

Recurso 95/2012.
Resolución 99/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 25 de octubre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KPMG Auditores S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de fecha de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía” (Expte. SGT047/12) convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía”, siendo entidad adjudicadora la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Asimismo, el 31 julio de 2012, el citado anuncio se

publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 182 y en esa misma fecha en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 149. Asimismo se publicó en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 18 de julio de 2012

El contrato tiene un valor estimado de 3.510.519,94 euros.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO: En el citado procedimiento de adjudicación presentaron ofertas entre otras empresas, la recurrente.

La mesa de contratación designada al efecto se reunió el 12 de septiembre de 2012 con el objeto de proceder a la apertura del sobre nº 1 (documentación acreditativa de los requisitos previos) y acordó que la entidad **KPMG Auditores, S.L.** debía subsanar parte de la documentación exigida por el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), lo que le fue notificado por fax el 13 de septiembre de 2012, indicándole que disponía de un plazo a contar desde el día 13 de septiembre de 2012 hasta las 20:00 horas del lunes día 17 de septiembre de 2012. En concreto, se le indicaba:

“De conformidad con lo previsto en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i) Trabajadores con discapacidad y promoción de la igualdad entre hombres y mujeres:

Los licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o a adoptar medidas alternativas previstas 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 a favor de los trabajadores con discapacidad. A tal efecto, deberán aportar, en todo caso, un certificado de empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas.

Los licitadores que tengan menos de 50 trabajadores en su plantilla, podrán aportar, en su caso, un certificado en el que conste el número de trabajadores con discapacidad que tienen en la misma, a efectos de lo establecido para los supuestos de empate en la cláusula relativa a la clasificación de las ofertas”

En la declaración sobre trabajadores con discapacidad que incorporó la recurrente en el sobre nº 1, indicaba que en 2011 la entidad recurrente tuvo contratados 4 trabajadores con discapacidad, cumpliendo en ese momento con la cuota del 2% establecida en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, y que el 1 de abril de 2012 hubo un incremento de la plantilla en 344 trabajadores, y por tanto:

<< - Que a fecha de hoy, y tras un referido aumento de plantilla, KPMG Auditores, S.L., sensibilizada de la finalidad social de las medidas recogidas en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, se encuentra incurso en un proceso encaminado a integrar las medidas necesarias para cumplir con dicha finalidad social, a cuyos efectos, viene realizando todos los esfuerzos posibles con el fin de solicitar en fechas próximas ante el Servicio Público de Empleo Estatal la autorización para la

adopción de medidas alternativas a la obligación de contratar personas con discapacidad.

- Que KPMG Auditores, S.L., en caso de resultar adjudicatario del contrato a que se refiere esta declaración y en tal momento, si entre el número de discapacitados que prestan sus servicios directamente para dicha sociedad y las medidas alternativas adoptadas, no se alcanza el porcentaje fijado en la normativa citada, manifiesta su disposición para, bien procurar la contratación de aquél o aquellos trabajadores que resulten necesarios al indicado objeto y cuyo perfil resulte compatible con la actividad desarrollada por la sociedad, bien continuar realizando gestiones como las descritas, encaminadas a alcanzar el referido cupo a través de medidas alternativas>>>.

A la luz de dicha declaración se le requirió para que subsanara en los términos indicados.

CUARTO. El 17 de septiembre de 2012, la entidad **KPMG Auditores, S.L.** presentó la documentación requerida en el Registro de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Y en concreto respecto a la exigencia de declaración responsable relativa a las medidas aplicadas de conformidad con lo previsto en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i), aportó la siguiente declaración junto a los documentos anexos, en la que tras indicar el aumento de plantilla de la entidad el 1 de abril de 2012, añade:

<<(.....)

3.- Durante el período comprendido entre el citado 1 de abril de 2012 y la fecha de emisión de esta carta, se ha completado el proceso de dar cumplimiento material a la legislación sobre integración social de personas con discapacidad, en la forma que se detalla a continuación:

- a) En la actualidad forman parte de la plantilla de KPMG Auditores, S.L. tres trabajadores con discapacidad.

b) Para completar la cifra requerida de trabajadores con discapacidad no cubierta a través de la contratación directa (7'38 trabajadores), KPMG Auditores, S.L. ha adoptado las siguientes medidas alternativas:

- i) Contrato con el centro especial de empleo OPTIZE SOCIAL, S.L. con una facturación prevista de 160.000 € (...)
- ii) Otro contrato con el centro especial de empleo OPTIZE SOCIAL, S.L. con una facturación prevista de 90.000 € (...)

Por lo tanto, con las medidas descritas, el número total de trabajadores con discapacidad a computar en la plantilla de KPMG Auditores, S.L., asciende a 14,17 trabajadores, sobre el legalmente exigido.

4.- Se adjunta como documento nº 3 la **solicitud formal** en relación con las medidas alternativas descritas, presentada ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social conforme a lo requerido en la normativa de referencia. Nótese que dicha solicitud lleva anexos a su vez todos los documentos que dan soporte a la misma (incluido el número total de trabajadores de la empresa), y que acreditan lo manifestado en el punto 3 anterior. Como documento nº 4 acompañamos acuse de recibo formal emitido por el Ministerio en relación a dicha solicitud>>.

Así, como documento anexo, la entidad recurrente aporta la solicitud de declaración de excepcionalidad y adopción de medidas alternativas para el cumplimiento de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad presentada ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 14 de septiembre de 2012.

QUINTO. En la sesión de la mesa de contratación de 18 de septiembre de 2012, se acordó excluir de la licitación a la entidad **KPMG Auditores, S.L.**, por *“no haber subsanado lo exigido en la cláusula 9.2.1.1. del PCAP letra i) (trabajadores con discapacidad y promoción de igualdad entre hombres y*

mujeres). En este sentido, la empresa ha declarado que no cumple con la cuota del 2% de trabajadores con discapacidad en función con el número de trabajadores que tiene actualmente. Por tanto, la empresa ha optado por el cumplimiento de medidas alternativas legalmente previstas, debiendo haber aportado la declaración administrativa de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas alternativas tomadas por la empresa.

Si bien aporta ésta última, en relación con la declaración de excepcionalidad, la licitadora sólo aporta copia de la solicitud de dicha declaración presentada el 14 de septiembre de 2012 (posterior, pues, a la finalización del plazo de recepción de ofertas de la presente licitación) en el Registro General del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. De la documentación aportada por la licitadora, queda adverado que la empresa no tiene reconocimiento administrativo de la declaración de excepcionalidad, ni ha transcurrido el plazo suficiente para haberlo obtenido por silencio estimatorio.

Al ser requisitos acumulativos, la Mesa de Contratación acuerda por unanimidad excluirla de la licitación al no cumplir con lo establecido en la citada cláusula 9.2.1.1. letra i)”.

SEXTO. El 25 de septiembre de 2012, la entidad **KPMG Auditores, S.L.**, presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la misma de la licitación.

El citado recurso fue anunciado el 20 de septiembre de 2012 ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

En el mismo solicitó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios en cuestión.

El 2 de octubre de 2012, este Tribunal dictó Resolución M.C. 29/2012, acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, hasta tanto no se resolviera el recurso especial en materia de contratación.

SÉPTIMO. El 28 de septiembre de 2012, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación junto a su informe respecto al recurso y los datos precisos de los licitadores a efectos de comunicaciones con este Tribunal, recibándose ese mismo día la información solicitada.

OCTAVO. El 5 de octubre de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a todos los licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que ninguno de los licitadores las haya presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por tanto, es procedente el recurso especial contra dicho acto, de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión fue notificado al recurrente el 18 de septiembre de 2012, habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 25 de septiembre de 2012, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes referido, constando igualmente el anuncio previo del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada.

La exclusión de la licitación respecto a la recurrente se basó, según el órgano de contratación, en que habiendo optado la entidad recurrente por la adopción de medidas alternativas para cumplir con la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad, aportó una declaración y relación de las concretas medidas adoptadas pero, respecto a la declaración de excepcionalidad

exigida también en el PCAP, sólo aporta la solicitud de la misma presentada ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 14 de septiembre de 2012 en el plazo de subsanación de la documentación que se le concedió.

Por su parte, el recurrente alega que acreditó a fecha 4 septiembre de 2012, esto es, con anterioridad a la citada fecha límite del 7 de septiembre (plazo para presentar las ofertas), que cumplía con la obligación material de cuota de reserva del 2% a favor de trabajadores discapacitados, si bien, nada indica respecto a la obligación de presentar la declaración de excepcionalidad debidamente otorgada por el Servicio Público de Empleo.

Por tanto, la cuestión está en determinar si la declaración y documentación aportada por la entidad recurrente es suficiente o no para cumplir con lo establecido en la cláusula 9.2.1.1 del PCAP que dispone que:

“Los licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o a adoptar medidas alternativas previstas 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 a favor de los trabajadores con discapacidad. A tal efecto, deberán aportar, en todo caso, un certificado de empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de medidas alternativas legalmente previstas, **una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas** (..)”

Esta cláusula es una consecuencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP que dispone que:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas”.

El citado Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, dispone en su artículo 2.3 que” *las empresas señaladas en el apartado 1 deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de medidas alternativas reguladas en este Real Decreto.*

Añadiendo el artículo 3 que *“Las empresas, para optar por alguna de las medidas alternativas recogidas en el artículo 2, **deberán solicitarlo con carácter previo a su aplicación**, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad (.....).*

Los servicios públicos de empleo resolverán sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas aplicadas en una misma resolución

administrativa, a la que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.3”, que dispone que “el plazo para resolver sobre la excepcionalidad solicitada será de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución administrativa expresa, se entenderá que ésta es positiva”.

De ello resulta, que la declaración de excepcionalidad que exige el PCAP va unida a la autorización de las medidas alternativas propuestas, sin que se puedan adoptar éstas antes de que se autoricen, realizándose dicha autorización conjuntamente con la declaración de excepcionalidad. Por tanto, no se puede tener la declaración de excepcionalidad sin la autorización de las medidas alternativas propuestas y a la inversa, no se pueden adoptar medidas alternativas a la obligación de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad, antes de que se haya emitido por los servicios públicos de empleo la declaración de excepcionalidad y aquéllas hayan sido autorizadas.

La entidad **KPMG Auditores, S.L.** aportó en la fase de subsanación de la documentación correspondiente al sobre nº 1, la relativa a las concretas medidas alternativas adoptadas para dar cumplimiento a la obligación de reserva de empleo a favor de discapacitados; teniendo en cuenta que en la declaración que aportó en el citado sobre nº 1 indicaba que en el momento de presentar su oferta “se encuentra incurso en un proceso encaminado a integrar las medidas necesarias para cumplir con dicha finalidad social”. Por tanto la recurrente, con la documentación que aporta, da cumplimiento al requisito exigido por el PCAP de aportar una declaración de las concretas medidas alternativas adoptadas.

Ahora bien, según resulta de la cláusula 9.2.1.1. del PCAP y así se le indicó en el requerimiento de subsanación de la mesa de contratación, debía aportar también la declaración de excepcionalidad hecha por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social autorizando dichas medidas alternativas.

Como hemos indicado, el citado Real Decreto 364/2005 exige que para poder adoptar las medidas alternativas a la obligación de reserva de empleo a favor de los trabajadores discapacitados, previamente se haya resuelto sobre la declaración de excepcionalidad y éstas sean autorizadas, lo que se lleva a cabo en un mismo acto administrativo. Por lo que no se da cumplimiento a la obligación de reserva de empleo para discapacitados que exige el PCAP si, habiendo optado por la adopción de medidas alternativas, como hizo la recurrente, éstas no son autorizadas previamente a su adopción por los servicios públicos de empleo junto a la declaración de excepcionalidad. Por lo que al no tener la declaración de excepcionalidad el recurrente, aportando sólo la solicitud de la misma fechada en el plazo de subsanación (14 de septiembre), no cuenta con la autorización de las medidas alternativas propuestas, incumpliendo por tanto, lo exigido en el PCAP que reproduce lo que exige la normativa de empleo a favor de trabajadores con discapacidad.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta el principio de que los pliegos de condiciones constituyen la ley de contrato y tienen fuerza vinculante para el contratista y para la Administración.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009/4517) en su Fundamento de Derecho cuarto, donde pone de relieve lo siguiente: *“(...) en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. De ahí la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares y del Pliego de prescripciones técnicas”*.

En consecuencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y si, como en el expediente de referencia, fueron libremente aceptados por los licitadores que no

los impugnaron, han de respetarse los requisitos y procedimientos fijados en aquéllos. Doctrina que ha sido acogida por este Tribunal de manera reiterada en resoluciones, entre otras, 12/2012 y 62/2012.

Por consiguiente, procede desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto ya que la entidad recurrente no cumple con uno de los requisitos exigidos en el PCAP, esto es, la exigencia de reserva de empleo a favor de trabajadores discapacitados, puesto que habiendo optado por el cumplimiento de medidas alternativas al amparo del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, no tiene autorizadas dichas medidas por los servicios públicos de empleo ni tampoco la declaración de excepcionalidad necesaria para su adopción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KPMG Auditores, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de fecha de 18 de septiembre de 2012, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Revisión y Auditoría Financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre entidades del sector público empresarial de la Junta de Andalucía” (Expte. SGT047/12), licitado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal en su Resolución 29/2012 , de 2 de octubre de 2012.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá 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 a la recepción de su 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.

LA PRESIDENTA