

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

En Madrid, a 11 de enero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Martínez Centro de Gestión, S.L. contra el Acuerdo, de 15 de noviembre de 2023, del Pleno del Ayuntamiento de Puentes Viejas, por el que se adjudica el contrato de “Servicios de colaboración con la recaudación municipal en el municipio de Puentes Viejas”, número de expediente 115/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 29 de marzo de 2023, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 118.457,3 euros y su plazo de duración será de tres años.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura de las ofertas y la clasificación de las mismas, resulta que 3 empresas, ATM Grupo Maggioli, S.L.; Gestión Informática Administración Local, S.A.; Martínez Centro de Gestión, S.L.; han obtenido la misma puntuación por lo que se procede a solicitar la documentación correspondiente para aplicar los criterios de desempate previstos en la cláusula decimonovena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el artículo 147 de la LCSP.

Presentada la documentación, finalmente mediante Acuerdo, de 15 de noviembre de 2023, del Pleno del Ayuntamiento de Puentes Viejas se adjudica el contrato a Gestión Informática Administración Local, S.L.

Tercero.- El 13 de diciembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Martínez Centro de Gestión, S.L., en el que solicita que se anule el acuerdo de adjudicación por no estar de acuerdo con el sistema de desempate aplicado por el ayuntamiento.

El 19 de diciembre de 2023, 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 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones. Este trámite se le notificó el 20 de diciembre de 2023 sin que haya dado contestación al respecto.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 15 de noviembre de 2023, practicada la notificación el 24 de noviembre, e interpuesto el recurso el 13 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco 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.

Quinto.- El objeto del recurso versa sobre la aplicación de la cláusula 19 del PCAP, que establece:

“PREFERENCIA EN LA ADJUDICACIÓN EN CASO DE EMPATE ENTRE DOS O MÁS OFERTAS.

Cuando tras efectuar la ponderación de todos los criterios de valoración establecidos para el contrato de que se trate, se produzca un empate en la puntuación otorgada a dos o más ofertas, se utilizarán los siguientes criterios para resolver dicha igualdad:

1º. Se dará preferencia a las empresas que acrediten disponer en su plantilla, al tiempo de presentar la proposición, un mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o en situación de exclusión social.

2º. En caso de mantenerse el empate con el criterio anterior, se adjudicará el contrato a la proposición presentada por aquella empresa que, en el momento de presentar su oferta, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres, en los términos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (art. 34.2 de esta Ley). En especial, se dará preferencia a aquellas que sean titulares del «Sello de Inclusión Social», en los términos que reglamentariamente se establezcan. La condición de figurar como beneficiario del ingreso mínimo vital en el momento de su contratación servirá a los efectos de cómputo del porcentaje a que se refiere el artículo 147.2 a) de la LCSP (DA 1ª del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital).

3º. Si aún con la aplicación de los criterios anteriores se mantuviese el empate, se resolverá este mediante sorteo.

Deberán acreditarse las circunstancias declaradas en relación con los criterios incluidos en la presente cláusula para solucionar el desempate, circunstancias que han de concurrir en el momento de finalizar el plazo para presentar ofertas”.

Opone la recurrente que el órgano de contratación no ha aplicado el criterio de desempate establecido en el pliego pues no se basa en el criterio de mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en la plantilla, sino que procede a dirimir el desempate mediante fórmulas no previstas, esto es, adjudicando el contrato a la empresa que mayor número de mujeres tiene en plantilla.

Expone que en el acuerdo de adjudicación consta *“Vista la documentación aporta por las empresas empatadas y teniendo en cuenta el informe emitido por el Secretario-Interventor, considerando que no se puede aplicar el primer criterio de desempate ya que las empresas ATM GRUPO MAGGIOLI SL y MARTINEZ CENTRO DE GESTIÓN SL tienen la obligación impuesta por la normativa legal anteriormente indicada de la cuota de reserva del dos por ciento en empresas de 50 o más trabajadores, mientras que GESTIÓN INFORMATICA ADMINISTRACIÓN LOCAL S.A tiene un número inferior a 50 trabajadores y no tiene dicha obligación legal. Por consiguiente no procede aplicar ese criterio para no crear situaciones desiguales valorando una obligación legal. Esto se ve reforzado con lo dispuesto en el artículo 71.1.d de la LCSP que prevé que no pueden contratar con la administración pública las empresas de 50 y más trabajadores que no cumplan con este requisito.*

Por ello, es preciso acudir al segundo criterio de desempate, según el cual “se adjudicará el contrato a la empresa que al momento de presentar su oferta incluya medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres dando preferencia a aquellas que sean titulares del “Sello de Inclusión Social” en los términos reglamentariamente establecidos, y la condición de figurar como beneficiario del Ingreso Mínimo Vital en el momento de su contratación a efectos de cómputo de porcentaje al que se refiere el artículo 147.2 a) de la LCSP.

En el caso que nos ocupa ambas empresas tienen presentado un plan general de igualdad, pero el porcentaje de mujeres contratadas en GESTIÓN INFORMATICA ADMINISTRACIÓN LOCAL S.A es superior, ascendiendo al 61,5 % en tanto que el de las empresas ATM GRUPO MAGGIOLI, S.L. y MARTINEZ CENTRO DE GESTIÓN SL, es un porcentaje del 49% y del 53,75%, respectivamente, por lo que en consecuencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 147.3.c de la LCSP al tener mayor porcentaje de mujeres contratadas en plantilla procede adjudicar el contrato a GESTIÓN INFORMATICA ADMINISTRACIÓN LOCAL S.A. (...).”

Por ello considera que la exclusión de un criterio de desempate previsto en los pliegos y no impugnado por ninguno de los licitadores (en relación con los trabajadores minusválidos), y la aplicación de un criterio de desempate no previsto en los pliegos (mayor número de mujeres en plantilla, aunque sí en la ley, como opción para el poder adjudicador a la hora de optar por los criterios de desempate posibles), hace que el acuerdo impugnado no resulte ajustado a derecho, bien por vulneración de lo establecido en los propios pliegos o bien por la introducción de subcriterios para poder efectuar la adjudicación en base a criterios establecidos ex novo y precisamente con ocasión de la valoración del desempate, criterios que no han podido ser conocidos por los licitadores al momento en el que efectuaron su proposición.

Cita en defensa de sus pretensiones la Resolución 969/2023, de 20 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para concluir que la decisión de contratar personas con discapacidad es absolutamente libérrima para las empresas, con la obligación contenida en el artículo 71.1.b) de la LCSP, en cuanto a la prohibición de contratar; en consecuencia, el órgano de contratación dispone de dos opciones a la hora de elaborar y aplicar los pliegos, bien aplicar el criterio de desempate previsto en el artículo 147.1.a) o bien el del artículo 147.2.a) de la LCSP, habiéndose decantado por el segundo de los criterios, que es el que no ha aplicado.

Subsidiariamente solicita, que como resulta obvio que no se encuentra prevista la posibilidad de que el desempate se dirima en atención al mayor número de mujeres en plantilla tal y como establece el artículo 149.2.c), sino que ante el nuevo empate, por tener todas las empresas el sello de inclusión social, y la indeterminación de los pliegos en este sentido, procede en aplicación del apartado 3, resolver el empate mediante sorteo.

Por su parte el órgano de contratación alega que no se ha aplicado el criterio de desempate *“mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla”* porque de acuerdo con el artículo 71.1.d) de la LCSP establece entre sus prohibiciones para contratar: *“(…) en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean*

trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen (...)”.

En consecuencia, se estarían valorando de forma igual situaciones desiguales. Las empresas que, por rebasar un número de 50 trabajadores, están obligadas a incorporar al menos un 2% de personas con discapacidad, y aquellas que por no rebasar esta cifra no incurren en prohibición de contratar al no disponer de este tipo de trabajadores en plantilla, tal y como ya se explicitó en el informe del Secretario-Interventor incorporado al expediente. Al respecto se refiere al principio de igualdad trato de los licitadores que debe presidir la contratación pública.

En relación con la aplicación del segundo criterio establecido en los pliegos como se indicó en el acuerdo de adjudicación, se constataba que ambas empresas tenían presentado un plan general de igualdad. El artículo 147.2.c de la referida Ley de Contratos dispone:

“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:

(...)

c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate”.

Así pues, en el caso que nos ocupa se ha valorado que dentro de la implementación de medidas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres, y antes de acudir al mecanismo aleatorio del sorteo, una plasmación evidente y clara de

estas medidas es incorporar un número mayor de mujeres en la plantilla.

Considera que, dada la evidente relación de las medidas destinadas a favorecer la igualdad y la mayor presencia de mujeres en plantilla, no se ha aplicado valoraciones que no hayan podido conocer las partes licitantes.

Vistas las posiciones de las partes, señalar que el artículo 147 de la LCSP regula los criterios de desempate. En su apartado 1 señala que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate, especificando a continuación que tienen que estar vinculados al objeto del contrato e indicando a qué tienen que ir referidos esos criterios. Sin embargo, el apartado 2, se refiere al supuesto en el que los pliegos no fijen criterios de desempate, en cuyo caso se aplicaran por orden los criterios sociales establecidos en sus apartados a), b), c) y d).

En el supuesto aquí analizado el órgano de contratación ha optado por fijar en el PCAP los criterios de desempate, por lo que habrá que analizar lo allí expuesto a efectos de determinar si se han aplicado correctamente.

La cláusula 19 del PCAP establece como primer criterio de desempate *“Se dará preferencia a las empresas que acrediten disponer en su plantilla, al tiempo de presentar la proposición, un mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o en situación de exclusión social”*.

A juicio del órgano de contratación no se puede aplicar este criterio porque implicaría conculcar el principio de igualdad de trato y no discriminación, dado que de las tres empresas que han empatado, dos empresas tienen la obligación legal de contar en su plantilla del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad mientras que la tercera empresa no tiene esta obligación legal.

Sin embargo, esa interpretación no es adecuada, pues el criterio de desempate no se refiere al porcentaje de trabajadores con discapacidad que tiene la empresa sino

al “mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o en situación de exclusión social”.

El TACRC en su Resolución 969/2023 citada por la recurrente, se pronunció sobre un supuesto similar, -aunque no coincidente pues se analizaba un caso en que los pliegos se remitían a los criterios establecidos en el artículo 147.2 de la LCSP -, que interesa traer a colación por el razonamiento allí expuesto: *“Es claro y diáfano que la LCSP ha querido establecer unos criterios de desempate basados en condiciones sociales y laborales de las empresas potenciando a aquellas que los potencian, no solo entendido como un bien particular de las relaciones con sus empleados sino también como la consecución de un bien general de potenciación de estas mejoras sociales en el tejido empresarial y en consecuencia en la sociedad.*

Se trata de incentivar que más empresas contraten trabajadores discapacitados, si desean ampliar sus posibilidades de resultar adjudicatarias en caso de empate. Es decir, a diferencia de la obligación legal que han de cumplir las empresas con más de cincuenta trabajadores y cuyo incumplimiento tiene, entre otras sanciones, la aplicación de la prohibición para contratar contenida en el artículo 71.1 b) de la LCSP, la definición del criterio de desempate tiene un espectro más amplio al alcanzar a todas las empresas con independencia del número de trabajadores que tengan en plantilla. Es además de aplicación voluntaria, no limita su participación en la licitación y tampoco limita gravemente sus posibilidades de resultar adjudicataria del contrato, pues el criterio que nos ocupa no es puro de adjudicación sino de desempate. Es decir, su aplicación será necesaria si y solo si, se produce el empate entre varias empresas”.

Como hemos señalado, en el presente supuesto el criterio de desempate viene establecido en los pliegos por lo que no puede ser de aplicación supletoria el artículo 147.2. que regula los supuestos para el caso de que los criterios de desempate no consten en los pliegos. Por lo tanto, habrá que estar al mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o en situación de exclusión social con independencia de la obligación legal de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad en

plantilla.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En consecuencia, se estima el recurso, anulando la adjudicación del contrato y ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de aplicar los criterios de desempate de acuerdo con lo expuesto más arriba.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, 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 la representación legal de Martínez Centro de Gestión, S.L., contra el Acuerdo, de 15 de noviembre de 2023, del Pleno del Ayuntamiento de Puentes Viejas, por el que se

adjudica el contrato de “Servicios de colaboración con la recaudación municipal en el municipio de Puentes Viejas”, número de expediente 115/2023.

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 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el 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.