

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

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del Club de Esgrima Tres Cantos, en relación al expediente de contratación del Ayuntamiento de Tres Cantos: adjudicación del contrato de servicios de “Coordinación y ejecución de las escuelas deportivas municipales de iniciación”, en Tres Cantos. EXP 2022/15/CON Nº de resolución 2289/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de junio de 2022. El valor estimado asciende a 582.256,8 euros.

Segundo.- En fecha 3 de agosto de 2023, se notifica a la recurrente su exclusión, por no tener inscrita a la empresa en la Seguridad Social:

“El Jefe de Contratación y Subvenciones tras analizar el caso concreto, procede a dar lectura al dictamen 97/2018 de 1 de marzo de la Comisión Jurídica

Asesora de la Comunidad de Madrid (CJA) donde se motiva la prohibición de contratar en el caso de que a fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones no se esté inscrito en el sistema de Seguridad, Social, aun cuando en ese momento no se tenga trabajadores.

Siendo la normativa legal aplicable, el art. 71 LCSP letra d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine. Y el Art. 14.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos, aprobado por Real Decreto 1098/2001, el cual dispone que, a los efectos de lo previsto en la Ley ‘se considerará que las empresas se encuentran al corriente de en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social (...)’.

El Jefe de Contratación y Subvenciones manifiesta que estar dado de alta en la Seguridad Social es una obligación inexcusable con quien quiere contratar con el Sector público y por tanto, el licitador propuesto, no cumple con los requisitos previos a la adjudicación al considerar que el no estar inscrita en la TGSS significa no estar al corriente de pago en la misma”.

Tercero.- En fecha 24 de agosto presenta recurso especial en materia de contratación.

Cuarto El 28 de agosto de 2023, se pide el expediente al órgano 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 transponen 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), petición que se reitera el 15 de septiembre con el mismo resultado. A tenor del artículo 28 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El Tribunal conforme lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo y tras el segundo requerimiento, decidirá lo que corresponda.

Quinto.- No se ha dado este traslado del recurso al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente en su primer escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Club de Esgrima Tres Cantos para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, cuyos derechos e intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 3 de agosto de 2023 e interpuesto el recurso el 25 de agosto de 2023 ante este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto en el marco de una licitación de servicios cuyo valor estimado excede de 100.000 euros y contra el acto de exclusión, siendo

admisible el recurso conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente alega que no está obligado a inscribirse como empresa en la Seguridad Social, dado que no tiene trabajadores ni previsión de tenerlos. El Club de Esgrima Tres Cantos es una Asociación Deportiva sin ánimo de lucro y que debido a circunstancias relativas a este tipo de Clubes, se ha contratado en el pasado a través de autónomos dados de alta en el Régimen de Autónomos de la SS y a través de empresas S.L., que a su vez también tienen dado de alta a sus trabajadores como autónomos o como empleados por cuenta ajena, pero que en ningún caso, el Club ha necesitado hasta este momento contratar empleados por cuenta ajena, por el escaso número de horas del contrato de esgrima. El mismo recurrente dice está dado de alta en autónomos.

En cualquier caso, en un expediente que dura un año pudo concedérsele la oportunidad de darse de alta una vez conozcan si son adjudicatarios.

En otras ocasiones, como en subvenciones la mera presentación de un certificado de no estar inscrito en la Seguridad Social ha bastado para entender que se encuentra al corriente en materia de cotizaciones.

A juicio de este Tribunal es necesario cohonestar las normas de contratación con las de Seguridad Social. Tal y como explica la web de la Seguridad Social la obligación de inscripción de la empresa es para las que tengan o vayan a tener trabajadores. Tal y como señala el artículo 138 del vigente Texto Refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

“Artículo 138. Inscripción de empresas.

1. Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, haciendo constar la entidad gestora o, en su caso, la mutua colaboradora con la Seguridad Social por la que hayan optado para proteger las contingencias

profesionales, y en su caso, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal a su servicio.

Los empresarios deberán comunicar las variaciones que se produzcan de los datos facilitados al solicitar su inscripción, en especial la referente al cambio de la entidad que deba asumir la cobertura de las contingencias indicadas anteriormente, así como su extinción o el cese temporal o definitivo de su actividad, a efectos de practicar su baja.

2. Las actuaciones en materia de inscripción a que se refiere el apartado anterior se efectuarán ante el correspondiente organismo de la Administración de la Seguridad Social, a nombre de la persona física o jurídica o entidad sin personalidad titular de la empresa. Dicho organismo podrá, también, realizar de oficio tales actuaciones cuando por cualquiera de los procedimientos a que se refiere el artículo 16.4 de esta ley constate el incumplimiento de la obligación de efectuarlas, así como proceder a la revisión de oficio de sus actos dictados en esas materias, en los supuestos a que se refiere el apartado 5 del citado artículo.

3. A los efectos de la presente ley se considerará empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica o entidad sin personalidad, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 136”.

A los efectos del TRLGSS si no tiene trabajadores, no es empresario y no tiene obligación de inscribir la empresa.

El artículo 14 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas afirma:

“Artículo 14. Obligaciones de Seguridad Social.

1. A los mismos efectos de lo previsto en el artículo 20, párrafo f), de la Ley, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, cuando en su caso, concurren las siguientes circunstancias.

a) Estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad.

b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta, a los trabajadores que presten servicios a las mismas.

c) Haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación.

d) Estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social”.

De este precepto no puede deducirse una obligación de inscripción aunque no se tengan trabajadores, sino cuando la misma sea obligatoria, y si no tiene trabajadores afiliación y alta en el régimen que le corresponda.

El artículo 10 (“*Concepto de empresario en la Seguridad Social*”) del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, afirma que “*a efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social*”. Y el artículo 5 afirma que: “*1. Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social su inscripción en el correspondiente Régimen del sistema de la Seguridad Social en la forma que se determina en el artículo 11 de este Reglamento*”.

No tiene sentido exigir la inscripción como empresa cuando no se tiene intención de contratar trabajadores por cuenta ajena y no tiene la condición de empresario. Siendo este el motivo de exclusión procede la estimación del recurso (también sería absurdo obligar a estar inscrito en plazo de licitación cuando no se tengan trabajadores y solo se necesitarían de resultar adjudicatario, momento al que debiera remitirse la obligación, que no parece el caso, pues no tiene intención de contratarlos).

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 por el Club de Esgrima Tres Cantos, en relación al expediente de contratación del Ayuntamiento de Tres Cantos: adjudicación del contrato de servicios de “Coordinación y ejecución de las escuelas deportivas municipales de iniciación”, en Tres Cantos. EXP 2022/15/CON Nº de resolución 2289/2023.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- 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 59.1 de la LCSP.