

**Exp: 004/2019 (A/SER-013800/2018)**

***“SERVICIO GRATUITO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA E INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS DE APOYO Y ASISTENCIA A LA MATERNIDAD”***

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE MADRID**

D. ALEJANDRO MARTINEZ GOMEZ, actuando en nombre y representación de la FUNDACIÓN ACRESCERE, representación que acredito mediante copia del poder otorgado a tal efecto y que se acompaña como **documento núm. 1**, ante ese Tribunal comparece y como mejor procede en Derecho, MANIFIESTA

Que con fecha 12 de diciembre pasado, se publicó en el portal de la contratación pública perfil del contratante, el Acta 2ª mesa de la reunión de la Mesa de Contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia **documento núm. 2** sobre el expediente de contratación más arriba referido, reunión celebrada el 10 de diciembre anterior, y en la que acordó excluir a la FUNDACIÓN ACRESCERE por no presentar la documentación de subsanación dentro del plazo que finalizaba el 7 de diciembre de 2018.

Dicha decisión nos fue notificada de manera individualizada mediante notificación electrónica con fecha 13 de diciembre de 2018. No estando conformes con dicha exclusión y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), en tiempo y forma por el presente escrito procedemos a **INTERPONER RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** en base a los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Con fecha 16 de noviembre de los corrientes, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se publicó anuncio de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, el Pliego

relativo al expediente referido cuyo objeto era el “Servicio gratuito de atención telefónica e información sobre recursos de apoyo y asistencia a la maternidad” con un valor estimado de contrato que ascendía a 247.500,18 €. Dicho expediente contenía un Pliego de Prescripciones Técnicas y un Pliego de Cláusulas Administrativas, constando todos estos documentos incluidos en el Expediente administrativo meritado, al que expresamente esta parte se remite a efectos probatorios y que se encuentra en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid bajo el expediente arriba referido. De cualquier manera y para facilitar la labor del Ilustre Tribunal, acompañamos como **documento núm. 3** tanto el Pliego de Prescripciones Técnicas como el de Cláusulas Administrativas.

**SEGUNDO.-** Antes del término del plazo de presentación de ofertas, el día 3 de diciembre, presentamos nuestra oferta.

**TERCERO.-** El día siguiente 4 de diciembre a las 14:32 h, se publicó en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid en tablón de anuncios, resolución de la Mesa de Contratación en la que se nos comunicaba que:

*“Deberá presentar el ANEXO VI del PCAP modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad firmada electrónicamente por el representante legal”.*

Así mismo, señala que el plazo máximo concedido es de 3 días naturales, que terminan el 7 de diciembre de 2018 y que de no cumplimentar adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado será excluido de la licitación.

**CUARTO.-** El 10 de diciembre a las 08:55h, y por tanto antes de la reunión de la mesa en la que se abrían los sobres 2 con las ofertas técnicas de las entidades admitidas, que estaba convocada para ese día a las 10:30h, presentamos escrito en el que, entre otros argumentos, indicábamos

*“El compromiso que prevé el Anexo VI se refiere a lo prescrito en el artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), que exige solo a las “empresas públicas y privadas” cuotas con reserva de puesto de trabajo para personas con discapacidad: obligación que no afecta a las fundaciones sin ánimo de lucro como es nuestro caso. Esta interpretación está así recogida en el Criterio técnico 98 /2016 de la Inspección Superior de Trabajo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”*

Y añadíamos:

*“En base a todo lo anterior SOLICITAMOS a la Mesa que no se nos excluya de la licitación considerando que....el compromiso que se nos exige no es de aplicación a las Fundaciones, solo es para las empresas privadas o públicas”*

**QUINTO.-** Pues bien, no obstante nuestros argumentos, la Mesa decidió, en relación a esta exigencia de presentar el mencionado ANEXO VI, que:

*“La mesa considera asimismo, que las Fundaciones no están exentas de la presentación de la declaración responsable conforme al modelo fijado en el anexo VI”.*

Esa consideración de la mesa no tenía más motivación ni entraba a considerar, las razones formales, basadas en nuestra lectura e interpretación del Real Decreto Legislativo 1 /2013; ni la interpretación que a ese precepto dio el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo, mencionado en nuestro escrito.

**SEXTO.-** Entendemos que la Mesa no ha realizado una correcta interpretación de la referida exigencia, que reiteramos no debe entenderse aplicable a las Fundaciones, y por tanto no nos era exigible su presentación y por tanto no se nos debió solicitar la subsanación ni por ende, excluirnos de la licitación por su no presentación. Las razones por las que entendemos que esa exigencia solo se refiere a empresas, y no a Fundaciones, se basan en:

- a. El tener literal del Anexo VI, del pliego, como se puede leer del contenido del propio anexo, menciona reiteradamente, que es aplicable la exigencia a empresas; véase la redacción del texto:

*“Que, de resultar adjudicatario del contrato **SERVICIO GRATUITO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA E INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS DE APOYO Y ASISTENCIA A LA MATERNIDAD** y durante la vigencia del mismo, asume la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la **empresa**, si ésta alcanza un número de 50 ó más trabajadores, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril....*  
*Igualmente, si se trata de una **empresa** de más de 250 trabajadores, asume la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello”*

- b. Como señalábamos en nuestro escrito a la mesa, el artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), tiene el siguiente tenor literal:

***Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. 1. 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***

Nos parece que la redacción del artículo, no deja lugar a dudas, dado que no es que señale el termino empresa, como un concepto genérico, sino que se detiene a concretar qué tipo de empresas, y señala de forma explícita que serán las “empresas públicas y privadas”, y no otro tipo de entidades, a las que la norma podía haber hecho referencia. En efecto, al igual que se detiene para detallar que tipo de empresas e incluir a las empresas públicas, podría también incluido a entidades con otras naturalezas jurídicas como, los entes de naturaleza no mercantil pertenecientes al sector público, o a las entidades sin ánimo de lucro, como las Asociaciones y las Fundaciones. Por ello, queda clara la voluntad del legislador de que la mencionada obligación se refiera exclusivamente a entes con naturaleza mercantil, privadas o públicas; y por tanto no aplicaría a Fundaciones como la nuestra.

- c. Por último, si cabía alguna duda sobre la interpretación de qué tipo de entidades se refiere la norma o que se debe entender por el termino empresa, el Ministerio de empleo y seguridad social. Dirección General de la Inspección de trabajo y seguridad social, mediante su Criterio técnico 98/2016; de 24 de junio de 2016, apartado 2. consideración de empresa obligada a cumplir, y en concreto en su apartado 2.1, señala claramente que:

***“están afectadas por la obligación todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica...”***

Esto es, empresas privadas de las diferentes formas que la legislación mercantil y de comercio prevé, como: sociedades limitadas, anónimas, etc.

Así mismo añade que “*Igualmente se incluyen a las empresas públicas*”.

Posteriormente, el apartado 2.1, se extiende en aclaraciones respecto a que también hay considerar incluidas a los entes públicos empresariales, e incluso que legislación es la que aplica para las administraciones públicas.

Por tanto, nada se refiere, pudiendo haberlo hecho, esta instrucción del Ministerio de Empleo, a que se considere que esta obligación alcanza a las entidades del tercer sector, sin ánimo de lucro, como las asociaciones o las fundaciones.

**SÉPTIMO.-** Según se establece en la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas, en caso de empate, este se resolverá mediante la aplicación de criterios sociales, entre los que se encuentra “Las proposiciones presentadas por empresas, que sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la cláusula 34 del presente pliego “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100. A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social”. Por tanto, los mismos pliegos prevén que haya licitadores que no estén obligados a tener en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, que es el caso de mi representada al no tener forma mercantil.

**OCTAVO.-** La cláusula 34 del pliego de cláusulas administrativas establece la obligación para el contratista de tener trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el RD. 364/2005, de 8 de abril, y que a la asunción de dicha obligación se realizará mediante la declaración responsable que se cita en la cláusula 12 “Forma y contenido de las proposiciones” del pliego.

Aun suponiendo que fuera exigible a una Fundación la presentación de dicha declaración, (cuestión con la que no estamos de acuerdo según se ha expuesto anteriormente) debe tenerse en consideración que la presentación de la propuesta

por mi representada implica la aceptación expresa de todo el contenido de los pliegos, incluida la obligación establecida en la cláusula 34.

Parece, por tanto, desproporcionado excluir a mi representada de licitación por la presentación fuera de plazo de una declaración que solamente ratifica algo que la misma debe cumplir en todo caso al presentarse a la licitación y aceptar por tanto el contenido de los pliegos y de las obligaciones en ellos establecidas.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A. ÓRGANO COMPETENTE**

Resulta competente el Ilustre Tribunal al que me dirijo conforme determina el artículo 45 LCSP al considerarse AECID como un poder adjudicador del sector público estatal como en el propio pliego se determina.

### **B. OBJETO DEL RECURSO**

Conforme al artículo 44 LCSP procede interponer recurso especial en materia de contratación contra todos los actos y decisiones referidos a contratos de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, siempre que el objeto del recurso sean actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que de manera directa o indirecta, decidan sobre tal adjudicación, determinando la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En este caso, el recurso se interpone contra el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye a esta parte del proceso de licitación, con lo que se acredita la existencia de causa para recurrir.

### **C. LEGITIMACION**

Procede interponer el presente recurso en representación de la Fundación Acrescere cuyo derecho e interés legítimo ha sido perjudicado de manera directa por la decisión de la Mesa de Contratación por cuanto ha sido excluida del proceso de licitación, y ello conforme determina el artículo 48 LCSP.

#### **D. PLAZO INTERPOSICION**

El recurso se interpone en forma y plazo dentro de los quince (15) días hábiles que determina el artículo 50 LCSP por cuanto esta parte tuvo conocimiento individualizado de su exclusión mediante Notificación electrónica realizada el 13 de diciembre, amén de haberla también conocido al publicarse dicha Acta en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 12 de diciembre de 2018.

#### **E. MOTIVOS DEL RECURSO**

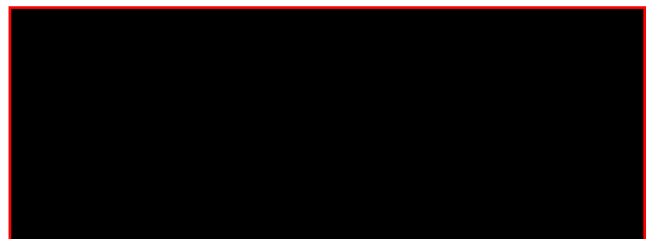
Los motivos del recurso se derivan de entender que se nos ha excluido del concurso por no haber presentado un documento que no nos era exigible.

Esta exclusión no solo perjudica los intereses de mi representada, sino que entendemos es contraria a los principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones y eficiente utilización de fondos públicos en la adquisición de servicios al impedir que se pueda adjudicar el contrato a una oferta que pudiera ser la que mejor refleja la calidad precio y que entendemos cumple los requisitos para ser admitida.

En virtud de lo expuesto,

**SOLICITO DE ESE TRIBUNAL**, que tenga por presentado este escrito de recurso en tiempo y forma, y conforme a lo manifestado en el cuerpo del mismo tener por INTERPUESTO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra la Resolución de fecha 11 de diciembre de 2018 dictada por la Mesa de Contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia que acordaba la exclusión de mi representada del proceso de licitación en Acta de dicha fecha, acordando declarar nula tal Resolución y dictando otra en la que se acuerde considerar como admitida la Proposición la Fundación Acrescere. para que sea remitida, junto con las otras Propuestas admitidas, a la Unidad Gestora para la elaboración del correspondiente informe de valoración.

En Madrid a 27 de diciembre de 2018.



**OTROSÍ DIGO:** Conforme se determina el artículo 49 LCSP, mediante el presente Otrosí solicitamos como medida cautelar la suspensión del procedimiento de licitación.

En cuanto al perjuicio por el retraso en dictarse la resolución de nulidad (o periculum in mora), siendo tan evidente la causa de nulidad, provocaría que la entidad adjudicada iniciara los trabajos preparatorios de manera inmediata con los correspondientes perjuicios si luego, se declarara la nulidad y fuera otra la entidad adjudicada. Mi representada, como licitador excluido, corre el riesgo de perder un contrato público cuando la oferta presentada cumple con todas los requisitos exigidos en los pliegos, con el consiguiente perjuicio dado que los profesionales que iban a ejecutar los servicios, pueden quedar sin trabajo de manera inmerecida y por la simple decisión arbitraria de la Mesa de contratación como hemos acreditado.

**SOLICITO DE ESE TRIBUNAL,** que acuerde conforme a lo pedido en el presente Otrosí, y en consecuencia, estime la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso. Por pedirlo en el mismo lugar y fecha antes citados.

