

**Núm. de recurso:** 2022 REC\_01000012

**Núm. de resolución:** 16/2022

Por medio de la presente, se le notifica que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación Provincial de Granada ha aprobado la siguiente:

**RESOLUCIÓN Nº: 16/2022, de 12 de agosto**

**VISTO** el recurso interpuesto por doña Rosa Salas Jiménez, con DNI 74.687.661-Z, en nombre y representación de la mercantil Carjuna Construcciones S.L., con NIF B-19653831 y don Carlos López Navarrete, con DNI 75.132.064-B, en nombre y representación de Grulop 21 S.L., con NIF B19510361 contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almuñécar de 13 de mayo de 2022, de adjudicación a la empresa CHM Obras e Infraestructuras S.A. del contrato de obras para la ejecución del nuevo mercado de Almuñécar y aparcamiento público.

Este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** El Ayuntamiento de Almuñécar, tras la oportuna tramitación del expediente 9471/2021, para la contratación mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada de las "Obras para la ejecución del Nuevo Mercado Municipal de Almuñécar y aparcamiento público", resolvió mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de mayo de 2022, lo siguiente:


*"Adjudicar a la empresa CHM, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS SA , CIF A28582013, el contrato de OBRAS PARA LA EJECUCIÓN DEL NUEVO MERCADO MUNICIPAL DE ALMUÑÉCAR Y APARCAMIENTO PÚBLICO, EXPEDIENTE 73/2021 (GEST 9471/2021), al ser la mejor oferta, una vez aplicados los criterios de desempate establecidos en el Pliego de cláusulas Administrativas y el artículo 147.2 de la LCSP, conforme se expone motivadamente en informe del Servicio de Contratación y escrito de contestación al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada de fecha 26.01.2022, transcritos en el presente acuerdo, en relación a los recursos Especiales en materia de contratación presentados por las empresas: "Invesia Construcción y Servicios S.L.U.", "Carjuna Construcciones S.L." y "Grulop 21, S.L",*

**Segundo:** El anuncio de adjudicación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público estatal el 16 de mayo de 2022.

El valor estimado del contrato asciende a 4.887.594,85 euros.

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfH0NoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	1/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



**Tercero:** Doña Rosa Salas Jiménez, en nombre y representación de la mercantil Carjuna Construcciones S.L., y don Carlos López Navarrete, en nombre y representación de Grulop 21 S.L. (en adelante, los recurrentes) presentaron, con fecha 27 de mayo de 2022, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de mayo de 2022, en el cual se acordó adjudicar a CHM Obras e Infraestructuras S.A. el contrato de “Obras para la ejecución del Nuevo Mercado Municipal de Almuñécar y aparcamiento público”.

**Cuarto:** Concedido trámite de audiencia a los interesados conforme a lo previsto en el artículo 56.3 de la LCSP, han presentado alegaciones conjuntas Invesia Construcción y Servicios S.L.U. y Vialquiver Infraestructuras, S.L., las cuales tuvieron entrada en el registro electrónico del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada el 15 de junio de 2022.

El órgano de contratación ha emitido informe con fecha 2 de junio de 2022.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En primer lugar, hay que afirmar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso por aplicación de 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), el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Reglamento provincial que lo regula (BOP de 31/12/2012), ya que se ha impugnado la adjudicación de un contrato de obras de valor estimado superior a los tres millones de euros (arts. 44.1.a y 2.c de la LCSP).

**SEGUNDO.-** Las facultades de la Sra. Salas Jiménez para representar a la recurrente Carjuna Construcciones S.L. se acreditan en virtud de escritura pública de poder general otorgado por la poderdante el 21/10/2020 ante el notario del Ilustre Colegio de Andalucía don Luis Rojas Martínez del Mármol, con el número mil trescientos ocho de su protocolo.

Las facultades del Sr. López Navarrete para representar a la recurrente Grulop 21 S.L. se acreditan mediante escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la sociedad, otorgada el 06/10/2016 ante el notario del Ilustre Colegio de Andalucía don Francisco Gil del Moral, con el número tres mil cien de su protocolo.

Las facultades del Sr. Gracia Alcantar, que presenta alegaciones en nombre de Vialquiver Infraestructuras S.L., se acreditan por escritura pública de poder general otorgado por el administrador único de la sociedad ante el notario del Ilustre Colegio de Andalucía don Luis Ignacio Medina Medina, en escritura pública de 29/04/2011, con el número trescientos cincuenta y seis de su protocolo.

Las facultades del Sr. Chica Pulido, que presenta alegaciones en nombre de Invesia Construcción y Servicios S.L.U., se acreditan por medio de escritura pública de elevación a públicos de los acuerdos de la sociedad de capital mencionada, otorgada el 18/06/2021 ante el notario del

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONn17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	2/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



Ilustre Colegio de Andalucía don Francisco Gil del Moral, en escritura pública de 29/04/2011, con el número dos mil, trescientos sesenta de su protocolo.

**TERCERO.-** Las recurrentes están legitimadas para presentar el recurso, ya que han sido licitadoras en el procedimiento.

El recurso ha sido interpuesto en plazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP en relación con la disposición adicional decimoquinta, apartado 2, del mismo texto legal. El acuerdo de adjudicación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de mayo de 2022 y el recurso tuvo entrada en el registro electrónico de este órgano el 27 de mayo de 2022, dentro del plazo de los quince días hábiles concedidos por la ley.

**CUARTO.-** En cuanto a las alegaciones de Invesia y Vialquivir han sido igualmente presentadas en plazo y ambas están legitimadas para ello, pues tienen la consideración de interesadas, al haber licitado con una propuesta de UTE, todo ello de conformidad con el artículo 56.3 de la LCSP.

**QUINTO.-** El primer motivo de impugnación es “La existencia de criterios de desempate en el pliego de cláusulas administrativas particulares, excluye la aplicación de las condiciones de desempate incluidas en el art. 147.2 de la LCSP”.

El artículo 147.1 de la LCSP dispone:

*“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”.*

Y, para el caso de que no lo hagan, el apartado 2 señala:

*“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. (...)”*

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de este contrato sí recoge criterios de desempate, por lo que, en principio, habrá de estarse a lo dispuesto en estos, pues la previsión del artículo 147.2 de la LCSP solo opera supletoriamente “en defecto de previsión de los pliegos”.

La cláusula 2.3.1 del PCAP señala:

*“Cuando se produzca empate entre ofertas se aplicarán los criterios de desempate previstos en los párrafos siguientes. A tal efecto, los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas.*

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==		
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Estado	Fecha y hora
Observaciones		Firmado	12/08/2022 12:09:44
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/		
		Página	3/13



1º- Aquellas empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%.

Si varias empresas de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2%, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

A los efectos de acreditar la relación laboral con personas con discapacidad las empresas deberán aportar, la siguiente documentación:

- a) Declaración responsable del número de trabajadores fijos discapacitados y porcentaje que éstos representan sobre el total de la plantilla.
- b) Documento TC2 (relación nominal de trabajadores) correspondientes a todo el personal de la empresa.
- c) Relación de los trabajadores fijos discapacitados acompañada de la resolución o certificación acreditativa del grado y vigencia de la discapacidad.
- d) Contrato de trabajo de los trabajadores fijos discapacitados.
- e) Si la empresa emplea a cincuenta o más trabajadores y se encuentra en alguno de los supuestos de excepcionalidad previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, deberá aportar, además, declaración del Servicio Público de Empleo competente de que la empresa se encuentra en alguno de los citados supuestos de excepcionalidad.

2º- Aquellas empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral."

Realizada la valoración de las ofertas resultó lo siguiente:

REFERENCIA	NOMBRE DE LA EMPRESA	TOTAL CRIT. VAL. OBJ.
A08112716_127119393	ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U.	100,00
A28582013_127124552	CHM, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A	100,00
B18352864 - B23680648_127105805	INVESIA CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.L.U.	100,00
B19582394_127117672	PRODESUR CONSTRUCCIÓN Y PROYECTOS, S.L.	100,00
U00000000_127001438	CARJUNA CONSTRUCCIONES, S.L.	100,00
A28012359_127061918	OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A.	86,65
B97016125_127037775	LEVANTINA, INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L.	86,15
B06283790-A83283861_127124764	CONSTRUCCIONES MAJOIN S.L.	85,50
B54593504_127118845	AITANA ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.L.	79,60
A06009104_126999033	JOCA INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES, S.A.	77,75
B04683124_127124576	LIROLA INGENIERÍA Y OBRAS S.L.	76,43
A04028023_127062557	CONSTRUCCIONES TEJERA, S.A.	55,46

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	4/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



Es decir, se produjo un quíntuple empate entre las que obtuvieron 100 puntos en total.

Requerida la documentación necesaria para proceder al desempate, conforme a lo previsto en el PCAP, y solicitado informe del Director de los Servicios de Contratación del Ayuntamiento, este informa de los siguientes datos, relativos a las cuatro empresas que presentaron documentación:

EMPRESA	Nº TRABAJADORES FIJOS CON DISCAPACIDAD
1) CHM, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.	5
2) CARJUNA-GRULOP CONSTRUCCIONES, S.L.	2
3) INVESIA CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.L.U *	1
4) PRODESUR CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.L.	1

Este criterio de desempate es el que asume la mesa de contratación y el que, a la postre, determina la adjudicación a CHM, Obras e Infraestructuras S.A. por la Junta de Gobierno Local.

Las recurrentes reprochan a la Administración que existiendo un criterio de desempate porcentual en el PCAP *“Aquellas empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%”*, el Ayuntamiento haya optado por desempatar con un número absoluto *“mayor número de trabajadores fijos con discapacidad”*, un criterio previsto en la LCSP, pero no en el PCAP.

El informe del órgano de contratación afirma que la aplicación del criterio del artículo 147.2 de la LCSP, que utiliza el criterio de mayor número de trabajadores en términos absolutos frente al mayor número porcentual *“surge de la imposibilidad real de poder calcular con los datos aportados por las empresas, primero el porcentaje superior al 2%, como exige el pliego, seguidamente por la imposibilidad de calcular el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en la plantilla y finalmente por los defectos observados en los requisitos del apartado 2 de la cláusula 2.3.1. del PCAP, que serviría para el desempate en casos de igualdad en el primer apartado”*.

En un informe de 26 de enero de 2022, tras un examen pormenorizado de la documentación que cada empresa presenta y una comparación con la documentación exigida por el órgano de contratación, concluye que *“ninguna de las cuatro empresas empatadas aportan documentación de forma que se puedan establecer los porcentajes correctamente y comprobar que superan el 2% exigido”*.


De ser cierto lo anterior, y sin perjuicio de que ello sea analizado en detalle más adelante, el primer criterio de desempate previsto en el PCAP quedaría inutilizado, pues ninguna empresa habría acreditado que cumple con los requisitos exigidos para que ese criterio desequilibrara la balanza a su favor.

Por ello, habría que pasar al segundo criterio previsto en el PCAP:

*“Aquellas empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral.”*

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfH0NoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	5/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



Tampoco en este aspecto, a juicio del informe del Ayuntamiento, ninguna de las empresas requeridas aporta una documentación que las haga merecedoras de que el criterio de desempate juegue a su favor.

Llegado a este punto y pese a que el PCAP contiene criterios de desempate, al quedar inaplicables todos ellos, pues las empresas no han podido acreditar que cumplen con los requisitos exigidos, y siendo necesario desempatar entre las candidatas, resulta necesario acudir, por vía analógica, a lo previsto en el artículo 147.2 de la LCSP.

El artículo 4.1 del Código Civil dispone que *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*. Ni la LCSP ni el PCAP contemplan la posibilidad específica de que, existiendo criterios de desempate en los pliegos, ninguna empresa los cumpla o los acredite; por lo que hemos de aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 147.2 de la LCSP: *“En defecto de la previsión en los pliegos...”*, entendiendo que existe identidad de razón y que, por lo tanto, esa cláusula de supletoriedad opera, no solo en ausencia de previsión en los pliegos, sino igualmente en los supuestos de que, existiendo cláusulas de desempate en los pliegos, estas no permitan desempatar entre los licitadores.

Recurrir a lo previsto en la ley, en defecto de los pliegos, es también la solución que da la propia LCSP, cuando en su artículo 92, relativo a la solvencia, señala:

*“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, (...). En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.”*

Además de los anteriores argumentos hermenéuticos, un razonamiento de lógica jurídica, *reductio ad absurdum*, nos conduce a la misma conclusión, pues de lo contrario, el empate impediría adjudicar el contrato y dejaría la licitación en vía muerta.

Por todo ello, consideramos que la utilización de los criterios previstos en el artículo 147.2 de la LCSP realizada por el Ayuntamiento de Almuñécar ha sido correcta, bajo la hipótesis de que no fue posible aplicar los criterios contenidos en los pliegos.

**SEXTO.-** Sentado lo anterior, procede examinar si el órgano de contratación, en relación a los recurrentes, no pudo aplicar los criterios de desempate previstos en la cláusula 2.3.1. del PCAP y tuvo que acudir a los contemplados en la ley.

En la sesión de 21 de diciembre de 2021, la mesa de contratación acordó requerir a Carjuna Construcciones S.L. y Grulop 21, S.L., además de a otras licitadoras, *“la presentación de la documentación pertinente establecida en el apartado 2.3.1. del PCAP (referida a la fecha de presentación de ofertas) para la posible necesaria aplicación de criterios de desempate entre las mismas, otorgando un plazo de 3 días hábiles contados a partir del envío de la comunicación a través de la PLACSP”* (sic).

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	6/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		





En la sesión de la mesa de contratación de 30 de diciembre de 2021 se da cuenta del informe del Director de los Servicios de Contratación y Urbanismo, en el que se constata que, entre otras, Carjuna construcciones S.L. - Grulop 21 S.L. presentaron la documentación requerida en el apartado 2.3.1 del PCAP (apartado segundo del informe técnico). A continuación, en dicho informe, sin expresar motivación o argumentar la decisión por la que no se aplican los criterios de desempate del PCAP, indica que *“Comprobada la documentación presentada, en el apartado 2.3.1 del pliego de cláusulas administrativas, se establece la siguiente relación en función del mayor número de trabajadores fijos con discapacidad, para el caso de empate”*.

Es decir, el informe técnico se aparta del criterio porcentual del PCAP (número de trabajadores con discapacidad superior al 2%) y aplica el número natural previsto en la LCSP (número de trabajadores fijos con discapacidad), sin explicar o motivar su decisión.

De acuerdo con lo indicado en el informe técnico, la mesa de contratación propuso en la sesión de 30 de diciembre de 2021 como adjudicataria a la empresa que tiene mayor número de trabajadores fijos y la Junta de Gobierno Local, en sesión de 30 de diciembre de 2021, requirió a la propuesta como adjudicataria la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

Sin embargo, con motivo de un recurso especial en materia de contratación interpuesto por Invesia Construcciones y Servicios S.L.U. ante este Tribunal, que a la postre fue inadmitido por falta de acreditación de la representación que ostentaba el recurrente, se emitió informe por el Ayuntamiento, con fecha 26 de enero de 2022, *“como ampliación del criterio de desempate recogido en el informe del Jefe de Servicio de Contratación”* en el que se justifica la no aplicación de los criterios del pliego a la recurrente. Por ello, cuando la Junta de Gobierno Local, en sesión de 13 de mayo de 2022 acuerda adjudicar el contrato, conforme a la propuesta de la mesa de contratación, si bien la propuesta de esta y el informe inicial en el que se basa carecían de motivación, sí constaba en el expediente el informe motivado de 26 de enero en el que se señalan las razones por las que no aplicaron los criterios desempate del PCAP y por ello, expresamente, en el acuerdo de adjudicación de 13 de mayo de 2022 de la Junta de Gobierno Local se indica: *“conforme se expone motivadamente en informe del Servicio de Contratación y escrito de contestación al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada de fecha 26.01.2022, transcritos en el presente acuerdo”*.

Así pues, el acuerdo de adjudicación hace suyo e incorpora al mismo el informe emitido a consecuencia de un anterior recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, el cual contiene la motivación del acuerdo que se adopta.

Entrando ya en el fondo del asunto, del contenido del informe se deduce lo siguiente:

La empresa Carjuna Construcciones S.L. presenta declaración de poseer un 100% de trabajadores fijos con discapacidad (1 sobre 1) y Grulop 21 S.L. afirma poseer un 2,04% de trabajadores discapacitados (1 sobre 49).

En relación a la primera, se afirma en la ampliación de informe, que esa única persona contratada por la empresa posee una discapacidad del 14% y que ha sido contratada con una duración de 4 horas semanales, con un contrato ordinario, al no ser posible, en esas condiciones, realizar un contrato para personas con discapacidad.

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

<b>Código Seguro De Verificación</b>	+BgcdHp3pC0pnfHONn17A==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>
<b>Firmado Por</b>	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
<b>Observaciones</b>		<b>Página</b>	7/13
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



Respecto a la segunda empresa, el mencionado informe reconoce que sí aporta certificado de persona con discapacidad del 65%, pero el número de trabajadores según el TC2 es de 53, por lo que un trabajador discapacitado no cumpliría con el porcentaje superior al 2%.

En relación con Carjuna Construcciones S.L., debemos analizar si una empresa con un único trabajador, con una discapacidad del 14% y contratado a tiempo parcial por un 10% de la jornada total cumple los requisitos formales y materiales para que dicho contrato actúe como un criterio de desempate.

El artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dispone:

*“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

*2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”*

Si consideramos que dicho precepto es el que determina legalmente cuando una persona tiene la condición de discapacitada “a todos los efectos”, el trabajador de Carjuna Construcciones S.L. no lo tendría, por no alcanzar el 33 %.

Pero aunque consideráramos que el ámbito de esta regulación está reducido al de ciertas bonificaciones en el ámbito laboral, no debemos olvidar que el mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad como criterio de desempate pretende favorecer a aquellas empresas que están más comprometidas con el colectivo de personas discapacitadas y fomentar su contratación. En el caso que nos ocupa, no parece que se cumpla materialmente con el requisito, pues a nuestro juicio, el hecho de que la empresa tenga un único trabajador, que su jornada sea del 10% y que su discapacidad solo alcance el 14% no es suficiente para integrar el requisito que exige el desempate, pues para ello sería necesario, como mínimo, que la jornada del empleado con discapacidad lo fuera a tiempo completo y el grado de discapacidad alcanzase el 33%. Aunque el porcentaje mencionado no fuera de aplicación directa a este supuesto, sí resulta un criterio orientativo para que este tribunal pueda decidir si una empresa tiene un compromiso con las personas discapacitadas de suficiente intensidad como para que opere como criterio de desempate en una licitación.

Descartado que la empresa Carjuna Construcciones S.L. cumpla el requisito de porcentaje de trabajadores con discapacidad, resulta preciso analizar si lo hace la otra recurrente, Grulop 21 S.L.

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	8/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		





El informe del Ayuntamiento señala que frente al porcentaje que la empresa afirmaba poseer, un 2,04% de trabajadores con discapacidad (1 sobre 49), de los TC2 aportados por la misma empresa se deduce que tenían 53 trabajadores, por lo que no superaba el umbral del 2%.

Los criterios para cuantificar la obligación de reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad viene recogida en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, cuya disposición adicional primera señala: *“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 período 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 centros de trabajo de la empresa. b) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla. c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales”*.

Para que el ayuntamiento pudiera realizar adecuadamente el cálculo exigido por la norma, debió contar con una información suficiente para poder realizar los cálculos mencionados en el apartado anterior, cosa que no ocurrió por las discrepancias que observaron entre las declaraciones juradas presentadas y los documentos aportados por la licitadora.

Respecto a cómo debió la mesa de contratación computar el porcentaje de trabajadores con discapacidad cuando la oferta la presentan dos empresas con compromiso de constituirse en UTE, siguiendo la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 34/2021), *“las empresas que componen la UTE como una agrupación indisociable que actúa como un único licitador, por lo que sus componentes quedan obligados solidariamente, de modo que le son exigibles a la UTE, y por ende a las empresas partícipes, los requisitos y condiciones impuestos por los pliegos a los licitadores como participantes en el procedimiento de licitación y posibles adjudicatarios.”*

Por su parte, el acuerdo 110/2017, de 2 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señaló *“Y es que, ni el TRLCSP ni el artículo 42.1 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad prevén exactamente el cálculo del porcentaje de discapacidad en el caso específico de las uniones temporales de empresas, pero sí refieren que el porcentaje se realiza sobre la plantilla total de la empresa correspondiente. Según este criterio, hay que corroborar la actuación de la Mesa de Contratación, al proceder a la suma total de los trabajadores de las dos empresas que forman la unión temporal de empresas y calcular así el porcentaje de discapacidad ha sido correcto, en el sentido de interpretar que la plantilla total tiene que hacer referencia a la suma de las plantillas de las empresas que concurren en UTE. De forma que el cálculo efectuado en la licitación recurrida es el que más se adecua a la regulación vigente.”*

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

<b>Código Seguro De Verificación</b>	+BgcdHp3pC0pnfHONn17A==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>
<b>Firmado Por</b>	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
<b>Observaciones</b>		<b>Página</b>	9/13
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



Por otro lado, los recurrentes mantienen que con el cumplimiento por una empresa del requisito ya es suficiente, o que, en todo caso, será necesario realizar una *“sumatoria de porcentajes individuales de cada empresa corregidos según la proporción de participación en la UTE”*, citando a favor de esta posición el criterio del TACRC en resolución de 5 de febrero de 2022, aunque conviene precisar que la resolución invocada por el recurrente, la 95/2016, se refiere a un caso en el que es el propio PCAP el que establece como criterio de desempate que *“En el caso de UTE, el porcentaje de discapacitados se calculará como sumatoria de los porcentajes individuales de cada empresa corregidos según la proporción de participación en la UTE”*, por lo que la resolución señalada no resulta de aplicación a este caso, donde el PCAP no prevé esta hipótesis.

El TARC de la Junta de Andalucía (Resolución 246/2022 de 27 abril de 2022, Rec. 116/2022), manifestó lo siguiente: *“En efecto, ni la cláusula 13.2 del PCAP ni el artículo 147.2.a) de la LCSP que reproduce, prevén cómo aplicar el criterio de desempate que contienen en el caso de que las licitadoras concurren con el compromiso de constituirse en UTE, es decir, si el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, cuando se trata de una UTE, debe realizarse sumando los porcentajes de las empresas que forman la misma, como defiende la recurrente, o si ha de tenerse en cuenta para ello el porcentaje de participación de cada una de las empresas en la UTE, como mantiene el órgano de contratación.*

*Así, se concluye que la literalidad de las disposiciones antes citadas no permite su aplicación sin realizar una interpretación de las mismas, a diferencia de lo que mantiene la recurrente y por tanto no puede apreciarse la alegada vulneración de los artículos 69 y 147 de la LCSP y de la cláusula 13.2 del PCAP, sin antes concluir cuál sería la interpretación correcta de los mismos, para lo que se ha de estar a lo dispuesto en los artículos 1 y 132 de la LCSP, respecto de los principios rectores de la contratación pública, cuya vulneración también alega la recurrente.*

*Entre estos principios se encuentra el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, que debe respetarse en la interpretación de cualquier disposición en materia de contratación.*

*Sin embargo, entre las dos interpretaciones posibles de la cláusula 13.2 del PCAP en el supuesto de las UTE, este Tribunal considera que la defendida por la recurrente da una ventaja a estas frente a las empresas que licitan individualmente, pues la suma de los porcentajes de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de varias empresas superará con facilidad al porcentaje de éstos en una sola empresa, del mismo modo que a mayor número de empresas que conformen una UTE mayor será el resultado de la suma de los porcentajes de estas. En definitiva, cuantos más sumandos se tengan en consideración, mayor ventaja resultará para la licitadora de que se trate.*

*Por último, se ha de indicar que la literalidad de la cláusula de desempate del PCAP aplicada al presente supuesto es clara en cuanto a que en ningún caso es admisible tener en consideración la suma del número de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, sino el porcentaje estos.*

*Por ello, el cálculo del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social realizado por el órgano de contratación considerando el porcentaje de participación*

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	10/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



*en la UTE de cada una de las empresas que formarán la misma, se considera más acorde con el principio de igualdad de trato de los licitadores, debiendo desestimarse el recurso interpuesto contra la adjudicación del lote 1”.*

El criterio de este tribunal es que, antes de decidirse por la opción de sumar simplemente los trabajadores o hacerlo en la proporción en la que las respectivas empresas participarán en la UTE futura, es necesario que ambas empresas cumplan con el requisito mínimo de tener un 2 % de trabajadores con discapacidad, en los términos de la ya citada resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (nº 34/2021). No cumpliéndolo, en cualquier caso, Carjuna Construcciones S.L., el motivo del recurso no debe prosperar.

Pero aún en el caso de que pretendiéramos calcular el porcentaje de trabajadores con discapacidad de GRULOP 21 S.L., esto no sería posible, pues el propio ayuntamiento afirmó *“comprobada la imposibilidad de calcular correctamente los porcentajes de personas con minusvalía en las empresas, debido a la insuficiencia o disconformidad en cuanto a las relaciones de trabajadores aportados, y declaraciones juradas que no concuerdan con lo efectivamente entregado a la Administración”.*

Es decir, la imposibilidad para el Ayuntamiento de calcular el porcentaje de trabajadores con discapacidad de la empresa Grulop 21 S.L., se debió a las discrepancias e insuficiencias de la documentación aportada por la propia recurrente. Del mismo modo, este Tribunal, a la vista de lo alegado en el recurso, no puede salvar las contradicciones observadas en la documentación aportada.

Consideramos que los recurrentes no han probado que, de la documentación aportada durante el proceso de licitación, puede deducirse que han cumplido con el criterio que, ante dos ofertas económicamente igual de ventajosas, permita desempatar en favor de aquella que aporte un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2%.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente debe analizarse el cumplimiento del segundo criterio de desempate previsto en el PCAP:

*“2º- Aquellas empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral.”*

De la redacción de la cláusula se deduce que todas las medidas contenidas (antidiscriminatorias, igualitarias y de fomento de la conciliación) son exigibles para puntuar como criterio de desempate.

En el informe del Ayuntamiento de 26 de enero de 2022 se indica respecto a la empresa Carjuna Construcciones S.L. que *“No se aporta ningún tipo de medidas recogidas en el punto 2º de la cláusula 2.3.1 del Pliego de cláusulas administrativas”* y respecto a la empresa GRULOP 21 S.L., según indica el informe del Servicio de Contratación, *“presenta declaración de disponer de un catálogo de medidas de conciliación de la vida laboral y aporta un distintivo en conciliación, correspondiéndole a uno de los apartados requeridos en el pliego”.*

Por ello, atendiendo a una interpretación literal del precepto, hemos de considerar válida la imposibilidad de aplicar el criterio de desempate a los recurrentes.

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
Observaciones		Página	11/13
Url De Verificación	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



**OCTAVO.-** El segundo motivo de impugnación es la “Nulidad del informe de fecha 26 de enero de 2022. Vulneración de lo dispuesto en el art. 326.5 LCSP, en relación con la Disposición adicional segunda LCSP. Ajenidad e independencia.”

Reprochan los recurrentes la existencia en el expediente de un informe, de fecha 26 de enero de 2022, suscrito por la alcaldesa, la cual no sería competente para ello, dado el contenido técnico del mismo.

Recordemos que este informe se emite con motivo del recurso especial en materia de contratación interpuesto por Invesia Construcción y Servicios S.L.U. y que es el único en el que consta la motivación por la que se justifica la no aplicación de los criterios de desempate del PCAP y que se acuda a los de la LCSP, siendo este informe asumido por el órgano de contratación e incorporado al acuerdo de adjudicación.

El documento que contiene el informe es un “oficio” firmado por la alcaldesa y dirigido al TACP de la Diputación por el que se comunica la remisión de la documentación requerida (expediente de contratación, informe y certificado de empresas concurrentes), en el que, además, se “informa”. Este informe, al que hace referencia el punto 2 del oficio como *“Informe que ha de acompañarse al expediente de acuerdo con la LCSP”* se corresponde con el exigido por el artículo 56.2 de la LCSP.

El oficio está firmado por la alcaldesa, y contiene varias partes claramente diferenciadas:

I.- Relación de los documentos que se remiten al TACP: expediente, informe y certificación de empresas concurrentes.

II.- Transcripción literal del informe del Servicio de Contratación ante las alegaciones que presentaron algunas empresas licitadoras.

III.- Otro informe, al que el oficio se refiere del siguiente modo: *“A la vista de las alegaciones presentadas, se procede a realizar el siguiente informe como ampliación del criterio de desempate recogido en el informe del Jefe del Servicio de Contratación”*.

Este último es el informe clave, pues es el que contiene la motivación por la que se acude al criterio de desempate de la LCSP, por no poder aplicar los del PCAP.

En la transcripción de este informe no se indica quién lo firma, apareciendo al final del mismo el nombre de la alcaldesa. Pero resulta que el informe es el que pone fin a este atípico oficio de remisión, de modo que la firma de la alcaldesa que aparece al final del mismo, no es la firma del informe, sino la rúbrica del oficio de remisión.

En el informe que remite el órgano de contratación en relación con el presente recurso, se transcribe el informe emitido por el Jefe del Servicio de Contratación en el que se afirma literalmente que *“la motivación quedó expuesta en el informe emitido por el que suscribe en fecha 26.01.2022”*, es decir, el Jefe del Servicio de Contratación reconoce de modo expreso ser el autor del informe cuya autoría le atribuye el recurrente a la alcaldesa.

Por ello, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: [tribunal.contratación@dipgra.es](mailto:tribunal.contratación@dipgra.es)

<b>Código Seguro De Verificación</b>	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>
<b>Firmado Por</b>	Helena Barajas Alonso	Firmado	12/08/2022 12:09:44
<b>Observaciones</b>		<b>Página</b>	12/13
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/">https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/</a>		



**NOVENO.-** El tercer motivo de impugnación es por “Infracción del tenor literal de las cláusulas contenidas en el PCAP, concepto de “discapacitado”. Arbitrariedad. In claris non fit interpretatio. Inalterabilidad del pliego de cláusulas administrativas”

En este apartado, aunque bajo una denominación distinta, el recurrente reitera argumentos que ya han sido analizados en esta resolución, por lo que no procede volver a incidir en los mismos.

Las alegaciones realizadas en este punto respecto al grado de discapacidad y modalidad de contrato, ya han sido resueltas en el fundamento jurídico séptimo.

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 doña Rosa Salas Jiménez, en nombre y representación de la mercantil Carjuna Construcciones S.L., y don Carlos López Navarrete, en nombre y representación de Grulop 21 S.L., contra el acuerdo de la junta de gobierno local del Ayuntamiento de Almuñécar de 13 de mayo de 2022, de adjudicación del contrato de obras para la ejecución del nuevo mercado municipal de Almuñécar y aparcamiento público, expte.: 73/2021 (GEST 9471/2021).

**SEGUNDO.** Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación, según 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**CUARTO.** Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento. Esta resolución es directamente ejecutiva y contra la misma sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de la notificación de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Contratos del Sector Público y en los artículos 10.1 k) y l) y 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

LA SECRETARIA

Fdo.: Helena Barajas Alonso

C/ Periodista Barrios Talavera,1. 18071-Granada. E-mail: tribunal.contratación@dipgra.es

Código Seguro De Verificación	+BgcdHp3pC0pnfHONoN17A==		
Firmado Por	Helena Barajas Alonso	Estado	Fecha y hora
Observaciones		Firmado	12/08/2022 12:09:44
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/		
		Página	13/13

