



Recursos nº 1642/2019 C. Valenciana 342/2019

Resolución nº 286/2020

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

En Madrid, a 27 de febrero de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.G.C., en nombre y representación de la mercantil IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio “*Campaña de comunicación de la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Viena*”, expediente 17/19; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Patronato Provincial Turismo de Castellón ha tramitado el procedimiento para la contratación de una agencia de comunicación para la realización de una campaña de comunicación para posicionar la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Viena, expediente 17/19.

El contrato no se divide en lotes. El valor estimado del contrato es de 157.024,79 €, IVA excluido.

Segundo. Se publicó la licitación del expediente en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27 de septiembre del 2019.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en 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 (LCSP en adelante), y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de



octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Cuarto. Según documento incorporado al expediente, presentaron ofertas a la licitación las siguientes mercantiles:

- MEDIA TALENT, S.L.
- CARROTS COMUNICACIÓN, S.L.
- IRISMEDIA AGENDIA DE MEDIOS, S.L.
- AVANTE COMUNICACIÓN, S.L.
- ZENITHBRMEDIA, S.A.

Quinto. En la presente licitación es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación, por los motivos que más adelante se dirán.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. En fecha 7 de enero de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 13 y 21 de enero de 2020 se presentan alegaciones por la entidad MEDIA TALENT, S.L.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 13 de enero de 2020 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio



de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019).

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000,00 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso el acuerdo de adjudicación del contrato, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado c) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, interesado por tanto en el resultado del mismo, satisfaciendo en consecuencia el requisito previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso objeto de examen, se impugna el acuerdo de adjudicación del contrato, decreto de 25 de noviembre de 2019, por el que se adjudicó el contrato a MEDIA TALENT, S.L.

El recurrente cuestiona el desempate que realizó la mesa de contratación y que dio lugar a la propuesta de adjudicación que posteriormente aceptó el órgano de contratación.

En el acta de la mesa de contratación correspondiente a la sesión de 18 de octubre de 2019 se hace constar que una vez abiertos los sobres 2 de las proposiciones de los interesados, los licitadores MEDIA TALENT, IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS y



AVANTE COMUNICACIÓN, habían ofertado un porcentaje de beneficio industrial de 0,01%, de modo que los tres licitadores obtuvieron 100 puntos, quedando empatados en consecuencia.

Debe hacerse constar que el único criterio de adjudicación recogido en los pliegos se prevé en la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), cuya redacción es la siguiente:

“15.- ADJUDICACIÓN

El órgano de contratación clasificará por orden decreciente las proposiciones presentadas atendiendo a los criterios de adjudicación que se señalan sin perjuicio del derecho del Patronato a declararlo desierto si ninguna cumple las condiciones exigidas.

Será único criterio a tener en cuenta para la valoración de las ofertas:

Margen en porcentaje de beneficio industrial expresado con dos decimales sobre el precio de licitación del contrato.

Se valorará con un máximo de 100 puntos a la empresa que menor porcentaje oferte como beneficio industrial sobre el precio de licitación valorándose al resto de las ofertas de manera proporcional. El beneficio industrial para las empresas licitadoras será máximo de un 6% sobre el precio de licitación. Cualquier oferta superior al 6% en este criterio por parte de las empresas licitadoras supondrá la nulidad de la oferta a la hora de ser evaluada. No se admitirán ofertas del 0,00 % o negativas.

El resto del importe del contrato se invertirá en creatividad, máximo 6.000 € (IVA no incluido), y medios de comunicación para esta campaña.

En el supuesto de que aplicando los criterios de adjudicación exista empate en la mayor puntuación, se aplicará lo dispuesto en el Art. 147.2 de la LCSP.”

Dado que tres de los licitadores formularon la misma oferta y se produjo un empate, fue necesario acudir a las reglas de desempate indicadas en el propio PCAP.



En la misma acta se indicaba:

“Se da cuenta del EMPATE producido entre las empresas MEDIA TALENT S.L., IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. y AVANTE COMUNICACIÓN S.L.

El pliego administrativo en su cláusula 15 establece que en el supuesto de que aplicando los criterios de adjudicación exista un empate, se aplicará lo dispuesto en el Art. 147.2 de la LCSP.

Por ello, la Mesa acuerda requerir a dichas empresas para que aporten la documentación acreditativa de que cuentan en sus plantillas con:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social.*
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en plantilla.*
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla.”*

A continuación, la mesa de contratación se vuelve a reunir el día 24 de octubre de 2019, una vez cumplimentado el trámite de desempate, y se hacen constar las siguientes circunstancias:

“MEDIA TALENT S.L. acredita que cuenta en su plantilla con:

- a) Un porcentaje del 16,67% de trabajadores con discapacidad o en exclusión social.*
- b) Un porcentaje del 16,67% de contratos temporales.*
- c) Un porcentaje del 66,67% de mujeres empleadas.*

IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. acredita que cuenta en su plantilla con:

- a) Un porcentaje del 4% de trabajadores con discapacidad o en exclusión social.*
- b) Un porcentaje del 12% de contratos temporales.*
- c) Un porcentaje del 72% de mujeres empleadas.*

AVANTE COMUNICACIÓN S.L. acredita que cuenta en su plantilla con:



- a) Ningún trabajador con discapacidad o en exclusión social.
- b) Un porcentaje del 29% de contratos temporales.
- c) Un porcentaje del 64% de mujeres empleadas.

Resuelto el desempate entre las empresas, se obtiene el siguiente resultado por orden decreciente de las ofertas presentadas:

| EMPRESA | PORCENTAJE DE BENEFICIO INDUSTRIAL | PUNTUACIÓN |
|----------------------------------|---|-------------------|
| MEDIA TALENT S.L. | 0.01% | 100 |
| IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. | 0.01% | 100 |
| AVANTE COMUNICACIÓN S.L. | 0.01% | 100 |
| CARROTS COMUNICACIÓN S.L. | 2.49% | 58.60 |
| ZENITBRMEDIA S.A. | 5.90% | 1,67 |

...”.

Pues bien, con tales antecedentes, el recurrente cuestiona cómo se ha valorado la situación de cada empresa a efectos de determinar el desempate entre las ofertas de los licitadores.

Señala en su recurso lo siguiente:

“*MEDIA TALENT* contrató una trabajadora discapacitada en mismo día en que 14 de octubre de 2019 en que vencía el plazo de presentación de la licitación por otra y a tiempo parcial. El porcentaje de trabajadores discapacitados no se calcula conforme a un momento fijo, sino conforme al promedio de trabajadores discapacitados que se haya dado en los 12 meses anteriores, lo que supone que *MEDIA TALENT* contrató una cifra de 0,001369 trabajadores discapacitados, que es el resultado de dividir un trabajador a media jornada por 365 días. Tomando en consideración que la plantilla de *MEDIA TALENT* es de otros 5 trabajadores, el trabajador discapacitado supone un porcentaje ínfimo del 0,02737% (relación entre



0,001360 de promedio de trabajadores discapacitados y la plantilla de 5,001369%), al haber estado dado de alta un solo día, en el periodo de 12 meses anteriores. Si se computasen sólo los trabajadores sujetos a régimen general, el porcentaje sería de 0,1367%.”

Sexto. Planteados los términos de debate, se ha examinado la documentación presentada por MEDIA TALENT a efectos del desempate entre proposiciones. En la documentación se hace constar que la plantilla de la empresa se integra por seis trabajadores, uno de los cuales tiene una discapacidad del 38 %, y fue dado de alta por la empresa el 14 de octubre de 2019 (dentro del plazo de presentación de las proposiciones).

Pues bien, el cálculo que se realizó por el licitador y que se acepta por el órgano de contratación es el siguiente: un trabajador con discapacidad sobre una plantilla de seis trabajadores supone una media de trabajadores con discapacidad sobre el total de la plantilla del 16,66 %.

El artículo 147.2 de la LCSP establece:

“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.

b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.

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.”

Pues bien, procede traer a colación la Resolución de este Tribunal del Recurso 192/2020, relativo al mismo contrato actual, pero referido a la ciudad de Marsella, y en el que también se producía el empate entre las mismas empresas, y con las mismas circunstancias en cuanto a los trabajadores con discapacidad con los que cuentan:

“La cláusula del pliego de cláusulas administrativas del contrato (en adelante PCAP) establece que: “En el supuesto de que aplicando los criterios de adjudicación exista empate en la mayor puntuación, se aplicará lo dispuesto en el artículo 147.2 de la LCSP”.

La existencia de empate entre las ofertas presentadas por la recurrente y la adjudicataria es un hecho no controvertido. De la documentación presentada por ambas empresas resulta que MEDIA TALENT SL declara tener contratada a una persona con discapacidad, a tiempo parcial, desde el día 14 de octubre de 2019 (día en que finalizaba el plazo de presentación de ofertas), y que IRISMEDIA cuenta con un trabajador discapacitado, contratado a tiempo completo desde el día 19 de abril de 2018.

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.”

Pues bien, tal y como decidimos respecto del Recurso 1646/2019, debe estimarse parcialmente el presente 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.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. C.G.C., en nombre y representación de la mercantil IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio “*Campaña de comunicación de la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Viena*”, expediente 17/19, con los efectos declarados en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.