

Informe 8/2014, d'11 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Conseqüències derivades de la inclusió incorrecta, en diferents sobres, de la documentació que han de presentar les empreses per participar en els procediments de contractació pública.

ANTECEDENTS

I. L'alcalde de l'Ajuntament de Pals ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa en relació amb "la inclusió incorrecta de documents en un altre sobre de l'oferta".

II. La petició d'informe adjunta un escrit de la secretaria de l'Ajuntament en el qual s'exposen les diverses situacions i conseqüències que, segons el parer d'aquella secretaria, es poden produir per la incorporació errònia de documents en els sobres de la "documentació administrativa", de la "documentació relativa a la valoració dels criteris que depenen de judici de valor" i de la "documentació relativa a la valoració de criteris que depenen de fórmules automàtiques". Així, es planteja a aquesta Junta quines han de ser les conseqüències de les sis situacions següents: inclusió de documentació corresponent al sobre A dins el sobre B; inclusió de documentació corresponent al sobre A dins el sobre C; inclusió de documentació corresponent al sobre B dins el sobre A; inclusió de documentació corresponent al sobre B dins el sobre C; inclusió de documentació corresponent al sobre C dins el sobre A; i inclusió de documentació corresponent al sobre C dins el sobre B.

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin les entitats que integren l'Administració local. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. L'anàlisi de la qüestió plantejada per l'Ajuntament de Pals requereix recordar, amb caràcter previ, el règim jurídic aplicable a la forma de presentació de la documentació per part de les empreses per participar en procediments de contractació pública i a l'obertura de dita documentació, així com a la finalitat que amb aquest règim es persegueix.

Així, d'acord amb el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara endavant, TRLCSP); el Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic; i el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (en endavant, RGLCAP)¹, aquest règim jurídic es pot resumir amb caràcter general –és a dir, per als procediments ordinaris, obert i restringit–, i a l'efecte del que ara interessa, en els punts següents:

- Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, són secretes i s'han d'arbitrar els mitjans que garanteixin tal caràcter fins al moment de la licitació pública (article 145 del TRLCSP);
- Aquestes proposicions han d'anar acompanyades de la documentació acreditativa del compliment dels requisits previs o d'una declaració responsable de compliment d'aquests requisits (article 146 del TRLCSP);
- L'òrgan competent per a la valoració de les proposicions ha de qualificar prèviament la documentació acreditativa del compliment dels requisits previs, que han de presentar els licitadors en un sobre diferent del que contingui la proposició, i posteriorment ha de procedir a l'obertura i examen de les proposicions (articles 160 del TRLCSP i 80, 81 i 82 del RGLCAP);
- La documentació s'ha de presentar per part de les empreses en sobres tancats (article 80 del RGLCAP);
- L'obertura de les proposicions presentades s'ha de realitzar en acte públic, en el qual s'ha de donar a conèixer el seu contingut (articles 160 del TRLCSP, 22 del RD 817/2009 i 83 del RGLCAP);
- L'avaluació de les ofertes de conformitat amb els criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules s'ha de realitzar després d'efectuar prèviament la d'aquells altres en què no concorri aquesta circumstància (articles 150 del TRLCSP i 30 del RD 817/2009);
- La documentació relativa als criteris la ponderació dels quals depengui d'un judici de valor s'ha de presentar, en tot cas, en un sobre independent de la resta de la proposició, per tal d'evitar el coneixement de la documentació a valorar amb criteris objectius abans que s'hagi efectuat la seva valoració; i l'obertura s'ha de portar a terme en un acte de caràcter públic (articles 26 i 27 del RD 817/2009);
- La ponderació assignada als criteris dependents d'un judici de valor s'ha donar a conèixer en l'acte públic d'obertura de la resta de la documentació que integri la proposició, llevat que en els plecs de clàusules administratives particulars es disposi una altra cosa quant a l'acte en què s'hagi de fer pública (article 30 RD 817/2009).

¹ Vigent en tot allò que no s'oposi a les previsions de la normativa de contractació pública posterior, de rang igual o superior, excepte els articles 79, 114 a 117 i els annexos VII, VIII i IX, derogats expressament pel Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

Tal com ja s'ha de posat de manifest en múltiples ocasions, tant en l'àmbit doctrinal² com jurisprudencial³, la regulació jurídica dels requisits formals establerts per a la valoració dels criteris d'adjudicació –tant els relatius a la forma de presentació de la documentació per part de les empreses licitadores, com a l'obertura d'aquesta documentació– té com a objectiu mantenir la màxima objectivitat possible en la valoració de les ofertes, amb la finalitat última de garantir la salvaguarda de dos dels principis rectors de la contractació pública, el de no discriminació i el d'igualtat de tracte.

A l'objectiu de mantenir l'objectivitat màxima en la valoració de les ofertes obeeixen, en concret, al deure de secret de les ofertes i l'exigència de valorar-les conforme als criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor amb caràcter previ als criteris avaluable mitjançant la simple aplicació de fórmules, per tal que la valoració d'aquells no es vegi afectada pel coneixement d'aquests⁴.

Així ho ha manifestat també el Tribunal Suprem en la Sentència de 20 de novembre de 2009, en la qual afirma que amb el caràcter secret de les proposicions “es tracta de garantir no només la igualtat entre els licitadors sinó també d'evitar que el poder adjudicador, o administració contractant, conegui el seu contingut amb anterioritat a l'acte formal d'obertura de les ofertes afavorint una determinada adjudicació a raó d'aquest coneixement previ” i que “mitjançant tal exigència es pretén que el procés sigui objectiu i desenvolupat amb absoluta netedat sense interferències”.

En coherència amb aquest règim, ha estat constant la doctrina de les juntes consultives de contractació administrativa i dels òrgans competents per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació, en el sentit d'entendre que el coneixement del contingut de la documentació que conforma les ofertes o proposicions de les empreses licitadores en un moment diferent al previst en la normativa de contractació pública, pot afectar el resultat de les licitacions i crear una situació de desigualtat entre aquestes.

II. Un cop constada la necessitat de respectar el deure de secret de les ofertes i de tenir coneixement del contingut de la documentació que les conforma en el moment previst per la normativa, procedeix analitzar en quins supòsits la inclusió incorrecta de la documentació en els diferents sobres comporta l'incompliment d'aquests deures, així com les conseqüències que hagi de comportar aquell error.

² Informes 12/2013, de 22 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, i 30/2011, de 15 de desembre, i 28/2012, de 20 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat; i Resolució 095/2012, de 18 d'abril, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), en la qual es citen moltes altres.

³ Entre altres, Sentència del Tribunal Suprem de 10 de novembre de 2006.

⁴ Així s'ha posat de manifest, entre altres, per aquesta Junta Consultiva en l'Informe 1/2011, de 14 d'abril, i per la Junta Consultiva de contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 62/2008, de 2 de desembre.



En primer terme, i atès que, com s'ha dit, el coneixement abans del moment procedimental previst legalment del contingut de la documentació que ha de ser avaluada conforme amb criteris quantificables mitjançant la simple aplicació de fórmules pot afectar el resultat de la licitació i crear una situació de desigualtat entre els licitadors, cal afirmar ja ara que és del tot necessari, en els casos en què això es produeixi, excloure de les licitacions les empreses que hagin introduït la documentació inadequadament.

D'acord amb aquest plantejament, així com amb el règim jurídic a què s'ha fet referència en la consideració jurídica anterior, la documentació respecte de la qual s'estableixen cauteles pel que fa al moment de la seva valoració és, justament, aquella que ha de ser valorada conforme amb els criteris d'adjudicació preestablerts. Per tant, l'error per part de les empreses licitadores en la inclusió en els sobres de documentació que no hagi de ser objecte de valoració, atès que no és susceptible de poder afectar el resultat de les licitacions i crear una situació de desigualtat entre les empreses, no ha de comportar l'exclusió d'aquelles.⁵

En tot cas, s'ha d'emfatitzar que el que és determinant a l'efecte de l'incompliment de la normativa en matèria de contractació pública, de la consegüent vulneració dels principis de no discriminació i d'igualtat de tracte i, per tant, de la necessària exclusió de les empreses, és el fet que l'òrgan encarregat de la valoració de les ofertes tingui coneixement del contingut d'aquella documentació en un moment anterior a l'establert per la normativa⁶; i no el sol fet d'haver incorregut en un error a l'hora d'incloure la documentació en els sobres corresponents.

Efectivament, els requisits formals relatius a la forma de presentació de la documentació per les empreses, així com a l'obertura d'aquesta, previstos en el nostre dret intern de contractació pública –que no en el comunitari–, tenen com a finalitat salvaguardar el respecte dels principis rectors de la contractació pública esmentats, de manera que no constitueixen una finalitat en si mateixos, sinó que són un mitjà per garantir que el coneixement del contingut de les ofertes, o de part d'elles, es produeix en el moment oportú, que és allò realment rellevant a l'efecte de garantir la igualtat de tracte i la no discriminació entre les empreses licitadores. A més, cal tenir en compte la necessitat de conjugar el deure

⁵ En l'Informe 30/2011, de 15 de desembre, ja esmentat, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, recollint la doctrina del TACRC, afirma que no procedeix l'exclusió de l'empresa licitadora que hagi incorregut en l'error, si la informació que ha inclòs en un sobre incorrecte no es troba subjecta a valoració, de manera que el seu coneixement per l'òrgan de contractació en un moment diferent al previst no influeix en la seva objectivitat a l'hora de valorar les ofertes. En aquest mateix sentit, els acords del Tribunal de Contractes Públics d'Aragó 16/2011, de 21 de juliol, i 33/2012, de 9 d'agost.

⁶ En la Resolució 146/2011, el TACRC vincula la forma de presentació de la documentació i el seu coneixement a destemps amb aquells principis, en els termes següents: “els tècnics en realitzar la seva valoració disposen d'una informació que no és coneguda respecte de tots els licitadors, sinó només d'aquells que han incomplert l'exigència ressenyada –presentació de la documentació de manera separada– la qual cosa suposa que la seva oferta serà valorada amb coneixement d'un element de judici que falta en les altres, infringint així els principis d'igualtat de tracte i no discriminació”.

de compliment d'aquells requisits formals amb el principi de lliure concurrència, també rector de la contractació pública.

Tanmateix, es constata l'existència de doctrina que, no obstant fer també referència al "coneixement" del contingut de dita documentació a destemps, com a causa de vulneració dels principis esmentats, ha considerat que procedeix l'exclusió de les empreses per haver inclòs la documentació que ha de ser objecte de valoració en sobres incorrectes, amb independència que dita incorrecció efectivament hagi tingut com a conseqüència aquell coneixement⁷.

No obstant això, la doctrina també ha matisat l'efecte de l'exclusió per la introducció equivocada de la documentació en els diferents sobres, entenent que aquest fet no ha de donar lloc al "remei extrem de l'exclusió" en el cas en què no s'hagi produït una situació de desigualtat i que "no qualsevol vici procedimental genera la nul·litat, en aquest cas de l'acte d'adjudicació, essent precís que s'hagués produït una indefensió real i no merament formal".⁸

La rellevància del coneixement efectiu del contingut de la documentació, per sobre de l'error formal en la presentació de les ofertes en diferents sobres, ha estat assenyalada per l'Audiència Nacional en la Sentència de 6 de novembre de 2012, en la qual es resol un recurs interposat contra la resolució núm. 299/2011 del TACRC, de 7 de desembre, que va desestimar un recurs interposat contra l'acord d'exclusió d'una empresa "per haver vulnerat el caràcter secret de les ofertes, en haver inclòs en el sobre número 2 documents corresponents al sobre número 3"⁹.

⁷ En l'Informe 28/2012, de 20 de novembre, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en un supòsit en què "la pregunta que es formula en la consulta és si s'hauria d'excloure als licitadors que varen introduir de forma errònia la documentació malgrat que la finalitat protegida s'ha complert i no s'ha tingut coneixement del contingut de les seves ofertes", va considerar que procedia l'exclusió, ja que la documentació aportada en un sobre erroni estava subjecte a valoració i, per tant, que l'error suposava una vulneració dels principis d'igualtat de tracte i no discriminació.

⁸ Resolució 233/2011 del TACRC de 5 d'octubre de 2011, emesa en relació amb un supòsit en què s'inclou en un sobre incorrecte documentació relativa a criteris d'avaluació objectius, quan el plec no en preveia de subjectius.

⁹ En aquesta resolució, el TACRC va estimar correcta l'exclusió, atesa la claredat de la redacció de les clàusules del plec relatives a la documentació que havia de contenir cada sobre i que aquest constitueix la llei del contracte; el deure de respectar el principi de no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; l'obligació establerta pel TRLCSP que les proposicions dels interessats han de mantenir-se secretes fins al moment en què, de conformitat amb el plec, han de ser obertes i l'obligació de presentar-se en sobres independents; i el criteri de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'informe 68/08, de 2 de desembre, d'acord amb el qual "l'única solució possible és la inadmissió de les ofertes en les que les documentacions hagin estat presentades de manera que incompleixin els requisits establerts en el plec respecte de la forma de presentar-les". Aquesta resolució recull la doctrina de la Resolució 147/2011 de 25 de maig del mateix TACRC, dictada en un supòsit similar.



Literalment, en aquesta Sentència s'indica que “el que és rellevant, tanmateix, no és l'error en la documentació sinó que del mateix s'hagi produït una vulneració del secret, és a dir, que una dada, fins aleshores desconeguda i d'influència en l'adjudicació, sigui inclosa en el sobre que no li correspon; si la dada era ja coneguda o el seu coneixement a destemps és irrellevant, no es pot parlar de vulneració del caràcter secret de les proposicions amb la greu conseqüència d'excloure del procediment a un dels licitadors”.

A més, després de recordar que el Tribunal Suprem, en un gran nombre de sentències com les de 6 de juliol de 2004 i 26 de gener de 2005, que citen moltes altres, ha mantingut una interpretació antiformalista en aquesta matèria –en concret, en relació amb l'existència d'errors esmenables observats en la documentació inclosa en els sobres que contenen les proposicions de les empreses licitadores–, s'afirma que “tampoc en allò relatiu a la vulneració del secret de les proposicions es pot admetre aquest criteri automàtic d'exclusió aplicat per l'òrgan de contractació” en invocar una clàusula del plec que preveia que la inclusió incorrecta de la documentació del sobre que havia de contenir la part de l'oferta avaluable de manera automàtica en els altres sobres, seria causa d'exclusió per vulnerar el caràcter secret de les ofertes¹⁰.

En aquest sentit, s'indica que “tal interpretació resulta excessivament formalista i contrària al principi de lliure concurrència, també formulat en l'article 1 de la Llei doncs ha de ser interpretada a la llum dels preceptes esmentats que justifiquen el caràcter secret de les proposicions, la qual cosa exigeix la comprovació de què aquesta actuació realment ha vulnerat el secret i ha pogut influir en la valoració dels criteris quantificables mitjançant fórmula”, i s'afegeix que “la simple comprovació de l'error en els sobres podrà en tot cas constituir una presumpció a favor d'aquesta infracció que pot ser desvirtuada mitjançant prova en contrari, com succeeix en el present supòsit”.

En definitiva, com ja s'ha avançat anteriorment i d'acord amb aquest plantejament, si no s'ha vulnerat el secret de les ofertes, ni el deure de no tenir coneixement del contingut de la documentació relativa als criteris de valoració objectiva abans de la relativa als criteris de valoració subjectiva, no procedeix l'exclusió de les empreses licitadores pel sol fet que aquestes hagin incorregut en un error en introduir en els sobres la documentació de les seves ofertes. Certament, aquest fet pot comportar –i sens dubte en ocasions comportarà– que aquella vulneració es produeixi, però, per si sol, no ha de tenir l'efecte automàtic d'implicar l'exclusió de l'empresa licitadora de qui provingui, si efectivament la vulneració a què ens referim no s'arriba a produir.

En aquesta mateixa línia es pronuncia el TACRC en la recent Resolució 126/2014, de 14 de febrer de 2014¹¹, en la qual afirma que “si bé la indeguda distribució de la documentació

¹⁰ També el TACRC, en la Resolució 095/2012, de 18 d'abril, ha considerat improcedent l'exclusió d'una empresa licitadora –en un supòsit en què la documentació introduïda en un sobre erròniament no havia de ser objecte de valoració–, tot i preveure expressament els plecs que l'error en la presentació de la documentació en els sobres seria causa d'exclusió de la licitació.

¹¹ En aquesta Resolució s'analitza el supòsit d'una licitació en què una empresa havia introduït la documentació corresponent al criteris subjectes a judici de valor en el sobre relatiu a la documentació



entre els sobres a presentar pel licitador és una irregularitat formal, aquesta irregularitat només tindrà com a conseqüència el remei extrem de l'exclusió del licitador en el cas que s'hagués creat una situació de desigualtat entre els licitadors. Aquesta situació de desigualtat es produeix quan l'òrgan de contractació, en el moment d'avaluar els elements valorables mitjançant judici de valor, ja tenia coneixement previ de l'oferta d'algun licitador respecte dels elements avaluable mitjançant fórmules. Aquest coneixement ha de ser un coneixement efectiu, doncs en cas contrari, no podria contaminar ni influir de cap forma en l'avaluació dels elements valorables mitjançant judici de valor, no donant lloc a la situació de desigualtat entre els licitadors, que és la determinant de l'exclusió".

Per tant, la resposta a la qüestió plantejada per l'Ajuntament de Pals cal donar-la sobre la base, en primer terme, del caràcter avaluable o no de la documentació que s'inclou en un sobre incorrecte i, en segon terme, de si amb motiu d'aquest error s'ha produït o no el coneixement efectiu del contingut d'aquella abans del moment procedimental previst legalment; i no en funció de quins siguin els sobres en què procedeix incloure la documentació i els sobres en què per error s'acaba introduint, tal com es sol·licita en l'escrit que acompanya la petició d'informe. Certament, si bé es podria presumir que la inclusió errònia de documentació d'un sobre en concret en determinats sobres té en ocasions la conseqüència de comportar l'exclusió de l'empresa que ha incorregut en l'error, no es pot establir aquesta conseqüència, amb caràcter general i previ, atès que depèn, com s'ha vist, de les circumstàncies concurrents en cada cas.

III. Finalment, i per tal de fer esment de tots els supòsits a què es refereix aquell escrit que acompanya la petició d'informe, cal confirmar que, tal com s'hi assenyala, la inclusió de "documentació administrativa" –acreditativa del compliment dels requisits previs, enumerada en l'article 146.1 del TRLCSP– en un sobre incorrecte, pot comportar que s'hagi de tornar a presentar en el termini d'esmena que, atesa la seva manca en el sobre corresponent, es concedeixi a l'efecte, per tal que pugui ser avaluada amb caràcter previ a l'obertura de les ofertes¹².

Tanmateix, atesa l'amplitud de la casuística que es pot arribar a donar, no procedeix efectuar un pronunciament taxatiu sobre les conseqüències que aquest error hagi de comportar en tot cas, i han de ser les meses o òrgans de contractació els que les decideixin en els supòsits concrets que es plantegin.

corresponent als criteris avaluable de manera automàtica per aplicació de fórmules, i viceversa, i la mesa va procedir a col·locar la documentació en els sobres correctes. El TACRC conclou que no es va produir coneixement efectiu per la mesa de l'oferta econòmica, que la documentació estava, al marge de la confusió dels sobres, degudament classificada i que "la mesa es va limitar a corregir l'error material en què havia incorregut el licitador, de la forma més favorable a la lliure concurrència, sense que de la seva actuació es pugui deduir que es va produir una situació de desigualtat entre els licitadors, ni minva en les garanties de la licitació".

¹² Aquest ha estat el criteri manifestat per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 47/09, d'1 de febrer de 2010, que s'esmenta en l'escrit que acompanya la petició d'informe.

A més, també s'ha d'assenyalar, en coherència amb les consideracions fins ara efectuades, que la inclusió de documentació relativa a criteris d'adjudicació sotmesos a un judici de valor en el sobre que conté la documentació avaluable mitjançant criteris automàtics provoca que la documentació inclosa incorrectament no es pugui valorar en el moment oportú, sense que procedeixi en aquest cas la possibilitat que es torni a presentar; com tampoc l'obertura del sobre en què erròniament s'ha inclòs per trobar-la entre tota la documentació que s'hi conté, ja que no es podria garantir no tenir coneixement del contingut de la resta; ni, com ja s'ha dit, la seva valoració en un moment posterior al previst legalment. Així mateix, també en aquest cas han de ser les meses o els òrgans de contractació els que determinin les conseqüències que aquest error ha de comportar, tenint en compte les circumstàncies concurrents.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

- 1. El coneixement efectiu del contingut de la documentació que ha de ser objecte de valoració en un moment anterior al previst en la normativa de contractació pública, derivat de la seva inclusió incorrecta en els diferents sobres per part de les empreses licitadores, ha de comportar l'exclusió d'aquestes del procediment de licitació.**
- 2. La inclusió de documentació acreditativa del compliment dels requisits previs en un sobre incorrecte pot comportar que s'hagi de tornar a presentar en el termini d'esmena que es concedeixi a l'efecte, si bé han de ser les meses o òrgans de contractació els que determinin les conseqüències d'aquest error en funció de les circumstàncies concurrents en cada cas.**
- 3. La inclusió de documentació relativa a criteris d'adjudicació sotmesos a un judici de valor en el sobre que conté la documentació avaluable mitjançant criteris automàtics comporta que la documentació inclosa incorrectament no es pugui valorar, sens perjudici de les conseqüències que les meses o òrgans de contractació determinin en cada cas, en funció de les circumstàncies que hi concorrin.**

Barcelona, 11 d'abril de 2014