

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

En Madrid, a 10 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña L.M.L., en nombre y representación de PROCLINIC, S.A., contra la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2012, del Gerente del Organismo Autónomo Madrid Salud del Ayuntamiento de Madrid, por la que se adjudica el contrato "Suministro de material fungible sanitario con destino al Servicio de Farmacia de Madrid Salud (10 lotes) para los ejercicios 2013 y 2014", Expte.: 300/2012/01186, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de septiembre de 2012, se publicó en el BOCM y en el DOUE el anuncio del contrato de "Suministro de material fungible sanitario con destino al Servicio de Farmacia de Madrid Salud (10 lotes) para los ejercicios 2013 y 2014, con un valor estimado de 276.109,36 euros, IVA excluido y un plazo de ejecución de dos años.

A la licitación convocada para el lote 4 (material bucodental) se presentaron

dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 22 de octubre se reunió la Mesa de contratación procediendo a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa, detectándose, entre otros defectos subsanables en la documentación presentada por la recurrente, la falta de la documentación que acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de Minusválidos, (LISMI), en los términos previsto en el apartado 19. A), punto 13, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PACP).

En consecuencia, la empresa fue requerida el día 23 para que en un plazo de tres días aportara la citada documentación, señalando que en el caso de que en su plantilla figuren menos de 50 trabajadores, deberá aportar certificado expedido por el representante legal en el que conste el número global de trabajadores de la plantilla, con apercibimiento expreso de que en el caso de no atender a tal requerimiento se la tendría por desistida de la participación en el procedimiento de licitación y rechazada la proposición económica presentada.

Segundo.- Con fecha 26 de octubre la recurrente presentó escrito de subsanación correspondiente al requerimiento efectuado en el que manifiesta que: *“La empresa PROCLINIC por causas de reorganización en la empresa no pudo presentar el plan de la ley LISMI, y actualmente se encuentra en proceso de solicitud.*

A estos efectos la empresa se compromete a presentar documentación acreditativa una vez finalizado el proceso.

Atendiendo a su práctica según Ley 13/1982 para el cumplimiento de la Ley”.

Junto a este escrito se aporta otro en el que se declara que la empresa cuenta con una plantilla de 132 empleados repartidos en tres centros de trabajo, de los cuales tan solo el de Barcelona supera los 50 empleados sin llegar a 100, y que en relación al cumplimiento de la LISMI la empresa tiene contratado un empleado en el centro de trabajo de Barcelona, habiendo solicitado como medida alternativa para

cumplir la obligación de reserva de empleo, según se establece en los artículos 2 y 3 del RD 364/2005, de 8 de abril, la celebración de un contrato mercantil con una empresa reconocida como centro especial de trabajo.

No consta que junto con esta declaración se aportase documentación justificativa de las solicitudes a que se hace referencia.

Tercero.- La Mesa de Contratación revisó la documentación presentada por PROCLINIC, S.A. y advierte, en el acto público que tuvo lugar el día 29 de octubre de 2012, tal y como se hace constar en el acta incorporada al expediente administrativo, que aquella no presentó la documentación acreditativa del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de Minusválidos, en los términos previsto en el apartado 19.A), punto 13, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que la Mesa acuerda excluirla del proceso de licitación.

Con fecha 19 de noviembre de 2012 la Mesa acuerda elevar al órgano de contratación, propuesta de adjudicación del contrato a favor de la empresa DENTALITE S.A., dictándose la correspondiente Resolución de adjudicación por el Gerente del Organismo Autónomo Madrid Salud, el día 13 de diciembre de 2012. Dicha Resolución fue notificada a la recurrente el mismo día 13 haciendo constar en la notificación, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), las razones por las que no se había admitido su oferta.

Cuarto.- Frente a dicha Resolución la empresa PROCLINIC S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación el 20 de diciembre de 2012, ante el órgano de contratación, que lo remitió a este Tribunal, acompañado del expediente de contratación y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 26 de diciembre.

La recurrente solicita que se admita la documentación y la oferta presentada por PROCLINIC S.A, por considerar que el defecto formal padecido en su oferta fue subsanado en tiempo y forma, de manera que la inadmisión de aquélla ha propiciado que la adjudicación del contrato se haya verificado a favor de una oferta a todas luces menos ventajosa que la suya. Asimismo se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, rebate las afirmaciones contenidas en el recurso señalando que la recurrente tenía dos formas de subsanar el defecto padecido, o bien acreditar que contaba con un 2% de trabajadores con discapacidad, o bien adoptar las medidas alternativas correspondientes, que en este caso según el PCAP debían acreditarse mediante la aportación de una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas, sin que se verificara ninguno de los dos supuestos con el escrito de subsanación remitido. Ello necesariamente implica la exclusión de la oferta, añadiendo que en otro caso se estaría vulnerando el principio de igualdad respecto de las empresas que sí han cumplido con tales requisitos.

Respecto de la medida cautelar solicitada se opone a la misma al no concurrir ninguna de las circunstancias del artículo 111 de la LRJ-PAC.

Quinto.- Con fecha 27 de diciembre de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento, trámite de audiencia, sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la

representación del firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose remitido la notificación de la Resolución de adjudicación del contrato, el día 13 de diciembre y siendo interpuesto el recurso el día 20 del mismo mes, el mismo se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación de un contrato de suministros, con un valor estimado de 276.109,36 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40. 1. a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El Organismo Autónomo Madrid Salud, dependiente del Ayuntamiento de Madrid, está incluido en la categoría de Sector Público a los efectos de aplicación del TRLCSP, de acuerdo con su artículo 3.1.c). Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta exclusión de su oferta al haber sido adecuadamente subsanados los defectos de que adolecía la documentación administrativa presentada, lo que a la postre ha determinado la adjudicación a una oferta que no era la más ventajosa económicamente.

Como es sabido los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

En este caso el PCAP, haciendo uso de la posibilidad prevista en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.1, párrafo segundo, de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, señala en su cláusula 19. A).13 que *“aquellos licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, o a adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.*

A estos efectos, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP, los licitadores deberán aportar un certificado de la empresa en el 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.

Asimismo, aquellos licitadores que tengan en su plantilla menos de 50 trabajadores, deberán aportar certificado de la empresa en el que conste el número global de trabajadores de plantilla”.

En este caso, la Mesa de contratación haciendo uso de las facultades que se establecen en el artículo 81.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, procedió, a la vista de la falta de acreditación en la documentación inicialmente presentada, a requerir a la recurrente para que procediera a subsanar dicha falta, en

los términos establecidos en el PCAP, esto es aportando o bien un certificado de la empresa en el que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla, como el número particular de trabajadores con discapacidad, si se trata de acreditar que la empresa cuenta con un 2% de trabajadores con discapacidad, o bien una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas, cuando se trate de acreditar que se opta por las medidas alternativas permitidas.

Examinada la documentación aportada por la recurrente, se constata en primer lugar que la misma, según declaración propia, tiene más de 50 trabajadores, en concreto 132, por lo que está obligada al cumplimiento de las exigencias de la cláusula 20. A).13 del PCAP. A tal efecto declara que emplea a un trabajador con discapacidad en el centro de Barcelona, lo que no alcanza la cifra del 2% exigida en el PCAP, respecto del total de 132 trabajadores.

Por otro lado, se manifiesta en dicha documentación que para cumplir la obligación de reserva de empleo, según se establece en los artículos 2 y 3 del RD 364/2005, de 8 de abril, había solicitado como medida alternativa la celebración de un contrato mercantil con una empresa reconocida como centro especial de empleo, cuando lo que el TRLCSP y el PCAP exigen para acreditar el cumplimiento de la LISMI, es la aportación de copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

El artículo 38.1 de la meritada LISMI previene a tales efectos que *“De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, números 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos*

se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”, siendo así que el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, determina cuáles son las medidas alternativas que las empresas pueden aplicar, en concreto:

a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

En este caso no se acredita ni la declaración de excepcionalidad prevista en la Ley, ni la solicitud a que hace referencia la recurrente, ni tampoco la adopción de ninguna de las medidas alternativas previstas en dicha norma, realizándose una

mera aseveración de que se va a proceder a realizar la formalización de un contrato mercantil con un CET.

A la vista de lo anterior, este Tribunal considera ajustada a derecho la decisión de la Mesa de contratación de entender no subsanado el defecto de documentación padecido en la oferta de la recurrente y por ende su exclusión, de manera que queda asimismo carente de fundamento la afirmación de que la adjudicación se realizó a favor de una oferta que no era la más ventajosa, puesto que se realizó a favor de la única oferta que admitida en el procedimiento de licitación.

Sexto.- No procede pronunciarse sobre la solicitud de suspensión del procedimiento contenida hecha valer en el escrito de interposición del recurso, dado que este Tribunal ya ha resuelto sobre el fondo del asunto en la presente Resolución.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña L.M.L., en nombre y representación de PROCLINIC, S.A., contra la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2012, del Gerente del Organismo Autónomo Madrid Salud, por la que se adjudica el contrato "Suministro de material fungible sanitario con destino al Servicio de Farmacia de Madrid Salud (10 lotes) para los ejercicios 2013 y 2014".

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.- 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 TRLCSP.