

Informe 7/2021, de 10 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Criterios de desempate entre dos o más ofertas: aplicación e interpretación de la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad en las empresas.

I. ANTECEDENTES

El Director de Gestión y Servicios Generales del Sector II del Servicio Aragonés de Salud se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de fecha 13 de abril de 2021, en el que solicita informe sobre la siguiente cuestión relacionada con la aplicación del artículo 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, con el siguiente tenor literal:

*«[...] **Primera.** – Debe aplicarse exclusivamente el art. 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, integrándolo con el Criterio Técnico DGITSS nº98/2016*

***Segunda.**- Debe aplicarse el art. 74.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, completando con el art. 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en caso de existir un empate en el primer aspecto. [...]*»

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 10 de mayo de 2021, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.2 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, ya que le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa. Por lo tanto, el presente informe se emite en el ejercicio de la función consultiva, sin que tenga carácter preceptivo.

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud es órgano competente para formular la solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del mencionado Decreto 81/2006. Solicitada la subsanación del error en la petición de informe, está pendiente su recepción. No obstante, se estima oportuno la emisión del informe condicionada a la efectiva subsanación que permita verificar el cumplimiento del requisito de legitimación.

II. Regulación de los criterios de desempate en una licitación.

El régimen jurídico que debe aplicarse a los criterios de desempate en el marco de una licitación pública debe partir del artículo 147 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al tener el precepto carácter básico en su totalidad.

El artículo 147 LCSP establece lo siguiente:

«1. 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:

a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En este supuesto, 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 que les imponga la normativa, tendrá

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

b) Proposiciones de 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.

c) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, 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.

d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.

e) Proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.

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.»

De acuerdo con estos criterios, en primer lugar, debe acudirse a lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, ya que concede al órgano de contratación la posibilidad de establecer criterios específicos de desempate, aunque con las limitaciones que relaciona el propio apartado 1º del artículo.

La primera de ellas se refiere al porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, sin aclarar cuál debe ser

ésta ni de qué tipo (estatal, autonómica, básica, de desarrollo, rango de ley o reglamentario). Esto puede llevar a considerar tanto la legislación en materia laboral como de discapacidad o sobre contratación pública, por razón de la especialidad o del ámbito de aplicación, tal y como ocurre en el supuesto planteado.

Dentro del ámbito autonómico, el establecimiento de criterios de desempate en la valoración de ofertas de las licitaciones públicas se regula en varias normas. Tanto la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón (Ley 3/2011 en adelante), en su artículo 12, como la Ley 5/2019 (Ley 5/2019 en adelante), de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, que, al amparo de diferentes títulos competenciales regula aspectos relacionados con la acción social y la discapacidad, incluyendo la contratación pública en su artículo 74.

El artículo 12 de la Ley 3/2001 (derogado recientemente por la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa), establecía lo siguiente:

«Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación se produjera un empate en la puntuación entre dos o más 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 este no sea superior al 10 por 100, y persistiendo 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. [...] »

Mientras que el artículo 74. 4º de la Ley 5/2019 tiene el siguiente texto:

«En el caso de que dos o más proposiciones en los procedimientos de contratación del Gobierno de Aragón o de sus entidades instrumentales se encuentren igualadas como las más ventajosas, tendrán preferencia, siempre que se haya presentado la documentación acreditativa, las empresas con porcentaje superior al 2% de personas trabajadoras con discapacidad. En caso de empate entre aquellas, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla».

Es necesario recordar que esta Junta, en su Informe 10/2018, de 11 de abril, sobre el anteproyecto de ley manifestó su disconformidad ante la propuesta de regulación del artículo 74, especialmente de su apartado 4º, no sólo por el contenido, sino sobre todo por técnica normativa, ya que « [...] *el Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, reitera los mismos criterios de desempate que tienen que ver con la protección laboral de la discapacidad y que están establecidos ya tanto en el artículo 147 LCSP como en normativas anteriores que disponen de la misma preferencia*», tal como el derogado artículo 12 de la Ley 3/2011. En dicho informe, expresamente se indicó que : «[...] *por los motivos de técnica normativa que ya se ha indicado a lo largo de este informe, se considera que es innecesaria también la redacción de este apartado del Anteproyecto, y se aconseja en general que, por motivos de seguridad jurídica y con el fin de evitar su dispersión, los criterios de desempate en la adjudicación de los contratos públicos queden regulados de forma uniforme en la legislación específica de contratación pública y no mediante leyes sectoriales que pueden solapar criterios, como ya indicó esta Junta en su Informe 2/2017*».

Conforme al artículo 147 de la LCSP, en primer lugar, serán los pliegos los que establezcan los criterios específicos de desempate. De tal manera, que, en numerosos pliegos, como el que ha dado lugar a la consulta, se impone como primer criterio, los descritos en la Ley 5/2019, y en caso de persistir el empate, los criterios relacionados en el artículo 12 de la Ley 3/2011. Si bien es cierto, que el este último precepto ya no está vigente, los pliegos de cláusulas que hayan incorporado su referencia como criterio de desempate mantienen su contenido íntegro siendo parte del clausulado a todos los efectos.

III. Aplicación de los criterios de desempate en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Una vez expuesto el régimen jurídico, y de acuerdo con el mismo, la aplicación de los criterios de desempate sigue un orden jerárquico. Si el pliego de cláusulas administrativas particulares prevé criterios específicos, como por ejemplo

los de la Ley 5/2019 de referencia según el ámbito del poder adjudicador: porcentaje superior al 2% de personas trabajadoras con discapacidad y si continua el empate, mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla.

Cuando a pesar de todo persiste el empate, los pliegos pueden haber previsto otros criterios específicos más, como en este caso, en donde aplica todos los recogidos en el artículo 12 de la Ley 3/2011. El primero de ellos ya estaría resuelto por aplicación de los criterios de la Ley 5/2019, esto es, las empresas que han empatado en puntuación tienen un porcentaje superior al 2% y además también coinciden en el porcentaje de trabajadores con discapacidad fijos en plantilla, motivo por el que se debe continuar con los siguientes: menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10%; acreditación de la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género; y en última instancia, sorteo.

Si en los pliegos no se hubiera previsto el artículo 12 de la Ley 3/2011, acudiríamos a lo recogido en el artículo 147.2 de la LCSP, que viene a establecer criterios muy parecidos a los ya vistos: 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; menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas; mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas; y por último, el sorteo.

Por tanto, la aplicación de un criterio de desempate no es alternativa, sino jerárquica y excluyente del resto según el orden de prelación que se haya establecido en los pliegos o de acuerdo con la ley. El órgano de contratación no puede elegir cuál aplicar, ni tampoco puede integrar o completar el contenido entre los mismos, ya que cada uno debe mantener entidad independiente y diferenciada como los demás criterios de adjudicación, razón por la que deben ser coherentes,

precisos y claramente identificables por parte de los licitadores interesados en la licitación, al poder determinar la adjudicación del contrato.

IV. Interpretación de la cuota de reserva a trabajadores con discapacidad.

El problema interpretativo que se plantea surge de la comprobación de la cuota de reserva de discapacidad a raíz del cálculo de los porcentajes sobre la plantilla, que, como en otros tantos casos, no da como resultado un número entero fácilmente comparable, sino con decimales, lo cual puede requerir redondeo, al alza o la baja, para verificar si el porcentaje es superior o no al establecido en la Ley.

No obstante, la forma de cálculo de los porcentajes y el redondeo de valores no sólo adquiere importancia a efectos del cumplimiento requisitos máximos o mínimos, tales como la cuota de reserva del 2% de la plantilla para trabajadores con discapacidad a efectos de desempate, sino también para valorar la existencia de la prohibición de contratar recogida en el artículo 71.1.d) de la LCSP.

Entre las normas citadas anteriormente no es posible encontrar una regulación de la forma de realizar o interpretar los resultados del cálculo de la cuota de reserva del 2%, tal como recuerda el Informe 109/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. De ahí que el Criterio Técnico DGITSS 98/2016 constituya una referencia interpretativa altamente cualificada que permite aclarar no sólo este extremo, sino muchas dudas en torno a las reservas de puestos de trabajo y discapacidad en el ámbito laboral público y privado. Es cierto que carece de valor vinculante, y que pueden existir otras referencias válidas para colmar lagunas en la aplicación de la norma, pero en el contexto en el que se plantea la consulta, vista la forma de aplicación de los criterios, resulta una opción idónea.

Con carácter general, para resolver las dudas sobre la aplicación de una norma jurídica, y de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, podemos realizar

una interpretación literal de las palabras, considerar su relación con el contexto o criterio sistemático, con los antecedentes históricos y legislativos, con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, o atender al espíritu y finalidad de la norma o criterio teleológico.

La exigencia de un porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad en las empresas busca favorecer la integración laboral de un sector con enormes dificultades de acceso al mercado laboral. Así se desprende del Preámbulo de la Ley 5/2019, al igual que del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Es más, el Criterio Técnico DGITSS 98/2016 relaciona la normativa aplicable a la cuota de reserva de discapacidad, y se puede verificar que el nuevo abordaje de la discapacidad o diversidad funcional supone la implantación de políticas públicas en todos los niveles.

La regulación de la discapacidad se aborda con carácter multidisciplinar como consecuencia del nuevo diseño global del mercado de trabajo. No sólo se pretende mejorar su situación individual, fomentando la autonomía personal, sino también incorporar al tejido productivo a un tipo de trabajador con diferentes habilidades, transformando el entorno laboral desde múltiples perspectivas. La evolución del concepto de discapacidad ha llevado a nuevos modelos de diversidad funcional en los que se considera al individuo como un activo social y laboral, razón por la que, a través de diferentes medios, se pretende romper con el diseño tradicional de estructuras laborales, al ser éste el pilar principal que permite alcanzar la autonomía personal y funcional en la medida de sus capacidades.

La interpretación realizada por el Criterio Técnico DGITSS 98/2016 sobre todos los extremos que analiza, entre ellos, la cuota de reserva de discapacidad, comprende todas las fórmulas de interpretación posibles; de ahí que pueda ser considerado como un buen referente en todo su contenido.

La valoración que realiza sobre el redondeo se ajusta a la realidad de la estructura de la plantilla de trabajo. A juicio de esta Junta, un redondeo al alza supone computar trabajadores que no existen, y, por tanto, falsea los resultados otorgando una mayor ventaja no justificada a la empresa beneficiaria, lo cual es contrario al espíritu de la norma, que busca favorecer e integrar a personas con discapacidad en el entorno laboral ordinario. Ciertamente es que el redondeo a la baja conlleva la interpretación contraria, esto es, suponer que tiene menos trabajadores con discapacidad de los que realmente tiene, pero, dado que no se atribuye ningún tipo de puntuación proporcional al número de trabajadores, a efectos de valoración de oferta, el redondeo deviene innecesario, porque precisamente es la diferencia la que rompe el empate.

El artículo 12 de la Ley 3/2011 sólo recoge criterios de desempate, sin concretar cómo debe evaluarse el resultado, el sistema de cálculo, o definición alguna, de modo que su contenido no permite considerarlo como pauta interpretativa. Cuestión diferente es la coherencia que debería existir entre ellos en los pliegos, especialmente considerando la aplicación prevalente de la Ley 5/2019, siendo recomendable establecer en los mismos una relación clara y descriptiva de todos los criterios específicos, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación integradora de los mismos. Los criterios de desempate son criterios de adjudicación de aplicación exclusiva y excluyente del resto, por lo que no procede desvirtuar su naturaleza a través de la interpretación integradora de los mismos.

El Criterio Técnico DGITSS 98/2016 define e interpreta numerosos conceptos sobre la naturaleza y aplicación de la integración laboral de personas con discapacidad, relevante en toda la vida de un contrato público y no sólo a efectos de dirimir un empate que afecta a la cuota de reserva, sin perjuicio de la existencia de otras fuentes jurídicas que pueden aportar doctrina cualificada al respecto.

III. CONCLUSIONES

- I. Los criterios de desempate se regulan con carácter básico en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en cuyo artículo 147 se establece un orden de aplicación, siendo el primero la remisión a los criterios específicos que se decidan en los pliegos de la licitación, pero con las limitaciones definidas en el mismo precepto. En todo caso, en el proceso de valoración no procede realizar redondeos al aplicar los criterios de desempate, porque precisamente es la diferencia que puede romper el empate.
- II. Las dudas acerca de la interpretación de los conceptos legales sobre el cálculo de la cuota de reserva de discapacidad en el ámbito laboral pueden resolverse con numerosas fuentes del derecho, al no estar reguladas en norma vinculante alguna, pero en todo caso, deben valorarse con preferencia aquellas que por razón de la especialidad ofrecen una mayor cualificación y seguridad jurídica por su relación con la materia, tal como el Criterio Técnico DGITSS 98/2016.
- III. La Ley 3/2011 no establece ni en su artículo 12 ni en ningún otro precepto parámetros que permitan valorar la forma de cálculo o los resultados obtenidos para aplicar la cuota de reserva de discapacidad o cualquier otro porcentaje, no siendo necesario interpretar de manera integradora todos los criterios de desempate comprendidos en los pliegos.

Informe 7/2021, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 10 de mayo de 2021.

EL PRESIDENTE

P.S., LA PRESIDENTA SUPLENTE
*(Orden de 16 de septiembre de 2019, del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

María Josefa Aguado Orta