

El desempate entre licitadores.

Por [Santiago González-Varas Ibáñez](#) -24 de junio de 2022

En el artículo 147 de la LCSP se regulan los criterios de desempate: 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. Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a (...). 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 (...).

Es primero interesante la resolución 192/2020 del TACRC (y la resolución 286/2020): el TACRC resuelve un recurso interpuesto por un licitador en un contrato de servicios de campaña de comunicación en el extranjero; tras producirse un empate de puntuación, la mesa de contratación, al aplicar el artículo 147.2 LCSP -al que se remite el PCAP-, dirime el desempate a favor de una licitadora que *contrató a una persona discapacitada a tiempo parcial el último día de plazo para la presentación de proposiciones*, pasando a tener una plantilla de 6 personas, una de ellas, la recién contratada, discapacitada, y en consecuencia un porcentaje del 16,67 % que dirime el desempate a su favor. Entiende la recurrente que concurrió un fraude de ley en dicho proceder, por lo que el órgano de contratación debió hallar, a efectos de la aplicación de los criterios de desempate, el promedio del número de trabajadores con discapacidad en plantilla en los últimos doce meses. El Tribunal acoge el motivo: *“.../...M. T. S.L. declara tener contratada a una persona con discapacidad, a tiempo parcial, desde el día 14 de octubre de 2019 (día en que finalizaba el plazo de presentación de ofertas); Irismedia cuenta con un trabajador discapacitado, contratado a tiempo completo desde el día 19 de abril de 2018. Independientemente de la posibilidad de que la empresa adjudicataria haya cometido fraude de ley, contratando a la trabajadora discapacitada precisamente el día en que finalizaba el plazo de presentación de ofertas (parece que con la finalidad principal de resultar adjudicataria del presente contrato en caso de producirse un previsible empate), la resolución del recurso pasa por interpretar la expresión «referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas» que utiliza el artículo 147.2 de la LCSP. Si la ley pretende que sólo se tenga en cuenta la plantilla existente en ese preciso día o si, por el contrario, ha pretendido únicamente establecer un momento de referencia para la valoración de un periodo, es decir, está designando el día final de un plazo, el «dies ad quem»”.* Pues bien, este Tribunal se decanta por la segunda interpretación. La razón que da el TACRC para acoger tal interpretación es *“no sólo por ser más justa, sino porque así lo ha hecho también, en una situación análoga, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, al interpretar como se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores. Dice este precepto que: «A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: a) El periodo de referencia para dicho*

cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa». Concluye, por tanto, que procede estimar el recurso y calcular de nuevo el porcentaje como un promedio de los últimos 12 meses: *“Por tanto, debe estimarse parcialmente el recurso, anular la resolución de adjudicación, y retrotraer el procedimiento de contratación para que se resuelva el empate existente teniendo en cuenta el porcentaje de trabajadores con discapacidad de cada empresa referido al periodo de los últimos 12 meses, anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas”* (para ampliar estos comentarios puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Tratado de Derecho administrativo, tomo 3, comentarios a la LCSP, Madrid Civitas editorial, 2022, 4ª edición; y J. M. AGÜERAS ANGULO, *“Problemática en la aplicación de los criterios de desempate de ofertas en las licitaciones del sector público. Breve comentario a la Resolución 192/2020 del TACRC”*, blog <http://pedrocorvinosabogado.es>, mayo 2020). En fin, tanto si se establecen criterios de desempate en el PCAP, como si se aplica supletoriamente el artículo 147.2 LCSP, el porcentaje de trabajadores de determinada condición que permita dirimir un empate, debe contar con un *“dies a quo”* y un *“dies ad quem”*; el objetivo del legislador no parece otro que, en caso de tener que decidir entre varias ofertas igualmente ventajosas, primar a aquellas empresas más comprometidas con el colectivo laboral de que se trate (J. M. AGÜERAS ANGULO, *“Problemática....”*).

Según el IJCCPE 48/2019, de 16 de marzo de 2020 los criterios establecidos en el artículo 147.2 LCSP deben aplicarse por orden, de forma escalonada y sucesiva y, por tanto, tienen carácter excluyente y eliminatorio. Cuando tras la aplicación del criterio de desempate establecido en el artículo 147.2a persista el empate entre alguno de los licitadores, habrá que acudir al establecido en la letra b del mismo apartado, pero sólo respecto de quienes empataron en ese primer criterio. Si después de ello aun permaneciese el empate entre alguno de los licitadores se acudiría al criterio de la letra c), pero sólo respecto de quienes empataron en el segundo criterio y, finalmente, de mantenerse dicho empate tras la aplicación escalonada de los tres criterios anteriores, al sorteo, pero sólo respecto de quienes empataron en los tres criterios.

Según la resolución 1532/2021 el TACRC los trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal y cedidos en virtud de un contrato de puesta a disposición permitido por el art. 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 art. 147.2 de la LCSP.

Volviendo al precepto, puede destacarse cómo el legislador aprovecha para dar relevancia a los aspectos sociales, eso sí, vincularlos al objeto del contrato. Tal como establece el precepto, también es posible en último término el «sorteo».

En este sentido, puede citarse la resolución 159/2011 del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales admitiendo la posibilidad de usar el sistema de sorteo en caso de empate entre licitadores. En este contexto, la RTACRC 1023/2016, de 9 de diciembre de 2016, matiza que la utilización como método de desempate del porcentaje de personas con discapacidad en la plantilla debe computarse sobre el número efectivo de personas con discapacidad aplicando las previsiones, aunque no se alcance el 2% y con independencia de las empresas dispongan de las medidas alternativas que permite ese el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Lo cierto es que, siempre que sea posible, el sistema de sorteo es el más objetivo. Por tanto, salvo que se acusen diferencias notables, debería incluso a mi juicio generalizarse más esta

opción, al ser clara y transparente. Que es lo que los antiguos griegos, aplicado a la política, denominaban demarquía o lotocracia.