



Recurso nº 1179/2021 C. Valenciana 260/2021

Resolución nº 1440/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.M.H. y D. J.A.V.G., en representación de TARGET 2016, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 de la licitación para la contratación de *“Servicios de asesoramiento, planificación y compra de espacios publicitarios para la difusión, comunicación y publicidad de las acciones del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) en el ámbito nacional e internacional”*, con nº Expediente IVACE 2/2021, y convocada por la Presidencia del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de 21 de abril de 2021, la Presidencia del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) acordó la aprobación del expediente de contratación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, de Servicios de asesoramiento, planificación y compra de espacios publicitarios para la difusión, comunicación y publicidad de las acciones del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) en el ámbito nacional e internacional, expediente IVACE 2/2021.

El contrato, no sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 212.000,00 €, con división de su objeto en dos lotes:



- Lote 1: Asesoramiento, planificación y compra de espacios publicitarios en los medios de comunicación impresos, televisivos, radiofónicos, on line y digitales, incluidas las redes sociales, soportes exteriores, y plataformas que se considere conveniente en territorio nacional, con especial incidencia en la Comunitat Valenciana y sus distintas comarcas.
- Lote 2: Asesoramiento, planificación y compra de espacios publicitarios en los medios de comunicación impresos, televisivos, radiofónicos, on line y digitales, así como en redes sociales, soportes exteriores, y plataformas que se considere conveniente en territorio fuera de España.

En fecha 23 de abril de 2021, se publica el anuncio de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con indicación de plazo para la presentación de ofertas hasta el 11 de mayo de 2021 a las 14:00 horas.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, y en particular por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Tercero. La Cláusula 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en relación con el Apartado N del Anexo I regula los “*Criterios de Desempate*” en los términos siguientes:

25.1. En el Apartado N del Anexo I del pliego se fijarán los criterios de desempate, en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Tales criterios de desempate estarán vinculados al objeto del contrato y serán alguno o algunos de los recogidos en el artículo 147.1 de la LCSP.

25.2. La documentación acreditativa de los criterios de desempate será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.



25.3. Si el presente pliego no contiene previsión de criterios de desempate en la adjudicación, se resolverá el empate, en caso de producirse, 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.

Cuarto. Del expediente de contratación resultan las siguientes circunstancias fácticas de interés:

Concurrieron a la licitación de referencia, en lo relativo al lote 2, presentando ofertas en plazo un total de seis licitadores.

Tras la tramitación oportuna, como consecuencia del empate producido en la valoración de cinco ofertas, se procedió a la aplicación de los criterios de desempate establecidos en la Cláusula 25.3 del PCAP por remisión del apartado N del Anexo I, siguiendo su orden.

A tal efecto la mesa de contratación acordó conceder un plazo de 5 días naturales para que las empresas presentasen un certificado, donde constasen los siguientes datos de la empresa licitadora referidos al periodo de los últimos 12 meses anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas (11 de mayo de 2021 a las 14 h):

“1) Número de trabajadores /as de la plantilla de la empresa.



2) Porcentaje de trabajadores /as con discapacidad, incluidos los/las contratados/as a tiempo parcial, con una relación donde conste la identificación mediante las iniciales de sus nombres y apellidos, y la fecha de inicio de contrato y en su caso de finalización, datos estos últimos que servirán para el cálculo del porcentaje.

3) Porcentaje de trabajadores /as en situación de exclusión social incluidos los/las contratados/as a tiempo parcial, con una relación donde conste la identificación mediante las iniciales de sus nombres y apellidos, y la fecha de inicio de contrato y en su caso de finalización, datos estos últimos que servirán para el cálculo del porcentaje.

4) Número de trabajadores/as fijos con discapacidad.

5) Número de trabajadores/as en situación de exclusión social.

(...)

Según resulta del acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada en fecha 1 de junio de 2021, el resultado de aplicar el primer criterio de desempate (*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*), de acuerdo a la información declarada por las empresas, por cuanto aquí interesa fue el siguiente:

“- Empresa: TARGET 2016, S.L.

La empresa declaró dos personas con discapacidad sobre un total de 2,74 personas en plantilla.

La primera persona inició su contrato el 12 de mayo de 2020 y finalizó el 28 de agosto de 2020 (se computan un total de 109 días).

La segunda persona inició su contrato el 31 de agosto de 2020 y finalizó el 28 de marzo de 2021 (se computan un total de 210 días).



La empresa declaró que no tenía ninguna persona en situación de exclusión social.

“El porcentaje referido al periodo de los últimos 12 meses anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas (11 de mayo de 2021 a las 14 h.) era del 31,90 % .

- Empresa: MEDIA TALENT, S.L.

.La empresa declaró tres personas con discapacidad sobre un total de 5 personas en plantilla.

La primera persona inició su contrato el 14 de octubre de 2019, estando vigente en la actualidad (se computan un total de 365 días).

La segunda persona inició su contrato el 15 de marzo de 2021, estando vigente en la actualidad (se computan un total de 58 días).

La tercera persona inició su contrato el 3 de noviembre de 2020 y finalizó el 27 de enero de 2021 (se computan un total de 86 días).

.La empresa declaró no tener ninguna persona en situación de exclusión social.

El porcentaje referido al periodo de los últimos 12 meses anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas (11 de mayo de 2021 a las 14 h.) suponía el 27,89 %”.

En virtud de lo anterior, el orden de clasificación fue el siguiente:

Orden 1: TARGET 2016, S.L.

Orden 2: MEDIATALENT, S.L.

Según resulta del acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada en fecha 8 de junio de 2021, constatado el error cometido en el cálculo del porcentaje en relación con la empresa MEDIA TALENT, S.L., al haber tomado en consideración no el promedio de la plantilla de la empresa referida a los 12 últimos meses anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas (3,39 personas), sino el número de personas que integraban la plantilla durante



ese periodo con independencia de la fecha de inicio y de la de finalización de sus respectivos contratos (5 personas), este órgano realizó la operación aritmética del cálculo del porcentaje de personal con discapacidad de esta licitadora de acuerdo con el criterio del promedio de la plantilla de la empresa, es decir, de 3,39 personas, lo que dió un resultado de 41'08%, en lugar de 27,89 %.

Atendiendo a este nuevo resultado, se modificó el orden de clasificación de las empresas licitadoras en el modo indicado a continuación:

Orden 1: MEDIA TALENT, S.L.

Orden 2: TARGET 2016, S.L.

Igualmente, se acordó dejar sin efecto la propuesta de adjudicación del lote 2 a la empresa TARGET 2016, S.L., y elevar propuesta de adjudicación a favor de la empresa MEDIA TALENT, S.L., publicándose el acta de la sesión en la Plataforma de Contratación del Sector Público el mismo 8 de junio de 2021.

Tras la tramitación oportuna, el órgano de contratación, de conformidad con la propuesta de la mesa, en fecha 5 de julio de 2021, resuelve la adjudicación del contrato en relación con el lote 2 a favor de la empresa MEDIA TALENT, S.L.

En la misma fecha 5 de julio de 2021, dicho acto de adjudicación es objeto de notificación a las entidades licitadoras.

Quinto. Con fecha 26 de julio de 2021, la entidad TARGET 2016, S.L., presenta en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación, de 5 de julio de 2021, en lo relativo al lote 2, de la licitación de referencia instando su anulación y la retroacción de las actuaciones en el procedimiento *“al momento anterior a la aplicación de los criterios de desempate, que deberá hacerse correctamente, teniendo en cuenta los promedios de plantilla y trabajadores discapacitados alegados por las partes en sus declaraciones juradas y, conforme a lo razonado en el recurso, es decir, incluyendo a toda la plantilla, en la que deben ser computados los cuatro socios trabajadores, lo que supondría que MEDIA TALENT habría tenido una plantilla total de 7,39 trabajadores*



en la que se contaría 1,39 personas discapacitadas, lo que representa un porcentaje de 18,80%”.

En el escrito de interposición del recurso se interesa, mediante primer otrosí, la práctica de prueba. Mediante segundo otrosí, se solicita también el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, en lo relativo al lote 2, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56. 2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 30 de julio de 2021.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 9 de agosto de 2021, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. En fecha 13 de agosto de 2021, se presentan alegaciones por la entidad MEDIA TALENT, S.L., mediante escrito en el que se solicita la desestimación del recurso y la confirmación del acto recurrido. Mediante otrosíes, en dicho escrito se formula oposición a la suspensión del procedimiento de contratación y a la prueba solicitada.

Octavo. Con fecha 12 de agosto de 2021, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, resuelve mantener la suspensión del expediente de contratación en lo relativo al lote 2, 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 presente resolución la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana, sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales, de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE nº 131, de fecha 2 de junio de 2021).



Segundo. En cuanto al objeto del presente recurso, lo constituye el acuerdo de adjudicación en procedimiento de contratación para servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, tratándose en consecuencia de un acto impugnado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1 a) y 44. 2 c) de la LCSP.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP, no habiendo transcurrido los 15 días hábiles del plazo entre la fecha de la notificación del acto impugnado (5 de julio de 2021) y la de interposición del recurso (26 de julio de 2021).

Cuarto. La entidad recurrente está legitimada, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP, según el que:

“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”.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 52/2007, de 12 de marzo, ha señalado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre; 173/2004, de 18 de octubre).

Con carácter general, este Tribunal ha venido considerando que para que pueda apreciarse la legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos (por todas Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012, y nº 250/2016, de 8 de abril):



1. Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación.
2. No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo.

La recurrente es una entidad licitadora que ha presentado una oferta que resultó clasificada con la misma puntuación que la realizada por la empresa a la postre adjudicataria, cuestionando la aplicación de los criterios de desempate, por lo que, de prosperar su recurso, podría resultar adjudicataria la recurrente, con obtención de una ventaja directa de la impugnación planteada y, en consecuencia, concurre en ella un interés legítimo efectivo y acreditado en el recurso interpuesto.

Quinto. Sobre la prueba propuesta, con carácter general, el artículo 56.4 de la LCSP determina sobre la prueba en el recurso especial lo siguiente:

“4. Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”

Asimismo, el artículo 30 del RPERMC, desde el punto de vista de la articulación de la prueba, determina:

“Artículo 30. Prueba.

1. La solicitud de la prueba deberá hacerse en el escrito de interposición del recurso, si la solicita el recurrente, y en el de alegaciones cuando la solicite cualquiera de los restantes interesados. Si la solicitud se formula por el órgano autor del acto recurrido deberá hacerse en el informe remitido acompañando al expediente de contratación.

La solicitud de práctica de prueba deberá formularse en términos concretos identificando los extremos sobre los que debe versar y la persona o personas propuestas para practicarla.

2. El Tribunal en cualquier momento antes de la resolución del recurso podrá acordar de oficio o a instancia de los interesados la práctica de la prueba.

Acordada la práctica de la prueba, ésta deberá notificarse a los interesados en el recurso dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en que el Tribunal acuerde la apertura del período de prueba indicando, en su caso, el lugar, fecha y hora de su práctica.

3. Los gastos derivados de la práctica de la prueba serán de cuenta del que la hubiera solicitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 del presente Reglamento.

4. Contra las resoluciones que se adopten en relación con la práctica de la prueba no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de aducir su denegación como fundamento del recurso contencioso administrativo”.

De la lectura del artículo 56.4 de la LCSP, se deduce que dicho precepto no consagra un derecho absoluto o incondicionado a la propuesta y utilización de los medios de prueba que, de manera ilimitada, considere el recurrente; antes bien al contrario, la prueba que se proponga tiene que tener trascendencia concreta y decisiva en la resolución del recurso y, por lo tanto, debe ser determinante a los fines de anular las actuaciones impugnadas que se reflejan en el artículo 44.2 de la LCSP, para evitar, como dice el primer artículo citado, que se soliciten pruebas manifiestamente improcedentes o innecesarias.

En consecuencia, el recurrente no puede solicitar, sin más, que se practiquen las pruebas que estime oportunas sino que al proponer la prueba correspondiente, que, obviamente, deberá ser admisible en Derecho, deberá motivar adecuadamente y justificar por qué la prueba propuesta tiene, a su juicio, una trascendencia decisiva en la resolución del recurso,

a fin de que este Tribunal pueda valorar sus argumentos y las circunstancias que concurren y decidir lo que sea más procedente, en cuanto a su pertinencia y a su práctica.

Por último, la petición de prueba debe regirse por criterios de proporcionalidad y también tiene que tener en muy en cuenta, que este Tribunal, aunque es un órgano especializado que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, como resalta el artículo 45 de la LCSP, no es de carácter jurisdiccional y, por lo tanto, tiene las correspondientes limitaciones legales en cuanto a la ordenación y ejecutividad de la práctica de la prueba que se le solicite.

Las pruebas interesadas por la recurrente consisten en que se tenga por reproducida la documental acompañada al escrito de recurso y que, como más documental, se requiera a la licitadora MEDIA TALENT, S.L., para que:

“1. Emita declaración jurada sobre el número total de trabajadores de la empresa, incluyendo los que tengan la condición de socios trabajadores.

2. Aporte las altas de RETA de los cuatro socio-trabajadores:

- D. A.L.Z.

- D. O.R.G.

- D^a. M.D.M.C.

- D^a. C.C.T.

3. Aporte las nóminas satisfechas a los indicados cuatro socios trabajadores entre el 12 de mayo de 2020 y el 11 de mayo de 2021 (doce meses anteriores a la fecha de licitación).

4. Aporte el modelo 190 (resumen anual retenciones) correspondiente al ejercicio 2020 y los modelos 110 o 111, según corresponda, (declaración trimestral de retenciones) correspondientes al 2T, 3T y 4T del 2020 y al 1T y 2T del 2021, al objeto de constatar la relación laboral y práctica de retenciones a los socios trabajadores en los doce meses anteriores al cierre de la licitación.

En cuanto a los documentos que se acompañan al escrito de recurso en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LCSP, en los que la entidad recurrente funda su derecho se han tenido por presentados y han sido tomados en consideración por este Tribunal en la resolución del recurso.

Pues bien, teniendo en cuenta los extremos anteriormente expuestos y analizada la procedencia y admisibilidad de la prueba propuesta en el escrito del recurso, en relación con el objeto del recurso, este Tribunal considera impertinente la práctica de la prueba propuesta por dos motivos concurrentes:

a) Porque su petición carece la más mínima motivación que permita a este Tribunal apreciar si resulta procedente o no.

b) Por lo que respecta a la documental solicitada con los números 1 a 4, se considera que la documentación que figura en el expediente de contratación y la aportada por la parte recurrente es suficiente para que este Tribunal se forme un convencimiento sobre la cuestión debatida., Además, MEDIA TALENT, tiene ya acreditado en el expediente de contratación, mediante la oportuna documentación aportada (incluida la correspondiente a la Seguridad Social) siendo totalmente innecesario que se complete con la declaración jurada sobre el número total de trabajadores, que, por otra parte, no supone prueba fehaciente de dicho dato. Asimismo, la petición de aportación de declaración anual de retenciones y declaraciones trimestrales de retenciones, siendo éstos documentos de carácter fiscal, no se explica la utilidad y prueba que puede incidir en los hechos controvertidos.

c) La petición de que se aporte el alta en el RETA de 4 trabajadores concretos y las correspondientes nóminas, además de que entra en colisión con la obligada protección de datos de las personas, a cuyo efecto se debería contar con el obligado consentimiento de los interesados, nada aporta al fin de este recurso el conocimiento de sus retribuciones.

Sexto. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones de fondo.

La entidad recurrente se alza contra el acuerdo de adjudicación con base en motivos de carácter formal o procedimental y material o de fondo que se analizarán seguidamente.

En cuanto a las alegaciones formales, se denuncia falta de transparencia en la documentación aportada por la empresa a la postre adjudicataria para acreditar el cumplimiento del criterio aplicado de desempate entre las ofertas, así como en la rectificación de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación una vez fue constatado el error que había cometido en el cálculo del porcentaje en relación con la empresa MEDIA TALENT, S.L., al haber tomado en consideración no el promedio de la plantilla de la empresa referida a los 12 últimos meses anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas, sino el número de personas que integraban la plantilla durante ese periodo con independencia de la fecha de inicio y de la de finalización de sus respectivos contratos. Se sostiene así que la empresa MEDIA TALENT, S.L., debería soportar las consecuencias adversas que se derivasen de los errores por ella cometidos en la declaración responsable que les fue requerida por la mesa de contratación para la aplicación de los criterios de desempate.

Esta alegación debe rechazarse porque en el campo de la regularidad del procedimiento seguido, ninguna indefensión se ha causado a la recurrente por la actuación de la mesa de contratación, en los términos que han sido transcritos en el antecedente de hecho cuarto de esta resolución, que ha dispuesto de este recurso especial contra el acuerdo de adjudicación para elaborar las actuaciones alegatorias necesarias para satisfacer su derecho de defensa, como refleja su escrito de recurso, quedando también expedita, si así se considera, la vía del proceso judicial contra la presente resolución.

En todo caso, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso en relación con esta alegación: “(...) *independientemente de la declaración responsable realizada por la empresa Media Talent, S.L. (de la que se infirió una plantilla media anual de trabajadores del 3,39%) posteriormente, en fase de requerimiento previo a la adjudicación, presentó el Informe plantilla media de trabajadores en situación de alta expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), en el que el porcentaje establecido es aún menor (del 2,88%) por lo que no parece que concurra una actitud deliberada de ocultar información en la empresa Media Talent, S.L.*”

Debemos también rechazar la alegación relativa a la falta de acceso al expediente de contratación durante la licitación porque consta en el mismo acreditado que, en la fecha de



notificación del acto aquí recurrido, la recurrente solicitó al órgano de contratación dicho acceso que tuvo lugar por videoconferencia el 7 de julio de 2021, en los términos establecidos en el artículo 52 de la LCSP.

Séptimo. Por lo que respecta a las alegaciones de fondo, debe partirse de que es un hecho incontrovertido que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación y producido un empate a resolver, entre otras empresas licitadoras, la licitadora recurrente y la que finalmente resulta adjudicataria, se les requiere la documentación que acredite los criterios de desempate señalados en los pliegos rectores, presentando ambas esta documentación.

La recurrente cuestiona así la forma en la que los criterios de desempate han sido aplicados para determinar el porcentaje de trabajadores discapacitados empleados por MEDIA TALENT, S.L. en la medida en que deberían haberse tenido en cuenta todos los trabajadores empleados, *"incluidos los socios-trabajadores que perciben una nómina y mantienen una relación laboral con la empresa, pero que, conforme al artículo 305 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, deben darse de alta en el RETA en lugar de en el RGSS"*.

Esta tesis argumental que desarrolla la entidad recurrente no se comparte por las razones que se exponen a continuación, pudiendo anticiparse que este motivo de recurso debe ser también desestimado.

El artículo 147 de la LCSP alude a la forma de resolver los empates producidos en la licitación de un contrato público y señala en su párrafo primero lo siguiente:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.

Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a:



a) Propositiones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En este supuesto, 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 que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

b) Propositiones de 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.

c) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, 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.

d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.

e) Propositiones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo”.

De acuerdo con este régimen jurídico, en primer lugar, debe acudir a lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, ya que este precepto legal concede a los órganos de



contratación la posibilidad de establecer criterios específicos de desempate, aunque con las limitaciones que relaciona el propio apartado 1 del artículo, precepto legal que tiene carácter básico en su totalidad y cuya finalidad es, en caso de tener que decidir entre varias ofertas igualmente ventajosas, primar a aquellas empresas más comprometidas con el colectivo laboral de que se trate.

En este supuesto el PCAP sí prevé criterios específicos de desempate en la Cláusula 25 en relación con el Apartado N del Anexo I, que referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas son en primer lugar el 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, con lo que el órgano de contratación no podía elegir cuál aplicar, ni tampoco integrar o completar el contenido entre los mismos. Tales criterios se considera además que guardan relación con el objeto del contrato de que se trata.

Se comparten plenamente los argumentos aducidos por el órgano de contratación para sostener la corrección en la aplicación del criterio de desempate en cuestión en la medida en que la normativa que regula el cómputo de plantilla a los efectos que nos ocupan sólo incluye a los trabajadores con relación laboral contractual por cuenta ajena, resultando inadecuada la cita al artículo 305 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que hace la recurrente en apoyo de su pretensión impugnatoria dado que este precepto legal determina la extensión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, encontrándonos en ámbitos distintos y con regímenes jurídicos diferenciados.

En concreto, en su informe al recurso, se razona sobre esta cuestión lo siguiente:

“Así pues, el primer punto a dilucidar será la obligatoriedad o no de incluir a los trabajadores que cotizan por el régimen especial de autónomos en la plantilla de la empresa, documento que, recordemos, era el que sirvió de referencia conforme se especificaba en el PCAP y



sobre el que la empresa debía realizar la declaración en atención a los trabajadores/as con discapacidad en ella consignados.

En ese sentido, la Mesa de Contratación ha seguido, al igual que para determinar el periodo sobre el que se debe efectuar el cómputo de los trabajadores/as sujetos a reserva, 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 Director General Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El apartado 2.2.3 de dicho Criterio Técnico (Obligaciones referidas exclusivamente a contratación laboral) establece que:

“[...] las normas que regulan esta obligación (obligaciones relacionadas con la cuota de reserva) se refieren exclusivamente a “trabajadores”, “trabajadores empleados” y “contratados” por lo que para las reglas del cómputo de plantilla sólo se incluirán a los trabajadores con relación laboral contractual por cuenta ajena, excluyéndose tanto los supuestos de socios trabajadores en cooperativas de trabajo asociado, como los de becario, trade’s o cualquier otra relación jurídica diferenciada.”

Así la propia página web de la Seguridad Social: (<https://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10548/10562/4072>), a la hora de establecer quiénes están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social distingue entre los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

Y de igual modo, la Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos, V2814-15, de 28 de septiembre de 2015, establece a efectos del cómputo de la plantilla media, que:

“[...] se tomarán las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa” tal y como dispone el apartado 3 de la ya citada disposición adicional 12ª del TRLIS. Por tanto, únicamente podrán tomarse en consideración los trabajadores que hayan sido empleados en los términos previstos en la legislación laboral y presten sus servicios en régimen de dependencia y por cuenta ajena, es decir, se manifiesten las siguientes notas características: voluntariedad, remuneración, ajeneidad y dependencia.

Consecuentemente, para el cálculo del promedio de plantilla es indiferente la modalidad de contrato que regule la relación laboral del trabajador con la empresa. De esta manera, se tendrán en cuenta tanto los trabajadores que formen parte de la plantilla fija de la empresa como los contratos con carácter temporal, siempre que se trate de personas empleadas en los términos previstos por la legislación laboral, es decir, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y normativa de desarrollo, y a jornada completa.

En cuanto a los socios trabajadores, con independencia de su posible condición como administradores, el artículo 1.2.c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, dispone que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena "c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.". De acuerdo con esta última disposición, dichos socios trabajadores no tendrían la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

"[...]

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad..."

En definitiva, el hecho de ser socio trabajador no implica necesariamente su inclusión en la plantilla de la empresa, de la misma manera que el hecho de que en una licitación se haya declarado una información por una empresa ello suponga que deba declararse en todas las licitaciones a las que se presente, ya que ello dependerá de lo que establezca el PCAP que rija la licitación. Sirva de ejemplo que la propia empresa recurrente ha presentado a esta licitación información exclusivamente de los trabajadores por cuenta ajena, sin hacer mención a la existencia o no de socios trabajadores, por lo que sorprende que base toda su argumentación en la “exclusión” de una información por parte de MEDIA TALENT, S.L. que la propia recurrente ha omitido; TARGET 2016, S.L. parte pues del mismo documento que MEDIA TALENT, S.L. para acreditar el porcentaje de plantilla media anual, esto es, el Informe de plantilla media de trabajadores en alta expedido por la TGSS.

Asimismo cabe destacar que el Informe de plantilla media de trabajadores en alta expedido por la TGSS es un documento que se utiliza habitualmente en materia de subvenciones y contratación pública; sirva como ejemplo que en la Generalitat Valenciana, para solicitud de clasificación de empresas en los grupos y subgrupos de actividades de obras y servicios establecidos en la legislación de contratos, en la documentación para acreditar los medios personales de la empresa, se exige el certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social en el que se indique el número anual medio de trabajadores empleados por la empresa durante los tres últimos años (<https://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?idproc=1967>), es decir, el mismo documento que el que ha sido considerado por la Mesa de Contratación. Por tanto, a juicio de la Mesa, el informe emitido por la TGSS se consideró a todos los efectos un documento acreditativo de la plantilla media anual de la empresa y por tanto válido para dirimir el supuesto de empate”.

Este fue el mismo criterio que siguió este Tribunal en su resolución 192/2020, de 20 de febrero de 2020, además de los siguientes razonamientos que a continuación se transcriben:

“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”.

En atención a las razones expuestas, procede la desestimación íntegra de este recurso y la confirmación del acto de adjudicación impugnado, por ser el mismo conforme a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.M.H. y D. J.A.V.G., en representación de TARGET 2016, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 de la licitación para la contratación de “*Servicios de asesoramiento, planificación y compra de espacios publicitarios para la difusión, comunicación y publicidad de las acciones del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) en el ámbito nacional e internacional*”, con nº Expediente IVACE 2/2021, y convocada por la Presidencia del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, en lo relativo al lote 2, 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 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.