

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## La doctrina de la contaminació de les ofertes en el cas de procediments d'adjudicació amb criteris subjectes a judici de valor

29-01-2020

L'article 145 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix que l'adjudicació dels contractes s'ha de fer utilitzant una **pluralitat de criteris d'adjudicació** sobre la base de la millor relació qualitat-preu. Seguidament, l'article 146.2 de la LCSP disposa que en el cas de pluralitat de criteris d'adjudicació, per determinar-los -sempre que sigui possible-, s'ha de donar **preponderància** als criteris que facin referència a característiques de l'objecte del contracte **que es puguin valorar mitjançant xifres o percentatges obtinguts a través de la simple aplicació de les fórmules** establertes en els plecs.

No obstant això, el plec de clàusules administratives pot establir **criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor**, si bé, d'acord amb l'article 146 de la LCSP, en aquest cas la valoració de les ofertes conforme als criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules s'ha de fer amb posterioritat a la valoració dels altres criteris en els quals no concorri aquesta circumstància. A més, se n'ha de deixar constància documental en l'expedient, ja que el coneixement previ del resultat de la valoració dels criteris automàtics pot influir en la valoració dels criteris restants, i existeix un risc de contaminació del personal que ha de valorar els criteris d'adjudicació dependents d'un judici de valor.

Així, en termes generals, qualsevol acte que impliqui conèixer el contingut de les proposicions abans de l'acte (públic o no) d'obertura d'aquestes proposicions, s'ha d'entendre contrari al que disposa l'article 146 de la LCSP, a l'efecte de preservar el secret de les proposicions. Per això, les cauteles i exigències que la LCSP estableix per valorar les ofertes no s'han d'entendre com a mers requisits formals del procediment, sinó que tenen per objecte mantenir la màxima objectivitat en la valoració, en nom del **principi de no discriminació i igualtat de tracte dels licitadors**. En aquest sentit, cal recordar que l'article 139.2 de la LCSP disposa que **les proposicions han de ser secretes** i que s'han d'arbitrar els mecanismes que ho garanteixin fins al moment de l'obertura de les proposicions. El coneixement anticipat de la documentació relativa a la proposta econòmica pot afectar el secret de les proposicions, així com el resultat de la valoració de les proposicions, i vulnerar el principi de no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors.

Les exigències de la LCSP respecte del procediment de valoració de les ofertes giren al voltant de la necessitat que les empreses concorrin a la licitació en igualtat de condicions, de manera que les seves ofertes siguin valorades en funció de les condicions i les característiques pròpies del contracte a executar i es respecti, en definitiva, la regla de la comparació d'ofertes per poder decidir quina és la més avantatjosa econòmicament. En definitiva, es tracta d'evitar el **risc potencial de contaminació del judici de l'òrgan tècnic** a l'hora de valorar els criteris subjectes a un judici de valor, que es pot produir quan té coneixement previ de la documentació avaluable mitjançant fórmules.

Sobre la base del que disposen els articles esmentats, la doctrina dels òrgans administratius de resolució de recursos en matèria de contractació ha estat unànime a l'hora d'assenyalar no compatible amb els principis d'igualtat de tracte, no discriminació, transparència i secret de les proposicions i amb la deguda objectivitat i imparcialitat de les valoracions tècniques, el fet que en el moment de l'emissió dels judicis de valor ja es conegui l'oferta econòmica o altres aspectes de valoració automàtica de les proposicions (entre d'altres, la [Resolució 153/2019](#)) del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP).

La doctrina de la contaminació de les ofertes en el cas de procediments d'adjudicació amb criteris subjectes a judici de valor és aplicable a supòsits diversos i té efectes diferents en el procediment de licitació:

a) **Imputable directament i exclusivament al licitador**: tant el TCCSP com altres òrgans de resolució de recursos contractuals han assenyalat que en aquest cas és procedent **l'exclusió de les empreses licitadores** que haguin inclòs informació avaluable mitjançant fórmules en el sobre corresponent a la informació subjecta a judici de valor, ja que qualsevol acte que impliqui el coneixement d'aquest contingut abans que tingui lloc l'acte públic de l'obertura trenca el secret de les proposicions i, per tant, és contrari al que disposen els articles 139.2 i 146.2 de la LCSP.

No obstant això, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), en la [Resolució 1139/2019 de 18 de novembre de 2019](#), en la qual acaba considerant ajustada a dret l'exclusió d'una empresa que havia anticipat informació econòmica o avaluable automàticament, insisteix en el fet que la importància del secret de les proposicions -entès no com a objectiu en si mateix, sinó com a garantia de l'objectivitat de la valoració de les proposicions i del principi d'igualtat de tracte dels licitadors-, s'ha de lligar amb la necessitat de **ponderar les circumstàncies concurrents en cada cas** a l'hora d'excloure ofertes que incompleixen o compleixen defectuosament requisits formals de presentació de la documentació. L'exclusió només estaria justificada quan l'incompliment o el compliment defectuós d'aquests requisits menystingui l'objectivitat de la valoració i el tractament igualitari dels licitadors com a valors que es tracta de preservar mitjançant aquest secret. En els supòsits en els quals sigui palès que les dades revelades no tenen influència en el secret degut de les proposicions i en l'objectivitat dels òrgans de contractació -i no afecten, per tant, la igualtat entre els licitadors-, és procedent admetre les proposicions i, per tant, recorda que cal analitzar cada cas, i conclou que "l'exclusió del licitador que realitza una incorrecta presentació de la documentació, no s'ha d'interpretar com un automatisme, sinó que exigeix una ponderació del cas concret, en el sentit de quin ha estat l'error produït i quines són les conseqüències concretes, el nivell d'afectació de la igualtat entre els licitadors, el secret de les proposicions i l'objectivitat dels òrgans de licitació".

b) **Imputables als plecs de clàusules:** si la confusió o l'error del licitador és imputable a una redacció defectuosa dels plecs, no es pot traslladar a les empreses licitadores una conseqüència jurídica tan dràstica com és l'exclusió de la licitació (entre d'altres, vegeu la [Resolució 83/2018 del TCCSP](#)). Per tant, cal que els plecs de clàusules estableixin adequadament les exigències relatives al secret de les ofertes i defineixin clarament la documentació que cal introduir en cada sobre, de manera que l'ambigüitat o la manca de claredat no pugui generar confusió entre les empreses licitadores.

En aquests supòsits, el TCCSP, aplicant de manera supletòria les normes del Codi civil (art. 1281), ha assenyalat que la interpretació de les clàusules obscures no pot afavorir la part que ha ocasionat l'obscuritat, i no és vàlida en aquest cas l'exclusió de les empreses licitadores ([Resolució 228/2018 del TCCSP](#)), encara que fos un supòsit d'exclusió expressament establert en els plecs de clàusules, i acorda la **nul·litat de tot el procediment**, malgrat que els plecs no van ser impugnats en el seu moment.

c) **Imputables a actuacions de la mesa o de l'òrgan de contractació:** per exemple, en el supòsit que analitza la [Resolució 153/2019 del TCCSP](#), la contaminació es produeix pel fet que la mesa de contractació analitza separatament els sobres B (documentació relacionada amb els criteris sotmesos a judici de valor) i C (documentació relacionada amb els criteris quantificables automàticament), però no respecte de tots els licitadors, sinó respecte de cadascun d'aquests, de manera que quan obre les proposicions del segon licitador ja coneix l'oferta completa del primer licitador. En aquest cas, la conseqüència seria la **nul·litat del procediment de contractació**, ja que estem davant un vici procedimental que afecta totes les proposicions.

També és rellevant destacar que els òrgans de resolució de recursos en matèria de contractació mantenen la improcedència d'acordar la **retroacció d'actuacions** per procedir a una nova valoració de les ofertes subjectes a judici de valor, un cop ja hagi tingut lloc l'obertura dels sobres relatius als criteris automàtics de valoració, atès que el risc de contaminació del personal que ha de valorar els criteris d'adjudicació dependents d'un judici de valor ja s'ha materialitzat. Per tant, quan l'error o la confusió no és atribuïble al licitador mateix, generalment el que es produeix és la **nul·litat de tot el procediment**, per vulneració dels articles 139.2 i 146.2 de la LCSP i dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que necessàriament han d'imperar en els procediments de contractació pública.

En relació amb el secret de les proposicions, és interessant la [Resolució 1304/2019 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals](#), que analitza doctrina rellevant sobre aquesta qüestió.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda