

# Aplicación de los criterios de desempate de las ofertas en las licitaciones públicas

05/17/2021

Milagros Arcocha Gimenez

Con fecha 21 de enero de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, tuvo que resolver un recurso contra la adjudicación de un contrato de servicios culturales. El recurso especial en materia de contratación se centraba en la aplicación del apartado 2b) del artículo 147 de la LCSP.

El caso concreto se circunscribe a un contrato de “Servicio de lecturas dramatizadas y otras formas culturales”. A dicha licitación se presentaron solo dos empresas. Las puntuaciones obtenidas llevan a un empate entre ambas. Dichas empresas presentan una plantilla en un caso de cero trabajadores y en el otro caso de dos trabajadores uno fijo y otro temporal.

En aplicación de los distintos criterios de desempate que establece el artículo 147. 2, se alcanza el apartado b) que establece como tal “el menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas”.

El órgano de contratación considera que la empresa A al no tener trabajadores no tiene contratos laborales temporales, mientras que la empresa B al tener dos trabajadores de los cuales uno es temporal, si cuenta con trabajador en esta situación, por lo que en aplicación del art. 147.2 b) considera que la empresa A desempata y es propuesta como adjudicataria al tener el menor porcentaje de trabajadores temporales, cero de cero.

El TACPCM en su resolución considera que no se puede atender única y exclusivamente a la literalidad de la norma, sin considerar los objetivos que esta pretende. Es claro y diáfano que la LCSP ha querido establecer unos criterios de desempate basados en condiciones sociales y laborales de las empresas, potenciando a aquellas que los mejoran, no solo entendido como un bien particular de las relaciones con sus empleados sino también como la consecución de un bien general de potenciación de estas mejoras sociales en el tejido empresarial y en consecuencia en la sociedad.

En este caso concreto el reconocimiento a las condiciones sociales y laborales son más evidentes en aquellas empresas que tienen empleados propios que en aquellas que no generan ningún puesto de trabajo, razón por la cual el Tribunal considera que la interpretación del apartado 2.b) del art. 147 debe efectuarse no de forma literal, sino más bien a sensu contrario, esto es desempatar aquella empresa que presente mayor porcentaje de trabajadores indefinidos. Esta interpretación se considera acorde con el espíritu de la norma que no es otro que la promoción de medidas sociales en el ámbito laboral.

En un ejercicio de sinceridad, en la resolución de este recurso se planteó recurrir al sorteo como forma de desempate, lo que nos llevó a estudiar el artículo 147 de la LCSP en profundidad y sobre todo a observar la evolución de la normativa sobre los criterios de desempate.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ya desde el inicio de su andadura sostuvo que en los contratos administrativos es posible la aplicación de las normas de

interpretación del Código Civil y en particular de los artículos 1.281 y siguientes, de donde resulta que hay que estar la intención de los contratantes, que las cláusulas han de interpretarse las unas con las otras, y que cuando haya diversas acepciones se estará a la que resulte más acorde a la naturaleza y al objeto del contrato. (Resoluciones 303/2012, 25/2013 y 30/2013 entre otras, de acuerdo con una jurisprudencia constante, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1982 entre otras).

En el concreto aspecto que nos ocupa la normativa anterior a la actual LCSP de 2017, no regulaba como proceder ante un empate de puntuaciones entre dos ofertas. Solo en la Disposición Adicional 4ª el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 establecía un criterio, habilitando a los órganos de contratación a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como criterio de desempate entre ofertas la preferencia por aquellas empresas que cuenten con un porcentaje de trabajadores discapacitados superior al 2% que marca la ley para empresas de más de 50 trabajadores.

En aquel momento legislativo los criterios Los criterios de desempate debían figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de no ser así se producía un vacío legal.

En la práctica y en ausencia de determinación en el PCAP se recurrió al concepto de oferta más ventajosa y para ello se utilizó como criterio de desempate la prelación de criterios de adjudicación, establecida en el art. 150.4 segundo párrafo.

En definitiva, sea por la enumeración decreciente de los criterios por razón de su importancia o de su ponderación, en la práctica siempre la oferta económica venía a desempatar las valoraciones de las ofertas. (Resolución del TACRC 781/2016, de 30 de septiembre y 2/2014, de 10 de enero).

El sorteo como medio de desempate se reducía a aquellos casos en que las ofertas económicas eran idénticas. Apuntar que el sorteo es el más injusto de los sistemas, pues la suerte raras veces coincide con la realidad. No obstante en numerosas ocasiones y ante la falta de previsión en el PCAP ha sido designado como método por la mesa de contratación siendo esta práctica admitida por el TACRC entre otras en sus Resoluciones, 24/2014, de 17 de enero y 91/2015, de 17 de junio.

La Directiva 2014/24/UE y su transposición al derecho nacional mediante la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 vino a establecer por primera vez en nuestra legislación una autentica regulación de los criterios que han de servir para desempatar ofertas.

Ahora bien, la claridad expositiva del precepto no solo puede dar lugar a interpretaciones cuasi absurdas como la tratada en la resolución que genera esta entrada sino que ha producido una inadecuada aplicación de sus preceptos.

Es especialmente clarificador el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 48/2019 que en contestación a un Ayuntamiento ratifica que la aplicación de las distintas fórmulas para desempatar ofertas debe ser aplicada de forma sucesiva y excluyente. Es decir si por ejemplo empatan tres ofertas y en aplicación del primero de los criterios, dos siguen empatadas, deberá aplicarse el segundo criterio con esas dos y así de forma sucesiva hasta la culminación de todas las opciones.

Se ha venido observando que las mesas de contratación tras la aplicación del primer criterio, de no conseguirse el desempate acuden directamente al sorteo o bien pasan al segundo criterio incluyendo a la empresa que ya hubiera dejado de estar empatada con la aplicación del primero.

Un segundo problema que se plantea a la hora de aplicar los criterios de desempate es la forma de acreditar el cumplimiento de los distintos objetivos que marca el art. 147.2. En estos casos el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha adoptado un criterio válido y seguido por el resto de Tribunales, considerando suficiente una declaración responsable para proceder a la clasificación de las ofertas. Ahora bien esto no impide, más bien al contrario, que como todas las acreditaciones que se efectúan por declaración responsable sean posteriormente acreditadas mediante documentación suficiente y fehaciente, incluyéndose como un documento más de los requeridos para alcanzar la adjudicación según determina el art. 150.2 de la LCSP. (Resolución 537/2020 de 17 de abril).

Por último nos surge la duda en relación tanto con el número de trabajadores discapacitados como de mujeres empleadas, de la antigüedad que deben tener sus contratos para ser valorados de cara al desempate. Efectivamente, una empresa puede contratar un trabajador especialmente protegido para blindar su oferta de cara a un posible desempate. Nuevamente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha establecido en sus Resoluciones 192/2020, de 20 de febrero y 254/2020 de 17 de septiembre y Resolución del TACP de Madrid 254/2020, de 17 de septiembre que el plazo de antigüedad mínima de estos trabajadores deber ser de los doce meses inmediatamente anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. Todo ello por la aplicación analógica de la Disposición Adicional Primera del R.D. 364/2005, al interpretar como se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores, donde se establece que ese requisito.

En conclusión, si bien el empate de ofertas es un hecho que no suele producirse, la utilización de criterios valorables automáticamente está haciendo crecer esta posibilidad. El tratamiento que el artículo 147 de la LCSP ha hecho sobre el tema deja claro cuál es el proceso a seguir y la doctrina de Tribunales de Contratación y Juntas Consultivas ha interpretado correctamente las controversias o exigencias que puedan producirse en su aplicación.