



Recurso nº 1646/2019 C. Valenciana 343/2019

Resolución nº 192/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de febrero de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. C.G.C. y D. J.A.V.G., en representación de IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L., contra la resolución de adjudicación de fecha de 25 de noviembre de 2019 del contrato para la «*campaña de comunicación de la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Marsella*», del Patronato Provincial de Turismo de Castellón, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 27 de septiembre de 2019 se insertó anuncio en la plataforma de contratación del sector público del anuncio del contrato para la «*campaña de comunicación de la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Marsella*», del Patronato Provincial de Turismo de Castellón, con un valor estimado de 157.024,79 euros, a tramitar por procedimiento abierto ordinario, con plazo de presentación de ofertas hasta el 14 de octubre de 2019.

Segundo. Con fecha de 18 de octubre de 2019 se procede a la apertura de sobre 2 que contiene la oferta económica y se comprueba, una vez clasificadas por orden decreciente atendiendo al único criterio de adjudicación, que existe un empate entre las ofertas presentadas por MEDIA TALENT SL, IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L., y AVANTE COMUNICACIÓN S.L. El pliego administrativo establece en su cláusula 15 que en el supuesto de que aplicando los criterios de adjudicación exista un empate, se aplicará lo dispuesto en el artículo 147.2 LCSP. Por lo que, la Mesa requiere a las empresas indicadas 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

Tercero. En el acta de fecha de 24 de octubre de 2019 se revisa la documentación presentada por las empresas a fin de resolver el empate producido según lo dispuesto en el artículo 147.2 LCSP, siendo requerida la empresa MEDIA TALENT S.L. para presentar la documentación del artículo 150.2 LCSP y elevándose propuesta de adjudicación a su favor para el caso de que dicha documentación sea correcta. El detalle del primer criterio de desempate aportado por estas empresas es el siguiente:

- a) MEDIA TALENT S.L. acredita que cuenta en su plantilla con un porcentaje de 16,67% de trabajadores con discapacidad o en exclusión social.
- b) IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. acredita que cuenta en su plantilla con un porcentaje de 4% de trabajadores con discapacidad o en exclusión social.
- c) AVANTE COMUNICACIÓN acredita que cuenta en su plantilla con ningún trabajador con discapacidad o en exclusión social.

Con fecha de 25 de noviembre de 2019 se dicta resolución adjudicando este contrato a MEDIA TALENT S.L.

Cuarto. Con fecha de 18 de diciembre de 2019 IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación denunciando incumplimiento por parte del órgano de contratación de su obligación de facilitar acceso al expediente.

Consta en este expediente informe del Órgano de Contratación de fecha de 20 de diciembre de 2019 indicando que la solicitud de acceso al expediente remitida con fecha de 3 de diciembre de 2019 por la recurrente no había sido atendida dentro del plazo legal de 5 días hábiles por haber sido presentada mediante instancia general, esto es, a través



de un canal de comunicación no habitual para la tramitación de este expediente; al seguirse una tramitación electrónica, como se indica en el anuncio de contratación, se da acceso en la sede electrónica en mi carpeta electrónica o mis expedientes, y siendo conocedora de ello la recurrente por haber presentado de esta manera sus comunicaciones con el Órgano de Contratación, y por haberse indicado así en el requerimiento de desempate (documento 21).

El hecho de no haber comunicado su solicitud de acceso por el canal habilitado a tal fin sino por la instancia general no vinculada a ningún expediente concreto es lo que provocó que su lectura no pudiera hacerse en el plazo de 5 días.

Asimismo, consta comunicación de acceso al expediente administrativo con fecha de 23 de diciembre de 2019.

Quinto. Con fecha de 10 de enero de 2010 se presenta escrito de ampliación del recurso alegando la recurrente, en síntesis, lo siguiente:

a) Considera que la adjudicación a favor de MEDIA TALENT SL es incorrecta porque contrató a una trabajadora con discapacidad con fecha de 14 de octubre de 2019, fecha en la que vencía el plazo de presentación de ofertas y a tiempo parcial. Por lo que el porcentaje de trabajadores contratados con discapacidad no se habría calculado adecuadamente, debiéndose atender al promedio de trabajadores con discapacidad contratados en los últimos 12 meses, lo que arrojaría que la adjudicataria habría contratado una cifra de 0,001369 trabajadores discapacitados.

b) La normativa fiscal en relación con los beneficios fiscales por contratación de trabajadores discapacitados establece que el número de éstos no puede considerarse por una «foto fija» en un momento concreto, sino atendiendo al promedio de trabajadores discapacitados en el ejercicio. Por lo que, la legislación determinaría que el cálculo del número y porcentaje de trabajadores discapacitados debe calcularse atendiendo al promedio de los 12 meses anteriores al momento de obtener el incentivo.

c) El contrato realizado por la adjudicataria es de 14 de octubre de 2019 y a tiempo parcial, por lo que el día límite de presentación de ofertas llevaría cotizado medio día.



d) IRISMEDIA tiene acreditada la contratación de una trabajadora discapacitada a tiempo completo en virtud de contrato de trabajo de 19 de abril de 2018.

Sexto. Con fecha de 10 de enero de 2020 la empresa MEDIA TALENT S.L. presenta alegaciones señalando que presentó la documentación requerida convenientemente.

Con fecha de 22 de enero de 2020 MEDIA TALENT S.L. presenta un nuevo escrito de alegaciones oponiéndose a la ampliación del recurso con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Considera que su presentación se ha realizado fuera de plazo invocando el artículo 52.3 CLCSP, y considerando que dado que el acceso se produjo el 23 de diciembre el plazo para su presentación finalizaba el día 9 de enero de 2020.

b) Subsidiariamente rechaza los argumentos de la recurrente por considerar que son infundados, subjetivos e interesados, fruto de una interpretación inadecuada de las normas.

Séptimo. Con fecha de 14 de enero de 2020 el Órgano de Contratación ha remitido informe oponiéndose a la estimación de este recurso con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Vista la documentación remitida por las empresas empatadas y la cláusula 15 del pliego debe señalarse que se resolvió el empate de conformidad a Derecho.

b) La recurrente basa su defensa en una argumentación errónea pues no procede aplicar la normativa fiscal sino la LCSP cuyo artículo 147.2 LCSP toma como referencia «la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas», no el cierre de plazo de la licitación.

Octavo. Con fecha de 13 de enero de 2020 se ha dictado resolución por la Secretaria de este Tribunal acordando mantener la suspensión de este expediente como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 Ley 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), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales, por Resolución de 10 de abril de 2013, publicado en BOE de 21 de marzo de 2016.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado, en cuya virtud: *«podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».*

Tercero. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.d) de la LCSP, dado que la notificación de la resolución de adjudicación es de fecha de 26 de noviembre de 2019, la interposición del recurso tuvo lugar el 18 de diciembre de 2019 y la ampliación del mismo el 10 de enero de 2020.

En relación con la petición de MEDIA TALENT S.L. de que se declare la extemporaneidad de la presentación de la ampliación del recurso con base en el artículo 52.3 LCSP, el tenor literal de dicho precepto establece que:

«El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar



su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

MEDIA TALENT S.L. considera que debe contarse exclusivamente un plazo de 10 días a contar desde el día en que la recurrente tuvo acceso al expediente, sin embargo, el tenor literal del precepto señala que se *«deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso»*, estableciendo, además, tanto este precepto como el artículo 56 LCSP sobre tramitación del procedimiento, con carácter general, un plazo de 5 días para realizar alegaciones. Por lo que, en puridad, el día 9 de enero finalizaba el plazo de 10 días para acceder al expediente, momento a partir del cual comenzaba el plazo de 5 días para formular alegaciones, debiendo, pues, concluirse la conformidad a derecho de la ampliación de este recurso.

Cuarto. El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, al amparo de lo previsto en el artículo 44.1.a), en relación con el 44.2.c) de la LCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Entrando al fondo de este recurso, la cuestión controvertida consiste en resolver si el Órgano de Contratación ha aplicado o no correctamente las reglas de desempate previstas en el artículo 147.2 LCSP en cuya virtud se dispone que:

«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».

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 S.L. 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 aquella 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.

Por tanto, debe estimarse parcialmente el 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. y D. J.A.V.G., en representación de IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L., contra la resolución de adjudicación de fecha de 25 de noviembre de 2019 del contrato para la «*campaña de comunicación de la marca “Castellón Spain” en la ciudad de Marsella*», del Patronato Provincial de Turismo de Castellón, con los efectos declarados en el último fundamento 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 la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.