

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Martínez Centro de Gestión, S.L. contra la resolución de la Alcaldía de 19 de agosto de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicio de apoyo y colaboración en la gestión de la recaudación municipal, fase voluntaria y ejecutiva de tributos y demás ingresos de derecho público del Ayuntamiento de Pelayos de La Presa (Madrid)”, expediente 522/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de septiembre de 2020, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria del contrato de referencia con un valor estimado de 225.600 euros y un plazo de ejecución de tres años.

Segundo.- En fecha 5 de junio de 2020, se procede por parte de la Mesa de contratación a la apertura de los sobres A y B, realizándose en el mismo acto la valoración de los criterios de adjudicación evaluables automáticamente.

El resultado de la valoración arroja un quíntuple empate, al obtener la máxima

puntuación (100 puntos) los siguientes licitadores:

- 1.- ATM DOS, S.L.
- 2.- SERVICIOS DE COLABORACIÓN INTEGRAL, S.L.U.
- 3.- SERYREC, GESTIÓN INTEGRAL DE TRIBUTOS, S.L.
- 4.- MARTÍNEZ CENTRO DE GESTIÓN, S.L.
- 5.- GESTIÓN INFORMÁTICA ADMINISTRACIÓN LOCAL, S.L.

Como consecuencia del citado empate, y en aplicación de la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), se acuerda requerir a los distintos licitadores al objeto de que aportasen la documentación justificativa del porcentaje de trabajadores con discapacidad en la plantilla, al objeto de poder dirimir el desempate existente

A tenor de la cláusula 14 del PCAP rector, “cuando tras efectuar la ponderación de todos los criterios de valoración establecidos, se produzca un empate en la puntuación otorgada a dos o más ofertas, se utilizarán los siguientes criterios para resolver dicha igualdad: Se dará preferencia a aquellas proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, y en caso de persistir el empate, las que dispongan de mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo”.

Tercero.- Con fecha 30 de julio de 2020, se reunió la Mesa de contratación para analizar la documentación presentada por las empresas en relación a los criterios de desempate, otorgando a la empresa SERYREC, Gestión Integral de Tributos, S.L., un porcentaje de trabajadores del 33,33 %, proponiendo la adjudicación del contrato a su favor. La adjudicación se produjo por resolución de la Alcaldía de fecha 19 de agosto de 2020, siendo notificada al recurrente con fecha 20 del mismo mes.

Cuarto.- Con fecha 3 de septiembre de 2020, el recurrente presenta recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia por los motivos que se analizarán posteriormente.

Quinto.- El 9 de septiembre de 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Sexto.- Con fecha 11 de septiembre, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al adjudicatario para que presentase las alegaciones que considere oportunas, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 56.3 de la LCSP. Con fecha 15 de septiembre, presentó alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso con los fundamentos de los que se dará cuenta posteriormente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso y no al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) como pretende la recurrente.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 19 de agosto de 2020, notificándose el día 20 del mismo mes, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 3 de septiembre de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- El recurrente funda su recurso en que el informe de vida laboral de la empresa adjudicataria constan tres trabajadores dados de alta. Uno de ellos tiene un grado de discapacidad del 69 %. Dicho trabajador fue contratado el 11 de marzo de 2020, considerando que el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 13 del mismo mes.

Añade que, aplicado el porcentaje sin corrección alguna, arroja un porcentaje de 33'33 % de personas discapacitadas en la plantilla, cuando lo cierto es que el citado trabajador únicamente ha estado contratado dos días en el año inmediatamente anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas. Prorratedo el periodo de duración del contrato en el año inmediatamente anterior, tal y como han efectuado el resto de licitadores, el porcentaje real de personas con discapacidad es del 0'18246575 % y no del 33'33% tal y como se expone por el adjudicatario y se estima por parte de la administración contratante.

Considera que dicha valoración conculca frontalmente el artículo 147.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, planteándose un posible fraude de ley, pues basta con contratar previamente a la finalización del plazo de presentación de proposiciones a alguna persona con discapacidad al objeto de que en un hipotético empate se decante a favor de la empresa contratante, resolviendo con posterioridad el contrato en el caso de que no resultase adjudicataria, circunstancia que persigue un resultado contrario al previsto por el ordenamiento jurídico, que no es otro que facilitar el acceso a las personas con algún tipo de discapacidad al mercado de trabajo.

Por su parte, el Órgano de contratación en su informe, se limita a realizar una descripción del proceso de contratación, señalando que el cálculo se realizó considerando los trabajadores datos de alta a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Finalmente, el adjudicatario sostiene que el PCAP, en la cláusula 14 establece específicamente los criterios para el desempate, señalando literalmente que los mismos son *“referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de las ofertas”*. Considera que no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del 147.2 de la LCSP, debido a que en los PCAP son claros al establecer los criterios de desempate y la forma de acreditarla, y el licitador al presentar su oferta acepta de manera incondicionada el contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Entiende que la actuación del Órgano de contratación fue ajustada a Derecho ya que contaba con anterioridad al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, en su plantilla con un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior a la que les impone la normativa, debido a que sobre una plantilla de tres trabajadores, uno de ellos cuenta con una discapacidad, lo que supone una media de trabajadores con discapacidad sobre el total de la plantilla del 33,33%.

Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar a conocer sobre el fondo del asunto donde la cuestión controvertida se centra en resolver si el Órgano de contratación ha aplicado o no correctamente las reglas de desempate previstas en el PCAP.

A este respecto, el artículo 147 de la LCSP establece *“Criterios de desempate.*

1. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.

Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a:

a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En este supuesto, 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 que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla”

En el caso que nos ocupa, como hemos visto anteriormente, el PCAP recoge en la cláusula 14 el criterio de desempate en los términos del citado apartado 1 a) del artículo 147 de la LCSP.

Todo ello, pasa por interpretar la expresión recogida en la cláusula 14 del PCAP “al vencimiento del plazo de presentación de ofertas”, que es el mismo que figura en el apartado 1ª a) citado artículo 147 de la LCSP y similar al recogido en el artículo 147.2 de la LCSP “referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas”.

En este sentido, son ilustrativas las resoluciones del TACRC: Resolución 192/2020, de 20 de febrero y Resolución 286/2020, de 27 de febrero:

“Independientemente de la posibilidad de que la empresa adjudicataria haya cometido fraude de ley, contratando a la trabajadora discapacitada precisamente el

día en que finalizaba el plazo de presentación de ofertas (parece que con la finalidad principal de resultar adjudicataria del presente contrato en caso de producirse un previsible empate), la resolución del recurso pasa por interpretar la expresión «referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas» que utiliza el artículo 147.2 de la LCSP. Si la ley pretende que se sólo se tenga en cuenta la plantilla existente en ese preciso día o si, por el contrario, ha pretendido únicamente establecer un momento de referencia para la valoración de un periodo, es decir, está designando el día final de un plazo, el «dies ad quem».

Pues bien, este Tribunal se decanta por la segunda interpretación. No sólo por ser más justa, sino porque así lo ha hecho también, en una situación análoga, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, al interpretar como se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores. Dice este precepto que:

“A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:
a) El periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa”.

El artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social establece que:

“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en

cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

Obsérvese que este precepto legal no dice que la plantilla deba computarse referida a un promedio temporal, y, sin embargo, así lo establece el Real Decreto de desarrollo.

Como no puede ser de otra forma, así lo determina también el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, dictado por el Sr. Director General Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su apartado 2.2.

Por tanto, debe estimarse parcialmente el recurso, anular la resolución de adjudicación, y retrotraer el procedimiento de contratación para que se resuelva el empate existente teniendo en cuenta el porcentaje de trabajadores con discapacidad de cada empresa referido al periodo de los últimos 12 meses, anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas.”

Este Tribunal se muestra conforme con la argumentación jurídica contenida en las citadas resoluciones, considerando que el porcentaje de trabajadores con discapacidad debe referirse al periodo de doce meses anteriores al momento del vencimiento del plazo de presentación de ofertas. Esta interpretación, a juicio de este Tribunal, resulta razonable: tanto si se establecen criterios de desempate en el PCAP, como en el caso que nos ocupa, como si se aplica supletoriamente el artículo 147.2 LCSP.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado, anulando la resolución de adjudicación, y retro trayendo el procedimiento de contratación para que se resuelva el empate existente teniendo en cuenta el porcentaje de trabajadores con discapacidad de cada empresa referido al periodo de los últimos 12 meses anteriores

al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto la representación de Martínez Centro de Gestión, S.L; contra la resolución de la Alcaldía de 19 de agosto de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicio de apoyo y colaboración en la gestión de la recaudación municipal, fase voluntaria y ejecutiva de tributos y demás ingresos de derecho público del Ayuntamiento de Pelayos de La Presa (Madrid)”, expediente 522/2020, con retroacción de actuaciones en los términos del Fundamento de Derecho Quinto.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento prevista artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.