



Recurso nº 443/2018

Resolución nº 539/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 1 de junio de 2018.

VISTA la reclamación nº 443/2018 interpuesta por D. J. R. J., en representación de la mercantil OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., contra adjudicación acordada en la licitación del *“Servicio para el mantenimiento de los sistemas de asistencia aeronaves, puertas automáticas y protección de incendios del Aeropuerto de Alicante-Elche”* expediente ALC 542/2017, de AENA S.M.E., S.A. (en adelante AENA); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó en el B.O.E. el 27 de diciembre de 2017 y 26 de enero de 2018, y en el D.O.U.E. el 3 y 30 de enero de 2018; por un importe máximo de licitación de 1.025.556,48,00 € (sin impuestos); mediante procedimiento negociado con previa convocatoria de licitación, como sujeta a la Ley 31/2007.

En lo que nos interesa, el pliego de cláusulas particulares que rige la licitación señala:

“ANEXO A

PROCEDIMIENTO Y FORMA DE ADJUDICACION: NEGOCIADO CON PREVIA CONVOCATORIA DE LICITACIÓN. Artº 58 de la Ley 31/2007. MODALIDAD: A LA TOTALIDAD

(...)



2. PRESENTACIÓN DE OFERTAS.

Los licitadores presentarán las ofertas en CUATRO SOBRES firmados y cerrados de forma que se garantice el secreto de su contenido, señalados con los números 1, 2, 3 y 4. En cada uno figurará el nombre del licitador, domicilio social, NIF, el título y el nº del expediente e incluirán la documentación que a continuación se indica:

(...)

a. Sobre nº 1. Título: Documentación administrativa

Contenido:

2.a.1. Documentación a presentar por los operadores económicos que no están inscritos en el Registro Voluntario de Licitadores de Aena (REVLA).

(...)

i) El licitador presentará cumplimentado en su totalidad el Formulario F-101, que se adjunta como Anexo IV de este Pliego.

(...)

2.a.2. Documentación a presentar por los operadores económicos inscritos en el Registro Voluntario de Licitadores de Aena (REVLA).

(...)

e) En su caso, documentación acreditativa de que la plantilla de la empresa está integrada por un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100 de la misma.

(...)

4. ADJUDICACIÓN



El Órgano de Contratación resolverá libremente sobre la adjudicación del contrato a la vista de las proposiciones presentadas, pudiendo declarar desierto el procedimiento de adjudicación de forma motivada siempre que las ofertas recibidas no se adecúen a los criterios establecidos.

En el caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que tenga en su plantilla mayor número de trabajadores con discapacidad, siempre que esté número no sea inferior al 2% del total de la misma.”

Aismismo, dispone:

“CLÁUSULA 4ª. PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON Aena S.M.E., S.A.

Sólo podrán contratar con Aena , S.A., las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional en la forma exigida en este Pliego.

Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Se consideran incursas en prohibición para contratar las personas naturales o jurídicas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de...*
- b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso...*
- c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy*



grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

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 determinen.

e) Haber incurrido en falsedad ante cualquier Organismo o Entidad de la Administración, del Sector Público o Aena, S.A., al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.1 c) del Decreto Legislativo 3/2011 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 70.4 y en el artículo 330 del mismo Real Decreto Legislativo.

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses...

g) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses....

h) No hallarse debidamente clasificadas, en caso de venir así exigido por este Pliego.



i) Estar vinculadas a persona física o jurídica, nacional o extranjera, que tenga un contrato en vigor con Aena S.A. cuya realización pudiera estar relacionada con el objeto de esta contratación...

j) Haber presentado más de una proposición en la licitación, o haber suscrito propuesta en agrupación temporal con otros licitadores si lo ha hecho individualmente, o figurar en más de una agrupación temporal...."

Segundo. Habiendo presentado ofertas varias empresas, y valoradas las ofertas, la entidad aquí recurrente resultó segunda clasificada respecto de la finalmente adjudicataria.

La adjudicación se realizó el 2 de abril, notificada el 11 a la aquí interesada.

Tercero. Debe hacerse constar que, en el expediente, en el epígrafe referido a la documentación administrativa del adjudicatario, y en el particular del cumplimiento de los requisitos referidos al empleo de personas con discapacidad, consta una "*Declaración de Compromiso*", por la cual la entidad "*se compromete*

En caso de ser EFS MANTENIMIENTO Y SERVICIOS TÉCNICOS, S.L.U., adjudicataria de la presente licitación del servicio para el mantenimiento de los sistemas de asistencia aeronaves, puertas automáticas y protección de incendios del Aeropuerto Alicante - Elche ALC 542/17, al cumplimiento de La Ley de Integración Social de Minusválidos (LISMI) que obliga, para las empresas de más de 50 trabajadores, a que el 2% de la plantilla de la empresa la integre personal discapacitado."

Consta asimismo en el expediente que a la adjudicataria se le requirió, de forma previa a la formalización del contrato, y con fecha 10 de abril, para que presentara documentación referida al poder del firmante, fianza, ingreso del coste de anuncios, declaración jurada sobre inexistencia de concurso y "*Certificaciones administrativas que acrediten el cumplimiento de hallarse al corriente de pago de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social como máximo, con una semana anterior a la cita programada. Deberán presentarse obligatoriamente en el momento de la firma del contrato, pudiéndose anular dicho acto si no se presentaran ese día.*" Sin referencia alguna, pues, a la citada declaración.



Cuarto. El 3 de mayo de 2018 se interpone la presente reclamación contra el acuerdo de adjudicación, en que se alega:

- Que el reclamante tiene sospechas , por información recibida de diversas fuentes, de que el adjudicatario no cumple con las exigencias de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, *“específicamente impuesto por el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y que ha sido asumida de manera específica como requisito de capacidad en el procedimiento de licitación”*, como muestra (dice) el ANEXO A, Punto 2 “Presentación de ofertas, Subapartado 2.a Sobre nº 1: Documentación Administrativa”, del Pliego.

-Que, para verificarlo, pidió al órgano administrativo acceso al expediente, que no le ha sido otorgado, y que de nuevo lo pide ante este Tribunal, comprometiéndose a desistir de la reclamación si comprueba que el adjudicatario cumple con sus obligaciones en tal punto.

El órgano de contratación, en su informe, alega:

-Que la recurrente no está legitimada, al no haber recurrido todos los miembros de la UTE.

-Que la mercantil reclamante impugna la adjudicación sobre una mera presunción, sin argumentos jurídicos.

-Que *“la mercantil adjudicataria, como se demuestra en la documentación administrativa obrante en el expediente, aportó declaración según modelo del Pliego de Características Particulares, comprometiéndose a tener ese porcentaje requerido de trabajadores con discapacidad.”*

-Y que *“la previsión contenida en el artículo 42 del Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, ya citado se respetó por esta entidad al incluir tal previsión en el Pliego, a pesar de no estar todavía incluido entre las causas de prohibición para contratar (al ser un expediente anterior a la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que la incluye por primera vez).”*



Ha presentado alegaciones la adjudicataria, acompañando documentación que dice acreditativa del cumplimiento de la obligación de tener el obligado porcentaje de personas con discapacidad en su plantilla.

Quinto. Con fecha 11 de mayo de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 104.6 LCSE.

A estos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La empresa reclamante formula una reclamación de las reguladas en el Capítulo I del Título VII (artículos 101 y siguientes) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), por ser AENA una entidad contratante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la citada Ley, y por estar comprendido el contrato que se considera en el ámbito de aplicación del artículo 10 de la Ley 31/2007, alcanzando su valor estimado el umbral que establece el artículo 16.a) de la propia Ley 31/2007 a efectos de delimitar los contratos incluidos en su ámbito de aplicación.

Este Tribunal es competente para resolver la presente reclamación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 31/2007, en relación con el artículo 41.5 del TRLCSP, de aplicación dada la fecha de inicio de la licitación.

Segundo. Es objeto de reclamación el acuerdo de adjudicación del contrato licitado, que, en consecuencia, constituye un acto susceptible de reclamación.

Tercero. La reclamación se ha interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 104.2 de la Ley 31/2007.

Cuarto. La entidad que recurre la adjudicación, concurrió a la licitación, y la anulación del acto recurrido podría devenir en la adjudicación a su favor. Ostenta por ello legitimación para la interposición de la presente reclamación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo



102 de la Ley 31/2007, con arreglo al cual *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan verse afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

A esto efectos, no es de aceptar la tesis del órgano de contratación de que deberían haber reclamado todas las empresas de la UTE: Como hemos recordado en la Resolución 1037/2017, *“Como se puso de manifiesto en la Resolución 744/2017, 5 de septiembre, dictada en el recurso 666/2017, «la recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato. Cuestiona el adjudicatario que ello sea así, pues el recurso no ha sido interpuesto por la otra empresa que concurrió a la licitación en compromiso de UTE con la recurrente. Ahora bien, este Tribunal viene admitiendo reiteradamente, al amparo del artículo 42 del TRLCSP, la legitimación activa de cada una de las empresas integrantes de una UTE para formular el recurso especial en materia de contratación. Cabe citar, en este sentido, las Resoluciones 105/2011, 212/2011, 169/2012, 184/2012, 556/2013 y 58/2014, en las que se sostiene que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten recurso por sí solos, en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer recurso. Este criterio se recoge en el artículo 24.2 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, según el cual: “En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de*



multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes”».

En consecuencia, la reclamación debe ser admitida.

Quinto. En cuanto a la petición de acceso al expediente formulada por el reclamante, entendemos que no es necesario a los efectos del ejercicio de su derecho de defensa, pues su único objeto, según se señala en la propia reclamación, es comprobar si la adjudicataria ha presentado documentación acreditativa del cumplimiento de la obligación de contar en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad. Y, como se ha señalado en nuestro Antecedente Tercero, no existe en el expediente tal documentación, pues sólo consta un compromiso al efecto, y ninguna otra documentación que pueda ser examinada por el reclamante y pueda llevarle, pues, a formular su reclamación con mayores argumentos que los ya expuestos.

Dicha documentación sí ha sido acompañada en las alegaciones del adjudicatario ante este Tribunal, pero, como veremos, su análisis es innecesario para la resolución de esta reclamación.

Sexto. En cuanto al fondo, debemos comenzar por determinar cuál es la legislación aplicable. A estos efectos, es cierto que la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017(LCSP) , incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, a otra ley específica, que como explica la Exposición de Motivos de la LCSP, asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados. Entre tanto, pues, sigue en vigor la LCSE 31/2007.

Pero no por ello la LCSP 9/2017 resulta inaplicable a los procedimientos de contratación que tengan por objeto contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los



servicios postales, ya que sujeta a la misma todos los contratos que celebren las entidades que tengan la consideración de Administraciones Públicas, independientemente del sector al que se refieran. Y, como explicita la Exposición de Motivos, *“Por su parte, los contratos que celebren las entidades que no gocen de la consideración de Administraciones Públicas se regirán por la Ley de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales cuando operen en estos ámbitos y los contratos superen los umbrales establecidos en la citada Ley de procedimientos de contratación en dichos sectores. Si, por el contrario, las entidades que no gocen de la consideración de Administraciones Públicas celebran contratos que no superen los mencionados umbrales, aunque la actividad se refiera a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se les aplicará la presente Ley.”* (Todo ello, conforme a su Disposición adicional octava).

Pero en nuestro caso no es necesario determinar si es de aplicación la LCSP de 2017 en base a tales parámetros, ya que no lo puede ser *“ratione temporis”*: así, su Disposición transitoria primera establece: *“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”

En definitiva, hay que resolver la presente reclamación a la luz de lo dispuesto en la LCSE, y, en su caso, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Séptimo. Sentado lo anterior, la cuestión consiste en determinar si la legislación aplicable o los pliegos que rigen la contratación obligan, como presupuesto de aptitud para contratar con la entidad que nos ocupa, a contar con un determinado porcentaje de trabajadores con



discapacidad en la plantilla; de modo que se trate de un presupuesto de aptitud cuyo incumplimiento determina la exclusión

A estos efectos, el Real Decreto Legislativo 1/2013, que Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, no resulta aclaratorio, pues si bien impone la obligación, no determina sus efectos sobre la contratación pública, limitándose a decir en su art. 42 que:

“1. 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.

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. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, 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.”

Y previendo un régimen de infracciones y sanciones.

Por ello, para determinar el efecto que pueda tener el incumplimiento de esta obligación sobre la contratación pública, atenderemos a la legislación contractual. Y, a estos efectos, la Disposición Adicional tercera de la aplicable LCSE señala: *“Prohibiciones de contratar.*



Los supuestos de prohibición de contratar establecidos en el artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público serán de aplicación a las entidades contratantes que sean organismos de derecho público, a que se refiere el artículo 3.1, y a las empresas públicas.”

La aplicación de este precepto a AENA S.M.E. S.A. no es de discutir, en tanto que se trata de una sociedad mercantil estatal, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011 como Aena Aeropuertos, en desarrollo del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y creación de empleo; y mediante el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, se produjo su cambio de denominación y pasó a denominarse Aena, S.A (en abril de 2017 según lo dispuesto en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público que establece que en las sociedades mercantiles estatales debe figurar la abreviatura S.M.E., se adapta la denominación de la Sociedad a Aena SME, S.A.).

Y el art. 3 de la LCSE señala: “2. Se entenderá por: (...)b) *Empresa pública: las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local, las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.*”

Pues bien, sentada la aplicación a AENA de las prohibiciones de contratar referidas en tal Disposición Adicional, y en cuanto a su alcance, es cierto que ahora la LCSP de 2017 incluye como una prohibición de contratar en su art. 71.1 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 determinen; o 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; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un*



plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad de mujeres y hombres.”

Pero, como hemos dicho en nuestro Fundamento precedente, tal Ley no es aplicable a nuestra licitación; de modo que debemos acudir al TRLCSP, en su 60.1, equivalente al 49.1 al que se refiere la Adicional citada. Entendemos que no debemos acudir solo al 49.1 referido explícitamente en la LCSE (que no contenía la prohibición que seguidamente veremos), pues es razonable entender que, mediante la remisión de la referida Disposición Adicional de LCSE a la legislación contractual general, el Legislador quiso unificar el régimen de prohibiciones graves, dejando al margen los incumplimientos más formales del párrafo 2, y no dejar petrificada la regulación respecto de estos sectores.

Y el art. 60.1 señala, desde su modificación por la Ley 40/2015: “1. *No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

(...)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 determinen; o 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.

...”

Por tanto, de tal lectura, en una primera aproximación, resulta que el incumplimiento de tal presupuesto se erigiría en una verdadera prohibición para contratar, es decir, en condición de aptitud cuyo incumplimiento determinaría la exclusión.

Pero la propia Ley 40/2015 introdujo en el TRLCSP una Disposición transitoria décima, del siguiente tenor:

“Prohibición de contratar por incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

1. La prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.d) relativa al incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad no será efectiva en tanto no se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar y cómo se acreditará el mismo, que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

2. Hasta el momento en que se produzca la aprobación del desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado anterior, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el 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 relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.»

Y la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, a que la citada se remite “in fine” señala: *“Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro*

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 igualen 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.

3. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

5. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto



productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, 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.”

Por tanto, no habiéndose producido el desarrollo reglamentario de esta prohibición “a efectos de la prohibición de contratar”, el único efecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones porcentuales referidas a personas con discapacidad es el previsto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP: el que le den los pliegos, como preferencia a efectos de adjudicación. No se constituye, pues, en requisito de aptitud cuyo incumplimiento deba determinar la exclusión.

Y así se deduce del pliego de esta licitación, que se limita a mencionar la presentación de estos documentos acreditativos en el ANEXO A, Punto 2 “Presentación de ofertas”, Subapartado 2.a del Sobre nº 1, Documentación Administrativa”, sin considerar su omisión ni causa de exclusión ni prohibición para contratar; disponiendo en el punto 4 del mismo Anexo A, como hemos visto en los Antecedentes, que el cumplimiento de esta obligación se erija en elemento de desempate en caso de igualdad entre licitadores.

Todo ello, insistimos, en las contrataciones no sujetas a la nueva Ley.

Por tanto, no es exigible en la licitación que nos ocupa, para resultar admitido, que se acredite el cumplimiento de la obligación derivada del art 42 del RDL 1/2013 antes citado, en los términos previstos por la legislación sectorial de aplicación. Lo que hace innecesario analizar si la documentación presentada inicialmente con la oferta era suficiente a efectos de acreditar el cumplimiento de tal obligación, o si el adjudicatario cumple o no en la realidad con tal exigencia legal; extremos que solo serían trascendentes a efectos de aplicar el criterio de desempate en la adjudicación, que no está en cuestión en nuestro caso.

Ello se erige en necesaria causa de desestimación de la reclamación que nos ocupa, al no concurrir causa de exclusión en el adjudicatario.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar la reclamación nº 443/2018 interpuesta por Don J. R. J., en representación de la mercantil OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., contra adjudicación acordada en la licitación del *“Servicio para el mantenimiento de los sistemas de asistencia aeronaves, puertas automáticas y protección de incendios del Aeropuerto de Alicante-Elche”* expediente ALC 542/2017, de AENA S.M.E., S.A.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición de la reclamación, por la que no procede imponer sanción alguna.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.