

Informe 7/2010, de 23 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: “Criterios a seguir por la Mesa de Contratación en los casos de empate en la puntuación obtenida, tras la evaluación de los diferentes apartados de las ofertas presentadas por empresas candidatas a la adjudicación, cuando no existe previsión para resolver esta situación en el Pliego de cláusulas administrativas particulares”

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón se dirige con fecha 31 de mayo de 2010, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

“Se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en aplicación del artículo 3.2 y, si procede, adopción de criterio según lo establecido en el artículo 3.4, ambos del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se aprueba el reglamento que regula su organización y funcionamiento, sobre la siguiente cuestión:

Por el Servicio Provincial de Zaragoza del departamento de Educación Cultura y Deporte se ha promovido la licitación de un contrato de servicios de comedor escolar, vigilancia y atención al alumnado durante el periodo intersesiones que comprende los cursos escolares 2010-2011 a 2013-2014, con opción de prórroga de dos cursos mas.

La licitación se realiza por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen esta contratación preveía la valoración de los apartados que se describen en el Anexo VI del mismo, todos con carácter objetivo y sujetos a evaluación posterior.

Una vez efectuada la apertura pública de las ofertas económicas y técnicas de cada uno de los licitadores admitidos, se comprueba por la Mesa de Contratación que, en algunos lotes, varias de las empresas candidatas empatan en todos y cada uno de los apartados objeto de valoración.

En el pliego de cláusulas no está previsto ningún criterio de desempate, no obstante por el órgano de contratación se entiende que teniendo en cuenta lo dispuesto para las antiguas subastas en el artículo 87.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se podría resolver el desempate mediante sorteo.

En tanto no exista previsión y al objeto de no retrasar las adjudicaciones correspondientes, se procederá a mantener una reunión con todos los licitadores afectados y ofrecerles la posibilidad de resolver estas adjudicaciones, correspondientes a los lotes donde existe empate, mediante sorteo, requiriendo para ello la unanimidad de acatar este procedimiento y el resultado que de ello se derive.

En virtud de lo anterior se solicita que se adopte el criterio que se debe seguir por la Mesa de Contratación en los casos de empate en la puntuación obtenida, tras la evaluación de los diferentes apartados de las ofertas presentadas por empresas candidatas a la adjudicación, cuando no exista previsión para resolver esta situación en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares.

Se remite igualmente un extracto del expediente de contratación de los lotes afectados.”

.

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.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 23 de junio de 2010, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 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.

II. La regulación del empate entre proposiciones más ventajosas en la normativa aplicable a los contratos públicos.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), regula los criterios de valoración de las ofertas para determinar la económicamente más ventajosa en el artículo 134. Sobre el supuesto de que en un procedimiento de adjudicación resulten empatadas varias proposiciones como las más ventajosas la disposición adicional sexta de la norma, dedicada a la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro, establece:

1. 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 ciento, 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 ciento, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

2. 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 aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

- a) *Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.*
- b) *Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.*
- c) *Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.*
- d) *Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.*
- e) *Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.*
- f) *Personas con discapacidad.*

3. 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.

4. 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.

Quiere señalarse en este punto que el apartado 2 de esta disposición adicional nunca ha podido aplicarse en su tenor literal, ya que la disposición adicional 9ª de la Ley 12/2001 mencionada en el mismo fue derogada por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que entró en vigor el 14 de marzo de 2008 (es decir, antes de que entrara en vigor la LCSP).

La Ley 44/2007 modifica la definición de “empresa de inserción social” de la disposición adicional 9ª de la Ley 12/2001. De forma que hay que entender modificados los requisitos a que hace referencia la disposición adicional 6ª.2 LCSP (al remitir a la Ley 12/2001) por los de la Ley 44/2007, de 13 de

diciembre. Esta modificación produce algunas disfunciones a la hora de la interpretación correcta de la disposición adicional 6ª.2 LCSP:

a) De una parte el artículo 5 c) de la Ley 44/2007 exige, para que una empresa pueda considerarse "de inserción social" que mantenga en computo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción (cualquiera que sea la modalidad de contratación) de al menos el 30 por 100 durante los primeros tres años de actividad y de al menos el 50 por 100 del total de la plantilla a partir del cuarto año. Por consiguiente no es preciso valorar el compromiso formal del licitador de "*contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo...*", como dice la disposición adicional 6ª.2 LCSP, o se es empresa de inserción social o no.

b) De otra parte existe una clara discordancia, que ya se producía con la remisión a la disposición adicional 9ª de la Ley 12/2001, en la referencia, entre los colectivos de los cuales se deben contratar trabajadores, a las "*personas con discapacidad*". Ni la legislación actual ni la anterior relativa a empresas de inserción social se refieren a las "*personas con discapacidad*", pues su inserción en el mercado de trabajo no se hace a través de empresas de inserción social. De manera que hay que entender como no puesta esta referencia a "*personas con discapacidad*" en la disposición adicional 6ª.2 LCSP, porque su primacía para la adjudicación ya está contemplada en la disposición adicional 6ª.1 LCSP.

Matizado lo anterior, de la lectura del precepto se desprende que establece preferencias en la adjudicación de los contratos que solo son aplicables a favor de proposiciones que igualen en sus términos las mas ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, y que por tanto actúan como criterios de desempate entre ofertas. Ahora bien, su inclusión en los pliegos es facultativa para el órgano de contratación, y la LCSP no regula 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. El problema surge por tanto cuando en los pliegos no se ha realizado ninguna previsión, como ocurre en el supuesto objeto de consulta.

Por otra parte, el artículo 135 de la LCSP dispone que el órgano de contratación no puede declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego, por lo tanto en una situación de empate de ofertas el órgano de contratación -aunque no haya previsto un criterio de desempate en los pliegos- tiene necesariamente que adjudicar el contrato, y para ello lo primero que cabe plantearse es si puede utilizar alguno de los criterios de preferencia de la disposición adicional sexta antes citada, aunque no los haya incorporado en el pliego.

Esta solución debe desecharse, pues no existe en la disposición adicional sexta un único criterio, ni tampoco se establecen una serie de criterios ordenados que se van aplicando subsidiariamente, sino que son alternativas que quedan a elección del órgano de contratación y por tanto, decidir la adjudicación en caso de empate utilizando aquel de los criterios de preferencia que el órgano de contratación decida una vez conocidas las empresas afectadas, sería una arbitrariedad.

Puesto que la LCSP no da respuesta al problema planteado, hay que analizar la posibilidad de acudir al Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) el cual solo ha visto derogados expresamente los artículos 79 y 114 a 117 por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, quedando subsistente en todo lo demás siempre que no contradiga a la LCSP.

El RGLCAP regula en el artículo 87 la igualdad de proposiciones en la subasta estableciendo que si se presentan dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo. El artículo 90 declara expresamente que esta previsión resulta inaplicable al concurso. Es necesario precisar que el sorteo que establece el artículo 87 había que entenderlo aplicable en defecto de que el órgano de contratación hubiera señalado en los pliegos la preferencia en la

adjudicación a favor de empresas que tuvieran en su plantilla minusválidos o de entidades sin ánimo de lucro, preferencia que regulaba la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en términos parcialmente equivalentes a los de la actual disposición adicional sexta de la LCSP.

La aplicación de estos preceptos del RGLCAP exige abordar, en primer lugar, cómo afecta el que en la LCSP hayan desaparecido como formas de adjudicación de los contratos la subasta y el concurso. La LCSP ha abandonado esta terminología, pero en el artículo 134 dedicado a los criterios de adjudicación distingue en primer lugar entre el precio y el resto de los criterios para disponer que si solo se utiliza un criterio de valoración éste será siempre el precio. En segundo lugar, el artículo 134 distingue entre criterios de valoración automática mediante la aplicación de fórmulas matemáticas y criterios cuya aplicación exige un juicio de valor, esta clasificación tiene efectos importantes en el procedimiento de adjudicación que afectan a la forma de las proposiciones, a los actos de las mesas de contratación y a la valoración de las ofertas. Por lo tanto a los efectos de la LCSP, se puede distinguir entre procedimientos que se adjudican únicamente atendiendo al criterio precio y los que exigen varios criterios de adjudicación, y dentro de éstos entre procedimientos que utilizan criterios de valoración automática únicamente y los que aplican criterios sujetos a juicio de valor.

Indudablemente un procedimiento de adjudicación en el que se utilice como único criterio de valoración el precio es equivalente a una subasta y es lógico que en este caso el criterio de desempate -si no se ha establecido preferencia en la adjudicación- sea el sorteo, porque es el único posible. Sin embargo aunque se pueden encontrar similitudes entre la subasta y un procedimiento en el que solo se utilicen criterios de valoración automática, no puede declararse aplicable a los mismos el artículo 87 en todo caso, pues esto conllevaría la imposibilidad de que el órgano de contratación estableciera en los pliegos criterios alternativos, como puede ser el haber obtenido la mejor puntuación en el criterio al que se otorga la mayor ponderación.

Cuestión distinta es que dado que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato en todo caso por imperativo del artículo 135 LCSP y puesto que por respeto a los principios de transparencia y no discriminación no puede aplicar criterios de desempate que no haya establecido previamente en el pliego, no tiene otra posibilidad que acudir al sorteo, y ello en aras del principio de eficacia de las Administraciones Públicas consagrado en el artículo 103 de la Constitución que permite integrar esta laguna de la LCSP.

En todo caso el sorteo deberá realizarse en condiciones que garanticen la publicidad y el tratamiento igual a los licitadores.

III. La regulación específica de la cuestión para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Las previsiones de la LCSP deben completarse para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, con lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que establece que: *“Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón deberán incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de contratos a las empresas que igualando en sus términos a las proposiciones más ventajosas, justifiquen tener en la plantilla de sus centros radicados en Aragón un porcentaje superior al 2% de trabajadores con discapacidad”*.

Se trata de un mandato a los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma, para incluir en cada contrato este criterio de preferencia, por lo que a diferencia de la disposición adicional sexta de la LCSP no tiene carácter facultativo. Pero la aplicación de esta disposición no es automática, ya que no excluye la posibilidad de establecer también otras preferencias de las reguladas en la disposición adicional sexta de la LCSP u otros criterios de desempate subsidiarios.

Por lo tanto, en los supuestos concretos objeto de este informe, al no haberse incluido en los pliegos expresamente la preferencia de la Ley de Servicios Sociales de Aragón, hay que entender que no puede el órgano de contratación aplicarla, pues sería modificar las condiciones del procedimiento de adjudicación y para adjudicar el contrato será necesario acudir a la figura del sorteo.

Sin perjuicio de lo anterior es necesario recordar a los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma la obligación que les impone la disposición adicional octava de la Ley 5/2009 de Servicios Sociales de Aragón, y la conveniencia de completar dicha previsión con otros criterios de desempate subsidiarios. Asimismo a los órganos de contratación que no pertenezcan a la Administración de la Comunidad Autónoma recomendarles que incluyan criterios de preferencia o de desempate para el caso de igualdad entre ofertas más ventajosas.

III. CONCLUSIONES

- I. En los supuestos respecto de los que ha solicitado informe el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, procede resolver el empate mediante un sorteo que cumpla con las garantías de publicidad, transparencia y no discriminación.

- II. Los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma deberán incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares la preferencia en la adjudicación de contratos a las empresas que igualando en sus términos a las proposiciones más ventajosas, justifiquen tener en la plantilla de sus centros radicados en Aragón un porcentaje superior al 2% de los trabajadores con discapacidad, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. Se recomienda que dicha previsión se incorpore a los pliegos tipo.

- III. Se recomienda a todos los órganos de contratación que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reglas de preferencia para la adjudicación de los contratos y/o criterios de desempate en caso de igualdad entre proposiciones más ventajosas.

Informe 7/2010, de 23 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 23 de junio de 2010.