

## **Informe 7/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Cuestiones derivadas de los criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas.**

### **I. ANTECEDENTES**

La Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia se dirige con fecha 24 de enero de 2012, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

*«El artículo 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, relativo a Criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas, dispone:*

*“Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación se produjera un empate en la puntuación entre dos o mas licitadores y no se hayan previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados el empate persistiera, este se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que éste no sea superior al 10 por 100, y persistiendo el empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.*

*A tal efecto, la Mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días naturales para su aportación”.*

*Respecto del primero de los criterios de desempate, se plantean dudas en su aplicación práctica por cuanto algunas empresas al ser requeridas para aportar la documentación pertinente, justifican la aplicación de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad, que establece el artículo 38 de la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, reguladas actualmente en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.*

*Asimismo, sobre el tercer criterio relativo a la acreditación de buenas prácticas, sería conveniente contar con unas pautas concretas para su aplicación.*

*Por todo lo anterior, y en virtud de los artículos 3.2 y 6 a) del Decreto 81/2006, de 4 de abril del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, solicito de esa Junta informe sobre los siguientes criterios:*

- *si a efectos de aplicación del artículo 12 de la ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, es admisible que para la aplicación del criterio relativo a un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, se tenga en cuenta la aplicación de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad o si por el contrario, hay que atenerse a los términos literales del artículo 12 citado para resolver el desempate.*
- *Qué pautas concretas deben seguirse para la aplicación del criterio relativo a la realización de buenas prácticas en materia de igualdad».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 7 de marzo de 2012, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

## **II. La regulación de los criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas en la Comunidad Autónoma de Aragón.**

Esta Junta Consultiva ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la regulación del empate entre proposiciones más ventajosas en la normativa aplicable a los contratos públicos, y sobre la entonces vigente regulación específica de la cuestión para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 7/2010, de 23 de junio. En dicho informe se señalaba, entre otras consideraciones, que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), no regulaba un criterio de desempate de aplicación subsidiaria en los casos en que no se ha previsto dicha eventualidad en los pliegos, o en los que aun habiéndose previsto persiste el empate.

Con posterioridad a la emisión de este Informe 7/2010, se produjo la aprobación por las Cortes de Aragón de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011), optando la misma por integrar la laguna de la LCSP, en los términos recogidos en su artículo 12, cuyo tenor literal es el siguiente:

*«Artículo 12. Criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas.*

*Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación se produjera un empate en la puntuación entre dos o mas licitadores y no se hayan previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados el empate persistiera, este se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que éste no sea superior al 10 por 100, y persistiendo el empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.*

*A tal efecto, la Mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días naturales para su aportación».*

Esta previsión se completa con la derogación de los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional octava de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (disposición derogatoria única Ley 3/2011).

Un pronunciamiento favorable a esta regulación se contiene en los Informes 15/2010, de 26 de noviembre y 4/2011, de 19 de enero, de esta Junta Consultiva, al analizar el contenido de los Anteproyectos de Leyes reguladoras del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local y de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 18 introdujo en la LCSP un nuevo artículo, el 70 bis, en la subsección dedicada a la solvencia, con la siguiente redacción:

*«Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las 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».*

Finalmente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) ha optado por integrar, con redacción idéntica, el contenido del artículo 70 bis como apartado primero de la Disposición adicional cuarta del texto refundido, relativa a la *«Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y entidades sin ánimo de lucro»*, cuyos apartados segundo a quinto textualmente disponen:

*«2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad*

*superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.*

*Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

*3. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.*

*4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.*

*5. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».*

En este marco normativo dos cuestiones se plantean a esta Junta Consultiva, la primera relativa a la admisibilidad, a los efectos de aplicación del artículo 12 de la Ley 3/2011, de que para la aplicación del criterio relativo a un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad se tenga en cuenta la aplicación de las medidas alternativas de integración social contempladas en la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos (en adelante LISMI). La segunda cuestión se refiere a las pautas concretas que deben seguirse para la aplicación del

criterio relativo a la realización de buenas prácticas en materia de igualdad. A responder estas dos cuestiones obedecerá la sistemática de este informe.

### **III. Posibilidad de sustituir la contratación efectiva de trabajadores con discapacidad, a los efectos de preferencia en la adjudicación, mediante las medidas alternativas de integración social recogidas en la LISMI.**

Conforme al artículo 3 del Código Civil, *«las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»*. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

Pues bien, en este caso, la cuestión se resuelve por la propia literalidad con que está redactado el artículo 12 de la Ley 3/2011, en el que, el carácter imperativo de la adjudicación preferente —cuando se dan los supuestos previos en él previstos— está contemplado en el primer criterio tan solo para el supuesto de que la empresa acredite un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que no sea inferior al 2%, como única circunstancia que vinculará al órgano de contratación a aplicar tal trato preferente en la adjudicación de los contratos. En ningún caso podría interpretarse que otro tipo de circunstancias, o de medidas alternativas de integración social, a las que la Ley 3/2011 no ha atribuido la condición de erigirse en elemento determinante de la aplicación de la preferencia, pudieran ser consideradas como circunstancias sustitutivas de la disposición de un mayor número de trabajadores con discapacidad.

Por otra parte, las medidas alternativas de integración social previstas en la LISMI y en su normativa reglamentaria de desarrollo —mencionadas ahora también en el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta TRLCSP— están exclusivamente dirigidas a dar soluciones alternativas al cumplimiento de la obligación de emplear a trabajadores con discapacidad establecida como norma vinculante para las empresas con más de cincuenta trabajadores. En consecuencia, siendo de obligada observancia por imperativo legal, no cabe interpretar que el cumplimiento de medidas alternativas pueda sustituir a la medida incentivadora de la contratación efectiva de más trabajadores con discapacidad que los exigidos por la norma en estos casos, pues ésta es la única circunstancia que el artículo 12 de la Ley 3/2011 contempla como primer criterio de desempate.

#### **IV. Aplicación del criterio relativo a la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género.**

Se solicita de la Junta en este punto la formulación de unas pautas concretas a seguir por las Mesas de contratación, o las unidades gestoras del contrato, para la aplicación del criterio relativo a «*la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género*», que se recoge en el artículo 12 de la Ley 3/2011 como tercer criterio de desempate.

Para intentar dar respuesta a esta cuestión, que en parte excede de las funciones consultivas de esta Junta en materia de contratación pública, ya que si bien la previsión se contiene en una norma «*en materia de contratación*» — como establece el apartado 4 del artículo 3 del Decreto 81/2006— la misma debe tener respuesta mediante la aplicación de normativa sectorial en materia de igualdad, va a partirse de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante LOI) que contiene, dentro del Capítulo dedicado a la «*acción administrativa para la igualdad*» dos artículos dedicados a la contratación de las Administraciones Públicas, en general, y de la Administración General del Estado, en particular (artículos 33 y 34 LOI). El

primero de estos artículos admite la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución en relación con la igualdad de género, posibilidad incorporada más tarde a la LCSP en su artículo 102.1 (hoy artículo 118 TRLCSP), cuando señala que las condiciones de ejecución pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social con el fin de eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral. Por su parte, el artículo 34 LOI —limitado en su aplicación a la Administración General del Estado—, en su apartado segundo, y en íntima relación con el establecimiento de las condiciones de ejecución señaladas, establece que:

*«Los órganos de contratación podrán prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio».*

La ausencia de desarrollo reglamentario hasta la fecha de esta Ley, y la remisión a «las directrices del apartado anterior» (apartado 1 del artículo 34 LOI), ligada a la adopción cada año de un Acuerdo de Consejo de Ministros que hasta el momento se ha adoptado circunscrito a las condiciones especiales de ejecución, imposibilitan obtener de estos preceptos un detalle de cuáles son esas concretas buenas prácticas en materia de igualdad de género.

Analizando el contenido global de la LOI pueden encontrarse, no obstante, algunas referencias que podrían servir como criterio interpretativo para la concreción de estas buenas prácticas. Así, por ejemplo su artículo 50 prevé la creación de un distintivo empresarial en materia de igualdad, para aquellas

empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos, como los servicios, productos y publicidad de la empresa. En desarrollo de este artículo, se aprobó el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa», que expresamente indica que *«cuando los órganos de contratación dispongan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para aquellas empresas que establezcan medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa, se entenderá que cumplen tal requisito las poseedoras del distintivo empresarial, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda acreditarse por cualesquiera otros medios que el órgano de contratación determine. La empresa que hubiera hecho uso de esta preferencia, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación»*.

Por lo tanto estar en posesión del distintivo «Igualdad en la Empresa», acredita la realización de buenas prácticas en materia de igualdad a los efectos del artículo 12 de la Ley 3/2011, si bien no excluye que las empresas puedan acreditar mediante otros instrumentos esas buenas prácticas.

Entre los aspectos más relevantes a tener en cuenta para la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad —y a los que sin duda procede aplicar el calificativo de «buenas prácticas en materia de igualdad de género»— se encuentran la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los ámbitos de toma de decisión, y el acceso a los puestos de mayor responsabilidad, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los grupos y categorías profesionales, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. Asimismo se valora el establecimiento de criterios y sistemas de remuneración y clasificación profesional actualizados que permitan valorar equitativamente los trabajos desempeñados por mujeres y por hombres, tanto si se trata de trabajos diferentes como si se trata de los mismos

trabajos. Finalmente, entre los aspectos de mayor relevancia en la valoración para la concesión del distintivo empresarial en material de igualdad, se incluyen las actuaciones tendentes facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de todas las personas, estableciendo objetivos generales y articulando medidas flexibles que permitan su adaptación a la diversidad de necesidades, situaciones y carencias que se puedan presentar en el personal de las empresas.

Prevé también la LOI en el capítulo III de su Título IV «*Planes de igualdad en las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad*», cuya elaboración y aplicación tiene carácter obligatorio o voluntario en función de una serie de circunstancias, y en los que su acreditación por parte de las empresas en el supuesto de tener que acudir al tercer criterio de desempate podría servir para resolver el mismo.

En todo caso serán las propias empresas las que tendrán que acreditar, no simplemente declarar, la aplicación efectiva de estas buenas prácticas en materia de igualdad de género, y cabe recordar que el artículo 160.1 TRLCSP faculta a los órganos competentes para la valoración de proposiciones a que puedan solicitar cuantos informes técnicos consideren precisos.

### **III. CONCLUSIONES**

- I. Las medidas alternativas de integración social previstas en la LISMI y en su normativa reglamentaria de desarrollo están exclusivamente dirigidas a dar soluciones alternativas al cumplimiento de la obligación de emplear a trabajadores con discapacidad establecida como norma vinculante para las empresas con mas de cincuenta trabajadores, sin que quepa interpretar que el cumplimiento de las mismas pueda sustituir a la medida incentivadora de la contratación efectiva de mas trabajadores con discapacidad que los exigidos por la norma en estos casos (2%), única

circunstancia que el artículo 12 de la Ley 3/2011 contempla como primer criterio de desempate.

- II. No existe en la normativa de igualdad en vigor una regulación de lo que pueden calificarse como «*buenas prácticas en materia de igualdad de género*», sin perjuicio de que de la interpretación sistemática del contenido de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, pueden extraerse algunas referencias que pueden servir como criterio interpretativo de dicho concepto, en los términos recogidos en el presente informe.

**Informe 7/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de marzo de 2012.**