



Recurso nº 1357/2021 C. Valenciana 309/2021

Resolución nº 1532/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 5 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. M. H. y D. J. A. V. G., en nombre y representación de TARGET 2016, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio de “*Campaña publicidad mercado internacional (Francia)*”, expediente 7/21; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El valor estimado del contrato es de 165.289,25 €, IVA excluido.

Segundo. Con fecha 19 de abril de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas que rigen la contratación de referencia. El plazo de presentación de ofertas finalizó el 4 de mayo de 2021.

Tercero. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) rector del contrato contenía, entre otros, las siguientes normas, puestas en cuestión en el recurso, en su cláusula 15:

“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. Se tendrá 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 (Resolución nº 192/2020 TARC).”



Cuarto. Vista el acta de la Mesa de Contratación de apertura de las ofertas y remisión de las mismas a estudio del servicio técnico correspondiente (Documento nº 14 del Expediente Administrativo (EA)), y visto el informe técnico emitido al efecto (Documento nº 16 del EA), se da cuenta de un empate entre las empresas MEDIA TALENT, S.L. y TARGET 2016, S.L.

Es por ello que se requiere a ambos (Documentos nº 21 y 22 del EA) para que acrediten los porcentajes indicados de acuerdo con la siguiente documentación:

“– Declaración responsable con la información necesaria para aplicar los criterios sociales antes indicados.

– Certificado de Informe de Vida Laboral del código de cuenta de cotización de su empresa referido al periodo 4-05-2020 al 4-05-2021.

– Certificado de Plantilla Media del código de cuenta de cotización de su empresa referido al periodo 4-05-2020 al 4-05-2021.”

Ambos requerimientos son cumplimentados en plazo.

La adjudicataria presenta el informe de vida laboral del código de cuenta en cotización con indicación de trabajadores discapacitados en el período de referencia que cuantifica como de 39,82 % en bruto, y no en atención al número de días trabajados (documento 23). En él, tres trabajadoras aparecen con la mención de tipología contractual propia de trabajadoras discapacitadas (clave 530). Además, se acompaña el informe de datos para la cotización de las mismas, donde figura la discapacidad y su grado en relación con las tres trabajadoras mencionadas.

La recurrente aporta dicho informe de vida laboral con documento en que calcula los porcentajes requeridos, inferiores, tal como los calcula, a los de la adjudicataria (Documento nº 24 del EA). En el caso de trabajadores con discapacidad, según el documento adjunto que califica declaración jurada, el número de trabajadores es de 0,88 computado según el número de días ocupados efectivamente en el último año y de 24,37 % en relación con la plantilla, en particular. En él se identifica a esos trabajadores como



MZK y SGH con fechas de alta de 12 de mayo y 31 de agosto de 2020. En el informe de vida laboral, que también es aportado junto con el recurso, por tipo de contrato, ninguno es de los que cuentan con códigos propios de trabajadores discapacitados (aparecen los códigos 100, 189, 402 y 502); tampoco se identifica a los dos trabajadores indicados pues ningún contrato se da de alta en las fechas antes indicadas. No se acompaña más documentación en ese momento.

Es junto con el recurso donde aparece la documentación acreditativa de que las dos trabajadoras referidas son discapacitadas y puestas a disposición por empresa de trabajo temporal a la recurrente: de ahí que no aparezcan en el informe de vida laboral.

Quinto. El 12 de julio de 2021 se firma resolución confirmando la propuesta de adjudicación del servicio a favor de la adjudicataria tras solución del desempate de referencia en favor de MEDIA TALENT, S.L. La resolución de adjudicación tiene lugar el 4 de agosto de 2021, siendo notificada y publicada en la PLACSP con fecha 9 de agosto de 2021.

Sexto. Con fecha de 30 de agosto de 2021, la recurrente presentó en el Registro General recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de referencia.

Séptimo. Previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal de 31 de agosto de 2021 al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel que se opone a la estimación, principalmente porque la documentación de respuesta al requerimiento no acreditó fehacientemente trabajador alguno con discapacidad de la empresa recurrente.

Octavo. En fecha 6 de septiembre de 2021 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 8 de septiembre de 2021 se presentan alegaciones por la entidad MEDIA TALENT, S.L., en el sentido de afirmar que también la recurrente tiene cuatro administradores y por tanto, de acogerse su argumento de que se computen los de la adjudicataria habría de hacerse para ambas.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 9 de septiembre de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente



de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de 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), 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 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. La recurrente, como entidad no adjudicataria de la licitación y segunda clasificada, desfavorecida por el desempate, está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto que:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su



interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Tercero. Tratándose de un acuerdo adoptado en el procedimiento de un contrato de servicios, con valor estimado de 165.289,25 €, IVA excluido, es susceptible de recurso especial en materia de la contratación en virtud del artículo 44.2.c) de la LCSP, en relación al artículo 44.1.a) del mismo texto legal, al superar el límite de 100.000,00 euros establecido en ese precepto.

El artículo 44.2.c) de la LCSP permite recurrir “*los acuerdos de adjudicación*”.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde la publicación del acuerdo de adjudicación, conforme al artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta, en síntesis, en dos aspectos; por un lado, en que los cálculos realizados por la Administración para resolver el desempate son erróneos porque no se computó entre la plantilla de la empresa a los cuatro socios trabajadores que la integran y que disminuyen el número de trabajadores sobre cuya base hacer el cálculo –algo que en las alegaciones reprocha también recíprocamente la adjudicataria a la recurrente-; por otro porque se habrían confundido el número de trabajadores discapacitados por media anual con el porcentaje sobre “*el total de la plantilla*”.

Lo cierto es que el presente recurso plantea, a la luz de la prueba presentada, el momento en que se presentó y la doctrina del Tribunal, otras cuestiones que deben abordarse para su solución.

Para todo ello será preciso introducir la doctrina de este Tribunal sobre la interpretación del artículo 147 de la LCSP, precepto que indica lo siguiente:



“(…) 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.

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.”

Los pliegos en este caso, como hemos visto más arriba, se remiten a ese artículo y a su interpretación por nuestra Resolución nº 192/2020, que, al igual que la nº 286/2020, curiosamente, se dictó respecto del mismo órgano de contratación y ante recurso en muy parecido contrato interpuesto por IRISMEDIA, quien tiene relación con el actual recurrente (de acuerdo con el correo electrónico de contacto de la empresa recurrente, que se refiere a la recurrente de aquel recurso). Pues bien, esa resolución es clara, también, en cuanto a cómo aplicar dicho artículo y el cálculo del promedio anual de la cuantía de referencia:

“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 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.”

Lo cierto es que a pesar de todo lo anterior –refrendado por resoluciones posteriores de este Tribunal, en alguna ocasión siendo el recurrente IRISMEDIA pero el órgano de contratación distinto, como la Resolución nº 1382/2020 o la nº 708/2021- llama la atención que el órgano de contratación en este caso, haya asumido acríticamente los porcentajes de las contestaciones al requerimiento y no haya hallado el promedio anual de las fechas que correctamente identificó en su requerimiento (de 4 de mayo de 2020 a 4 de mayo de 2021). Esto es, no desglosa ni calcula el porcentaje en atención al número de días en que los trabajadores discapacitados estuvieron efectivamente contratados por cada una de las empresas concurrentes. También es cierto que inicialmente no se notificó, conforme al artículo 151 de la LCSP los motivos de resolución del desempate, que sin embargo fueron notificados a posteriori, y cuyo conocimiento conoce perfectamente la recurrente, por lo que no se da la causa de nulidad que sin embargo se apreció en la Resolución nº 1382/2020.

La primera razón extractada, podría, en principio, dar pie a una estimación parcial del recurso para ordenar dicho cálculo, como se ordenó en el pasado, de modo que se



procediese a la correcta comparación entre los licitadores. Sin embargo, en este caso concurren otras circunstancias que hacen innecesaria la comparación de referencia, tal como pasamos a tratar, ampliando nuestra doctrina interpretativa de dicho precepto y dando lugar a pesar de lo anterior a la desestimación del recurso.

Sexto. En efecto, y como hemos visto, el artículo 147.2 de la LCSP exige comparar porcentajes (calculados temporalmente en los términos más arriba explicados) de “*trabajadores...en plantilla*”. No basta con ser trabajador. Debe tratarse de trabajador de la plantilla del licitador y no de otras plantillas.

El concepto “*trabajador*” aparece en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores como aquel que “*voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

Por otro lado, el concepto de plantilla emana de otros artículos de la citada ley. El artículo 14 dice que la persona trabajadora durante el período de prueba tendrá derechos y obligaciones “*como si fuera de plantilla*”. Con lo que parece que no son de plantilla, sino que ostentan derechos de trabajadores de plantilla. Sin embargo, el trabajador contratado eventual podrá ser afectado por convenio colectivo que determine criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad y “*la plantilla total de la empresa*” de la que se deduce que forman parte de la plantilla en cuestión (artículo 15). El despido colectivo se da cuando afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa bajo ciertas condiciones (artículo 51). Cabe promover elecciones parciales por aumentos o incluso por disminuciones significativas de la plantilla (artículo 67). Las asambleas de trabajadores podrán ser convocadas por el 33 % de la plantilla (artículo 77).

A juicio de este Tribunal la combinación de ambos conceptos legales debería tener, como mínimo, la siguiente repercusión: los trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal y cedidos en virtud de un contrato de puesta a disposición permitido por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores a la empresa usuaria, licitadora de un contrato, no forman parte de la plantilla de la empresa cesionaria licitadora y por tanto no son computables a los efectos del artículo 147.2 de la LCSP.



Eso es así porque de los artículos anteriores se colige que la plantilla está formada por trabajadores vinculados laboralmente de manera directa con el empleador –no que le presten servicios laborales a prueba o en virtud de cesión-.

Ello se confirma por la regulación del trabajador cedido por las empresas de trabajo temporal. Tales trabajadores cedidos, tienen, sí, diversos derechos frente a la empresa usuaria, que asume además obligaciones en relación con los mismos, como resulta de los artículos 16 y 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en materia de riesgos laborales, protección de seguridad e higiene, o a presentar reclamaciones “*a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria*”, pues ellos no forman parte de la plantilla representada, entre otros) pero no por ello forman parte de la plantilla. De ahí que su retribución y obligaciones de Seguridad Social correspondan a la empresa cedente –solo subsidiariamente responde la cesionaria; de ahí que no aparezcan en los certificados emitidos por la TGSS-, empresa cedente que debe destinar el 1 % de la masa salarial a formación, y que deba asegurarles que disfrutarán los derechos durante la prestación de servicios en las condiciones “*que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria*” (artículo 11 de la misma norma).

Nada de lo indicado se opone a nuestra Resolución nº 694/2016, en la que el uso de trabajadores cedidos no se considera subcontratación en los términos del artículo 227 de la LCSP. Al contrario, pues allí se dice que “*la utilización de los servicios de COGAMI – empresa cedente- se pone de manifiesto como un instrumento de ahorro de costes, y no como un elemento que se inserte estructuralmente en la relación jurídica derivada del contrato administrativo, pues en modo alguno puede entenderse que la confederación vaya a hacerse cargo de una parte de la serie de prestaciones que comprende el contrato, sino que va a poner a disposición de la adjudicataria un volumen de trabajadores para que sea esta última la que dé cumplimiento a sus obligaciones.*”

En consecuencia, de lo anterior, y ya descendiendo a este asunto, resulta que la recurrente:

- a. Por un lado, y en el plazo de contestación al requerimiento, no acreditó mediante documentación alguna (simplemente afirmó) nada en relación con trabajador



discapacitado alguno, pues la certificación de la Tesorería no los refiere y no se acompañó de otros certificados (no posibles porque el empleador a tales efectos de los mismos es la Empresa de Trabajo Temporal). La acreditación requerida en su día solo apareció al interponer el recurso, como subraya el órgano de contratación.

- b. Pero, es más, y con mayor razón, los únicos dos trabajadores discapacitados contabilizados por la recurrente no forman parte de su plantilla en la interpretación indicada y tal como hemos razonado anteriormente, con lo que no pueden ser computados en aplicación del artículo 147.2 de la LCSP. Dicho de otro modo, no consta que haya que comparar aquí los trabajadores discapacitados contratados por la adjudicataria, de una forma u otra, con los de la recurrente, pues esta última no ofrece término de comparación, motivo por el que no procede el recálculo que sería preciso en caso contrario. En suma, la empresa recurrente, de acuerdo con lo anterior, no contrató a ningún trabajador discapacitado durante el período computable (contrató con una empresa de trabajo temporal la cesión de algunas contratadas por aquella, que no es lo que pide el artículo 147.2). Por tanto, su porcentaje al respecto es 0. El de la adjudicataria, se calcule como se calcule, es superior.

Lo anterior por otro lado también hace inocuos los argumentos de la recurrente o adjudicataria acerca de si deben computarse en la plantilla a los administradores que puedan ser considerados a ciertos efectos también trabajadores, y su número en una y otra plantilla, argumento que no es necesario resolver de acuerdo con lo razonado.

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 nombre y representación de TARGET 2016, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio de “*Campaña publicidad mercado internacional (Francia)*”, expediente 7/21.



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 multa 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 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.