

La aplicación de criterios de desempate no previstos en los pliegos de licitación entre ofertas con idéntica puntuación

Comentario a la Resolución de 5 de noviembre de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Jaime Pintos Santiago

*Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor doctor de Derecho Administrativo.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA*

jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

Roberto Carrodeguas Méndez

*Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional
Especialista en contratos públicos*

robertocarrodeguas10@hotmail.com

Introducción

Resolución núm. 1532/2021, de 5 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Sección 1.^a, Comunidad Valencia, 309/2021, rec. núm. 1357/2021.

Recurso contra adjudicación en contrato de servicios. Analizamos el criterio defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre la interpretación de cómo efectuar el cómputo temporal de porcentajes a los que se refiere el artículo 147.2 de la LCSP para resolver la adjudicación de un contrato público entre dos o más licitadores con idéntica puntuación. Respecto de los criterios de desempate de las ofertas, el artículo 147.1 de la LCSP exige vinculación al objeto del contrato, cosa que no es exigible como cláusula de cierre *ex lege* al artículo 147.2. Esto supone que la novedad impositiva *ex lege* de una serie de criterios de desempate sin vinculación alguna al objeto del contrato puede conllevar el resultado contrario al precisamente deseado, consiguiendo que la discriminación positiva se convierta en discriminación negativa en determinados casos. Por lo que habrá que estar en la práctica atentos a esta cuestión.

La resolución

Recurso especial 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 en el marco de la licitación promovida por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio de «Campaña publicidad mercado internacional (Francia)».

La Resolución núm. 1532/2021, de 5 de noviembre, decidió:

- 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.

Argumentación del tribunal

El recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato centra su atención, de un lado, en el error de los cálculos efectuados por la Administración para resolver el empate y, por otra parte, en la confusión del número de trabajadores discapacitados por media anual con el porcentaje sobre el total de la plantilla.

Para la resolución del recurso, el Tribunal, en primer lugar, cita su doctrina sobre el artículo 147 de la LCSP, precepto cuyo apartado 2.º dispone lo siguiente:

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.

En esencia, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales apoya la resolución del recurso especial en los siguientes argumentos:

1. El cómputo temporal de los porcentajes a que se refiere el artículo 147.2 de la LCSP debe ser de 12 meses anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas

La expresión «referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas», que utiliza el artículo 147.2 de la LCSP, pretende 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*; por el contrario, no se pretende que solo se tenga en cuenta la plantilla existente en ese preciso día.

Esta interpretación, a juicio del Tribunal, no solo es la más justa, sino también encuentra su fundamento en una situación análoga, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, al interpretar cómo se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores. En este sentido, dispone el 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 (Doctrina del Tribunal Administrativo Central que se encuentra recogida en sus resoluciones núm. 192/2020, de 20 de febrero, y núm. 286/2020, de 27 de febrero).

2. El artículo 147.2 de la LCSP excluye en sus cálculos los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, dado que no forman parte de la plantilla de la empresa cesionaria licitadora

El precepto objeto de análisis exige comparar porcentajes (calculados temporalmente en los términos explicados con anterioridad) de «trabajadores... en plantilla». No basta con ser trabajador. Debe tratarse de trabajador de la plantilla del licitador y no de otras plantillas.

Es decir, 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.

Sobre la referida base argumental, y a partir de la doctrina referida, el Tribunal Central no puede sino decidir desestimar el recurso, al entender que la empresa recurrente, de acuerdo con lo anterior, no ha contratado a ningún trabajador discapacitado durante el periodo computable.

Consecuencias para la práctica

Conforme al artículo 147.1 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden prever criterios de adjudicación específicos vinculados al objeto del contrato 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. Asimismo, la introducción en los pliegos de esas reglas de desempate tendrá carácter potestativo para el órgano de contratación y se referirán a aspectos sociales de las empresas licitadoras.

Lo cierto es que bajo la vigencia del TRLCSP del año 2011 no se establecía, a nivel normativo, un criterio de desempate subsidiario ante la imposibilidad de dirimir los supuestos de empate en la puntuación obtenida por las ofertas aplicando las previsiones de los pliegos, bien porque estos no establecían el criterio o criterios para determinar sobre qué oferta de las empleadas debía recaer la adjudicación, bien porque el empate persistía una vez aplicados los previstos en los pliegos; manteniendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, Resolución núm. 002/2014) que la concurrencia de esta eventualidad obligaba a utilizar como criterio para dirimir el empate el relativo a la ponderación de los criterios de valoración (art. 150.4 del TRLCSP), siendo normalmente el criterio de mayor relevancia el de la «oferta económica».

De igual modo, la doctrina legal y jurisprudencial vino admitiendo la posibilidad de recurrir al sistema de sorteo para resolver el empate cuando nos encontrábamos ante ofertas económicas idénticas, aplicando analógicamente el artículo 87 del RGLCAP previsto para las subastas (criterio defendido por la JCCA de Madrid en el Informe 3/2011, de 29 de septiembre, por la JCCA de la Generalitat de Catalunya en el Informe 7/2014, de 11 de abril, y por el propio Tribunal Administrativo Central, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en la Resolución núm. 781/2016, de 30 de septiembre).

No obstante, cabe subrayar que el sorteo únicamente podía utilizarse cuando el criterio para valorar fuese exclusivamente económico, dado que la adopción de cualquier criterio de desempate no previsto previamente en los documentos del contrato podía suponer

incurrir en arbitrariedad (en este sentido, puede verse el Informe de la JCCA del Estado 14/13, de 25 de julio de 2014, que a su vez alude a la SAN 978/2013, de 7 de marzo, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución del TACRC núm. 159/2011, de 8 de junio, que había admitido el sorteo para dirimir un empate de puntuación por entender la Audiencia Nacional que concurre arbitrariedad en la actuación de la Administración).

En la actualidad, como ya se ha comentado, en defecto de criterios de desempate previstos en los pliegos por el órgano de contratación, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación se resolverá *ex lege* mediante la aplicación por orden de los criterios sociales previstos en el artículo 147.2 de la LCSP, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. Entendemos que, a diferencia de los criterios de preferencia previstos en los pliegos por el órgano de contratación, no será necesaria la vinculación de estas reglas fijas y predeterminadas con el objeto del contrato. Y ello, porque lo que se pretende, en última instancia, será evitar que la licitación quede desierta cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego (art. 150.3 de la LCSP). Es decir:

1. Se podrán establecer en los PCAP criterios de desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Los criterios de desempate están regulados específicamente en el artículo 147.1 de la LCSP y se exige que estén vinculados al objeto del contrato.
2. Si no se recogen los criterios de desempate en los PCAP, el empate entre varias ofertas se resolverá mediante la aplicación por orden de los criterios sociales enunciados expresamente en el artículo 147.2 de la LCSP, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. Llama la atención que en este caso nada se diga sobre su vinculación al objeto del contrato, y lo cierto es que sobre esta cuestión nada regulan las directivas europeas, por lo que es obvio que debemos sobrentender que no es precisa dicha vinculación al objeto del contrato, sino que estos criterios se aplican por mandato *ex lege*.

Si bien en este punto debemos hacer una precisión del desconcierto que la propia norma puede traer por la aplicación incondicional de estos criterios. Esto es, el artículo 147.1 exige vinculación al objeto del contrato, cosa que no es exigible como cláusula de cierre *ex lege* al artículo 147.2 de la LCSP. Esto no nos parece, en todo caso, una decisión del legislativo totalmente acertada para la práctica. La novedad impositiva *ex lege* de una serie de criterios de desempate sin vinculación alguna al objeto del contrato puede conllevar el resultado contrario al precisamente deseado, consiguiendo que la discriminación positiva se convierta en discriminación negativa. Es fácil entender lo que decimos, a saber, aquel supuesto donde se valora el mayor porcentaje femenino en un contrato en cuyo sector de actividad la brecha de género es precisamente inversa y lo que interesa no es tener un mayor número de mujeres, sino de hombres (pensemos por ejemplo en

contratos de limpieza, lavandería, etc.). Por ello, esta aplicación *ex lege* del artículo 147.2 de la LCSP no nos parece la mejor y más adecuada de las fórmulas, pudiendo precisamente este punto c) «Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas» haber sido omitido con carácter supletorio *ex lege*.

3. Ahora la documentación acreditativa de los criterios de desempate será aportada por las licitadoras en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.

Más allá de estas consideraciones, advertimos que lo que en ningún caso resultará admisible para resolver una adjudicación será aplicar criterios de desempate que no hayan sido puestos previamente en conocimiento de los licitadores. Y es que es doctrina consolidada de la jurisprudencia comunitaria (entre otras, la STCE de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06, Consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros) que el principio de igualdad de trato conlleva la exigencia de que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tendrá en cuenta para seleccionar la oferta más ventajosa.

Como corolario de esta exposición, podemos afirmar que serán, en primer lugar, los pliegos los que establezcan los criterios específicos de desempate vinculados con el objeto del contrato en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Como hemos visto, en defecto de previsión específica, resultarán aplicables automáticamente los criterios sociales de desempate previstos en el artículo 147.2 de la LCSP, por el orden establecido, de forma escalonada y sucesiva, teniendo carácter excluyente y eliminatorio entre sí (Informe de la JCCA del Estado en el expediente 48/19). En todo caso, la literalidad de la norma deberá ser interpretada por los operadores jurídicos a la luz de la doctrina recogida en la Resolución núm. 1532/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aquí comentada.