

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

En Madrid, a 9 de octubre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.L.F., en nombre y representación de la Sociedad Mercantil Colecciones Periódicas S.L. contra el Decreto de adjudicación de los lotes 2 y 4 del “Acuerdo marco para el suministro de libros y obras impresas con ISBN y precio fijo de venta al público con destino a las bibliotecas e instituciones culturales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas y Archivos del Ayuntamiento de Madrid” dividido en 4 lotes a adjudicar por procedimiento abierto”, Expte. nº 191/2012/00781, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Delegado del Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo de 22 de mayo de 2013, en virtud de la delegación de atribuciones de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 24 de enero de 2013, se aprobó el expediente y los Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) y se acordó la apertura del procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato mediante

procedimiento abierto y pluralidad de criterios con un valor estimado de 769.238,78 euros.

El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 28 de mayo de 2013, en el Perfil de contratante de la misma fecha y en el BOE de 8 de junio.

Segundo.- El expediente de contratación está sometido a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero.- El PCAP del Acuerdo Marco en su cláusula 10 último párrafo sobre adjudicación del Acuerdo marco, dispone:

“Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. En caso de empate entre varias empresas licitadoras, tendrán preferencia en la adjudicación aquellas que, habiendo acreditado tener relación laboral con personal con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, dispongan del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social”.

La cláusula 16 sobre forma y contenido de las proposiciones en el apartado 9 dispone: “*Documentación relativa a la preferencia en la adjudicación*”, estipula que “*A efectos de la preferencia en la adjudicación, según lo previsto en la cláusula 10 del presente pliego, podrá presentarse en este sobre la siguiente documentación: contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores minusválido*”.

Cuarto.- A la licitación se presentaron 17 empresas entre ellas la recurrente que licitó a lotes 2 y 4. El día 3 de julio de 2013, la Mesa de contratación procedió a calificar la documentación administrativa y en la reunión del día 10 de julio dispuso que los servicios técnicos emitiesen informe sobre los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP e informó que, en caso de producirse empate en la puntuación de las ofertas, se atendería en primer lugar a lo dispuesto en la cláusula 10 del Pliego y que de persistir el empate, se procedería al sorteo.

Posteriormente el 19 de julio de 2013, se vuelve a reunir la Mesa y da cuenta del informe de los Servicios técnicos de 17 de julio sobre la evaluación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación en el que consta respecto de los lotes 2 y 4 que en el lote 2 se ha producido empate en todas las empresas admitidas y en el lote 4 quince de las dieciséis empresas admitidas han obtenido la máxima puntuación.

La Mesa decide revisar la documentación aportada por las empresas para aplicación del criterio de desempate de la cláusula 10 del PCAP y hace constar que sólo Nova Galicia S.A., Ediciones S.L. e Infobibliotecas S.L. presentan contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social que acreditan la circunstancia, poniendo de manifiesto que Infobibliotecas S.L. era la empresa que había acreditado mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, por lo que propone la adjudicación de los lotes a su favor.

Quinto.- Con fecha 28 de agosto de 2013, se presentó ante el órgano de

contratación el escrito interponiendo recurso especial por la representación de la Sociedad Mercantil Colecciones Periódicas S.L, contra el Decreto de adjudicación de los lotes 2 y 4 del citado Acuerdo marco.

En el recurso se alega en síntesis que, una vez aplicadas las fórmulas de valoración y asignadas las puntuaciones, todas las empresas licitadoras admitidas al Lote 2, “*Libros de Ficción*” han obtenido la puntuación máxima (100 puntos) y se ha producido un empate y al Lote 4, “*Libros Infantiles y Juveniles*”, todas las empresas admitidas han obtenido la puntuación máxima (100 puntos) y se ha producido un empate a excepción de una de ellas, que ha obtenido menor puntuación. Que se ha procedido al desempate en los Lotes 2 y 4, lotes a los que licitaba, atendiendo a lo previsto en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP.

Que en el modelo de declaración responsable relativa a hallarse al corriente en el cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes a la empresa, Colecciones Periódicas S.L. lo emitió marcando el Nivel 1 (Empresa con menos de 50 trabajadores) y que por tanto debiera estar al mismo nivel, atendiendo a los principios de igualdad y equidad y que al valorar los criterios se han vulnerado los derechos de la empresa por el mero hecho de ser una PYME y contar en su plantilla con menos de 50 trabajadores, cuando el certificado está emitido tal y cómo se solicitaba en el Pliego de condiciones.

Que por ello, solicita se proceda a sorteo por igualdad de condiciones, se desestime la preferencia en la adjudicación y se tenga por presentado este escrito y documentos acompañantes, los admita, se forme pieza separada y se sirva acordar la suspensión de la ejecución del acuerdo de adjudicación.

Sexto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente y el informe preceptivo sobre el recurso el día 3 de septiembre. En el informe relaciona los trámites seguidos y sobre el objeto del recurso, alega que diferente e independiente

de la obligación de presentar el Anexo VIII, que se entiende integrado dentro de la documentación obligatoria a la que se refiere artículo 146.2 del TRLCAP, es la previsión de preferencia en la adjudicación contenida en el precepto del apartado 2 de la Disposición Adicional cuarta del TRLCSP, que a su vez refleja el PCAP del presente Acuerdo Marco en su cláusula 10, el cual establece en su último párrafo la preferencia en la adjudicación en caso de empate, prevista en la citada disposición adicional y el recurrente, cuando presentó su proposición como empresario interesado, aceptó incondicionadamente su contenido, sin salvedad o reserva alguna, ex artículo 145 del TRLCSP.

Informa que en la licitación del Acuerdo Marco se produjo el hecho excepcional de que la mayoría de las empresas admitidas habían obtenido la máxima puntuación, produciéndose una igualdad de puntos entre ellas. Así se recogió en el informe técnico de la Dirección General de Bibliotecas y Archivos, de 17 de julio, que en aplicación de la cláusula 10 del PCAP y examinado el sobre de documentación administrativa de los licitadores admitidos entre los que se produjo el empate, se comprobó que Nova Galicia S.L., Ediciones S.L e Infobibliotecas S.L. presentaron contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social que acreditaban esta circunstancia. La empresa Infobibliotecas S.L., fue la que presentó documentación acreditativa de un mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. Por ello la Mesa propuso al órgano de contratación la adjudicación a su favor.

Añade que en este sentido, y pese a la alegación del recurrente de ser una empresa de menos de 50 trabajadores que no tiene obligación legal de tener contratado a trabajadores con discapacidad, lo que a su juicio le coloca en una situación de desigualdad con respecto a la empresa adjudicataria que sí la tiene, nada impide a estas pequeñas empresas la contratación de dichos trabajadores. Si así hubiera procedido, al igual que las dos empresas indicadas, podría haberse beneficiado de este criterio "preferente", siempre y cuando hubiera presentado la documentación oportuna (contratos de trabajo y documentos de cotización a la

Seguridad Social), en el momento de acreditar su solvencia técnica, momento que no es otro que el de presentación del sobre A de documentación administrativa. Esta posibilidad se refleja claramente en la cláusula 16 del PCAP, cuando entre la relación de documentación que debe contener el sobre A (documentación administrativa) recoge en el punto 9 relativa a la preferencia en la adjudicación.

La empresa recurrente no presentó, a diferencia de la adjudicataria, la documentación acreditativa de la preferencia en la adjudicación, por lo que atendiendo a los PCAP, al informe técnico y a la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación, se propuso la adjudicación a la empresa que tenía mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, y así fue razonado en la notificación de la adjudicación cursada al recurrente de fecha 20 de agosto de 2013.

Séptimo.- Con fecha 11 de septiembre de 2013 el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Octavo.- El licitador recurrente presentó el anuncio previo el día 23 de agosto, cumpliendo lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso.

Noveno.- El Tribunal Administrativo de Contratación Pública dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se han recibido alegaciones de la representación de Librería Lex Nova, que en síntesis alega que la Disposición adicional cuarta del TRLSP no otorga preferencia alguna en la adjudicación de la contratación pública al

porcentaje de trabajadores con discapacidad en empresas españolas con menos de 50 trabajadores.

Que el porcentaje de trabajadores con discapacidad es un criterio de preferencia en la adjudicación vinculado a los sujetos de las proposiciones de cada lote del Acuerdo Marco con más de 50 trabajadores en plantilla y por tanto susceptible de ser aplicado para resolver el empate de las proposiciones más ventajosas de estos sujetos, pero según una interpretación estricta y ajustada a los términos literales de la Disposición adicional cuarta del TRLCSP, no es aplicable para resolver los empates entre empresas de menos de 50 trabajadores o los empates entre empresas de menos y más de 50 trabajadores.

Igualmente formula alegaciones la representación, de la empresa Sociedad Anónima de Distribución Edición y Librerías (DELSA), quien manifiesta que DELSA se acoge íntegramente a los argumentos y la fundamentación formulados en el escrito de recurso y manifiesta su interés en el recurso, por lo que solicita ser informada de su evolución y resolución.

Se reciben asimismo alegaciones formuladas por la representación de la empresa Infobibliotecas S.L. que manifiesta en primer lugar que la recurrente no ha presentado el anuncio previo de interposición del recurso y que el firmante del recurso no acredita la representación de la recurrente.

Solicita que se levante la suspensión automática del procedimiento y sobre el fondo del recurso, manifiesta que la recurrente no presentó contratos de trabajos y documentos de cotización pese a que reconoce que lo señala y exige la cláusula 10 del PCAP.

Que la motivación de la adjudicación es clara y atiende de forma escrupulosa lo dispuesto en el PCAP, no resultando discriminada la recurrente por ser una PYME ya que ella también lo es y no tiene encaje jurídico alguno su pretensión de

anulación de la adjudicación y que se efectuó un sorteo para desempate.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Sociedad Mercantil Colecciones Periódicas S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP. La representación del firmante del recurso resulta acreditada mediante la aportación de la Escritura Pública de 18 de octubre de 1996, inscrita en el Registro Mercantil, en la que se designa al firmante del recurso como Administrador único de la sociedad.

También queda acreditado que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un Acuerdo Marco de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1 a) y 2 c) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 16 de agosto de 2013, remitida la notificación el día 20 de agosto, e interpuesto el recurso, el día 28 del citado mes, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- El Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en considerar que la fórmula de desempate establecida en el PCAP y aplicada para decidir el desempate en los lotes 2 y 4 no es de aplicación a la empresa recurrente por tener menos de 50 trabajadores y que así lo indicó en su declaración responsable sobre el cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o

de adoptar las medidas alternativas correspondientes. Que en el modelo del Anexo VIII no existe casilla para indicar el número total de la plantilla de la empresa y por tanto, no se puede determinar porcentajes, tan solo que se cumple con la obligación citada.

Considera que se han vulnerado sus derechos por el hecho de ser una PYME y contar con una plantilla de menos de 50 trabajadores. Cita el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta del TRLCSP sobre el cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad.

Finalmente, solicita se realice el desempate por sorteo y se suspenda la tramitación del procedimiento.

La Disposición adicional cuarta del TRLCSP, dispone:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para

las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”.

El PCAP del contrato, en su Anexo I establece los criterios para valoración de las ofertas y la forma de valorarlos. En la cláusula 10, determina el criterio de desempate previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional cuarta del TRLCSP, que transcribe, y asimismo, la cláusula 16, apartado 9, del Pliego, establece la documentación a presentar a efectos de la preferencia en la adjudicación según lo previsto en la cláusula 10 del PCAP.

El recurrente alega que no es de aplicación la forma de desempate aplicada al tener la empresa menos de 50 trabajadores y que así lo indicó en su declaración responsable sobre el cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad.

Sobre esta alegación hay que precisar que el TRLCSP en su Disposición adicional cuarta, apartado 1, se está refiriendo a la comprobación por los órganos de contratación del cumplimiento por los licitadores, en los supuestos en que es obligatorio, lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar medidas alternativas y la inclusión, en su caso, en los Pliegos de la cláusula relativa a la documentación a presentar por los licitadores en relación con esta

obligación.

En cumplimiento de esta disposición, el PCAP del contrato en el Anexo VIII contiene el modelo de declaración responsable en el que aparecen dos casillas para señalar si la empresa cuenta con menos de 50 trabajadores o más de 50 y en este caso, si cumple con la obligación de tener un 2% de trabajadores con discapacidad o con las medidas alternativas.

La recurrente al contar menos de 50 trabajadores, no está obligada a tener en su plantilla el citado porcentaje de trabajadores con discapacidad.

Cuestión distinta es la que se produce en el supuesto que se analiza, sobre la preferencia en la adjudicación. En este caso, el criterio de desempate comprende igualmente a empresas que, sin estar sujetas a la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad, cuenten en su plantilla, en el momento de presentar su oferta un número de trabajadores fijos con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a la más ventajosa.

La Disposición adicional cuarta del TRLCSP establece la posibilidad de aplicar criterios de desempate, incluyéndolos en los pliegos, cuando se produce igualdad en la puntuación de las proposiciones y establece la preferencia en la adjudicación de los contratos en varios supuestos, como el de empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2%, o proposiciones presentadas por empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, o presentadas por organizaciones de Comercio Justo, en los supuestos que se citan, o por entidades sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato, y en todo caso, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. El TRLCSP no establece en la aplicación de estos criterios de desempate excepción alguna en cuanto a su aplicación a pequeñas empresas.

El PCAP, en este supuesto, ha establecido el criterio de desempate previsto en la Disposición adicional cuarta, relativo al mayor número de trabajadores con discapacidad que tengan las empresas en su plantilla, en un porcentaje superior al 2%, y si este criterio no hubiera producido el desempate entre las ofertas con igual puntuación, la Mesa había previsto acudir al sorteo.

El criterio de desempate aplicado no implica vulneración del principio de igualdad respecto de las pequeñas empresas, ya que el porcentaje del 2% se aplica sobre el personal de la plantilla de la empresa y si ésta cuenta con 20 trabajadores y tiene en su plantilla 3 trabajadores con discapacidad, su porcentaje sería de 15% y en una empresa con 100 trabajadores si tiene en su plantilla 40 trabajadores con discapacidad, el porcentaje será 4% y resultaría en este caso la preferencia en la adjudicación a favor de la pequeña empresa.

El artículo 115 del TRLCSP dispone que los PCAP contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y en este caso los Pliegos no fueron impugnados y la cláusula 1 del PCAP dispone expresamente que *“las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares”*. El recurrente ha declarado conocer y aceptar plenamente los Pliegos como consta en la oferta.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera el carácter que tienen los pliegos de ley del contrato que vincula a ambas partes, por tanto el recurrente ha aceptado el criterio de desempate adoptado en el PCAP y el órgano de contratación está obligado a cumplirlo igualmente y no cabe invocar la aplicación del sorteo como criterio de desempate, ya que ello vulneraría lo dispuesto en el PCAP.

Resulta acreditado que el criterio de desempate que se impugna ha sido establecido de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP y se encuentra recogido en el PCAP, donde se indica la documentación a presentar a estos efectos y que el desempate se ha realizado siguiendo este criterio,

por lo que la actuación del órgano de contratación en el procedimiento seguido y la adjudicación se encuentran ajustados a derecho, sin que quepa acudir al sorteo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4) del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don A.L.F., en nombre y representación de la Sociedad Mercantil Colecciones Periódicas S.L., contra el Decreto de adjudicación de los lotes 2 y 4 del “Acuerdo marco para el suministro de libros y obras impresas con ISBN y precio fijo de venta al público con destino a las bibliotecas e instituciones culturales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas y Archivos del Ayuntamiento de Madrid” dividido en 4 lotes a adjudicar por procedimiento abierto”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP y cuyo mantenimiento fue acordado por el Tribunal el día 11 de septiembre de 2013.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.