ Costes directos} = R02 + (100 - R01) \times (1 - R14/100) = 39,86 + (100 - 52,44) \times (1 - 3,3/100) = 86,96 \%$$

3) Para el calculo del porcentaje de gastos generales de estructura se aplica la formula siguiente:

$$\% \text{ Gastos generales de infraestructura} = 100 - \% \text{ Costes directos} - R03 = 100 - 86,96 - 6,94 = 7,21 \%$$

Importe desglosado:

Costes directos: 16.086.573 € (85,85 %)

Costes generales de estructura: 1.351.009,8 € (7,21%)

Beneficio industrial: 1.300.417,2 € (6,94%)

TOTAL 18.738.000,00 (100,00%)

De conformidad con el apartado 7 del artículo 101 de la LCSP, se ha estimado el valor del contrato según los precios habituales de mercado, teniendo en cuenta como fuente para fijar el presupuesto cuantificaciones de empresas sobre el precio del objeto del contrato a las que se ha consultado, partiendo del PVP de determinados contenidos y corrigiendo determinados casos al especial precio educativo que se ofrece”.



Se observa, pues, que el PCAP determina el modo en que se ha calculado cada uno de los costes en que se ha desglosado el presupuesto; y, asimismo, determina la fuente utilizada para fijar los precios del contrato, basada en consultas efectuadas a empresas con los correctivos necesarios.

Por tanto, este Tribunal no aprecia incumplimiento de los preceptos legales que regulan el presupuesto base y valor estimado del contrato, ni aprecia arbitrariedad o error en su fijación, habiendo presentado ofertas a la licitación seis empresas -dos de ellas con el compromiso de constituirse en UTE-.

El motivo debe, pues, desestimarse en los términos en que ha sido formulado.

Con base en las consideraciones realizadas en los distintos fundamentos de derecho de la presente resolución, el recurso debe ser estimado parcialmente lo que determina la anulación de los actos impugnados y de todos los demás del expediente relacionados con su aprobación, debiendo promoverse en su caso una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EDITORES DE LIBROS Y MATERIAL DE ENSEÑANZA (ANELE)** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de objetos de aprendizaje digitales para centros sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de educación primaria y educación secundaria obligatoria”, convocado por la Consejería de Educación y Deporte (Expte. CONTR 2022 229276); y en consecuencia, anular los citados actos debiendo en su caso promoverse una nueva licitación.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

