



INFORME TÈCNIC I JURÍDIC RELATIU A L'EXCLUSIÓ EN EL MARC DEL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ PER A LA CONTRACTACIÓ DE LES OBRES RELATIVES AL PROJECTE D'IMPLANTACIÓ DE LES NOVES OFICINES DE BARCELONA D'INFRAESTRUCTURES MUNICIPALS A L'EDIFICI MEDIATIC SITUAT AL CARRER ROC BORONAT 117 AL DISTRICTE DE SANT MARTÍ A BARCELONA, AMB MESURES DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA SOSTENIBLE.- NÚM. D'EXPEDIENT 610.2024.057

ANTECEDENTS

I.- Barcelona d'Infraestructures Municipals, S.A. ("BIMSA"), mitjançant anunci de licitació al Perfil de Contractant, de data 17 de maig del 2024, va publicar el procediment de licitació obert no harmonitzat de referència, en el qual es varen presentar:

Ordre present.	Nom / Raó social
1	CONSTRUCTORA DEL CARDONER, S.A.
2	OBRES I CONTRACTES PENTA, S.A.
3	JOSE ANTONIO ROMERO POLO, S.A.U.

II.- En data 14 de juny del 2024, es va produir l'acte d'obertura dels sobres digitals A, quedant totes les empreses licitadores admeses en el procediment de referència.

III.- En data 18 de juny de 2024, es va procedir a l'obertura de les proposicions avaluables mitjançant criteris sotmesos a judici de valor (sobre digital B), constant la totalitat de la documentació de caràcter tècnic requerida en la Clàusula 9.2 del Plec de Clàusules Administratives Particulars ("PCAP") regulador del present procediment. Celebrat l'acte d'obertura, les proposicions dels licitadors es varen traslladar als serveis tècnics de BIMSA dependents del departament d'Edificació, per tal que les valoressin d'acord amb els criteris d'adjudicació ponderables en base a judicis de valor previstos a l'Annex núm. 4 del PCAP i elevessin el seu informe a la Mesa de Contractació.

IV.- Als efectes que aquí interessen, es recorda el que s'estableix el PCAP tant a la **clàusula 9.2.2** com a l'**Annex núm. 6**, quin contingut es reproduïx (el subratllat prové del PCAP):

"IMPORTANT: En qualsevol cas, en el sobre "B" NO hi podrà haver:

Respecte del/la CAP D'OBRA i l'ENCARREGAT/ADA D'OBRA:

CAP referència ni nominal ni a l'experiència, inclosos Curricula Vitae, així com tampoc hi podrà haver CAP referència al seu percentatge de dedicació, atès que tant l'experiència com la dedicació d'aquestes posicions seran objecte de valoració per aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre "C"). La revelació d'aquestes referències (nominal, experiència i dedicació) serà causa d'exclusió.

Respecte del TÈCNIC/A DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS:



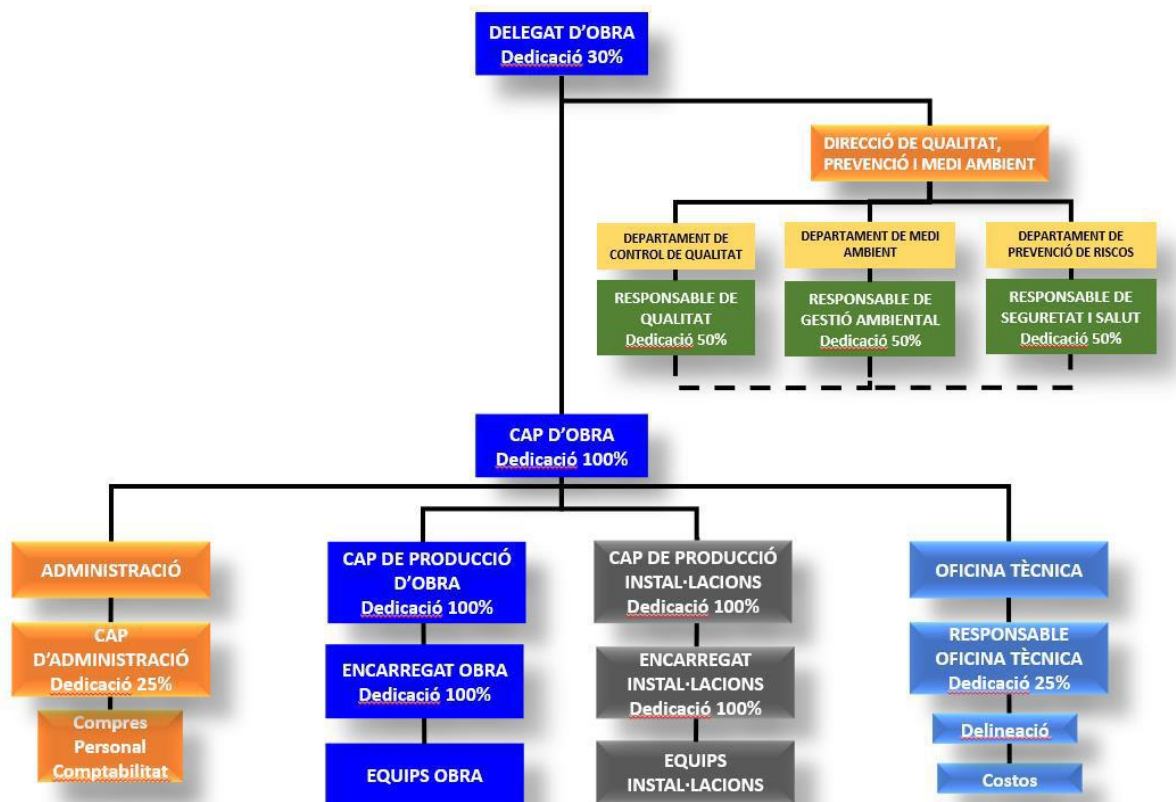
CAP referència ni nominal ni a l'experiència, inclosos Curricula Vitarum, atès que l'experiència d'aquesta posició serà objecte de valoració per aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre "C"). La revelació d'aquestes referències (nominal i experiència) serà causa d'exclusió.

En aquest sentit, cal citar tanmateix la Clàusula 8.7 del PCAP (el subratllat prové del PCAP):

"La documentació que contenen els sobres A i B no poden incloure cap informació que permeti conèixer el contingut del sobre C, relatiu a la proposició econòmica i documentació tècnica de criteris avaluable de forma automàtica. L'incompliment d'aquesta obligació implicarà l'exclusió de la licitació."

V.- En data 1 de juliol 2024, durant l'anàlisi de totes les proposicions, els referits serveis tècnics van detectar que en l'oferta presentada per 'OBRES I CONTRACTES PENTA, S.A.' constava informació susceptible de permetre conèixer el contingut d'alguns dels criteris de valoració a través de fórmules automàtiques (sobre digital C). Concretament, **s'ha detectat la revelació d'informació relativa al percentatge de dedicació de l'equip tècnic ofert**, la qual en els termes del Plec regulador de la present licitació, corresponia presentar al Sobre C.

Així, l'oferta de l'empresa 'OBRES I CONTRACTES PENTA, S.A.' inclou el següent organigrama:



VI.- Vist el contingut dels sobres B, i la previsió del PCAP sobre aquesta qüestió, la Secretària de la Mesa de Contractació va enviar requeriment en data 3 de juliol de 2024 al licitador, per tal que



presentessin les al·legacions que estimessin oportunes, sense que l'empresa hagi presentat cap al·legació al respecte.

Exposat l'anterior, cal determinar si l'actuació del referit licitador, ha d'implicar la seva exclusió del procediment de licitació de referència.

CONSIDERACIONS TÈCNiques I JURÍDIQUES

L'article 1 de la LCSP estableix dintre de les seves finalitats la de garantir el principi de no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors. A aquests efectes, diversos preceptes de la norma tenen per finalitat protegir aquest principi:

- Article 139.2:

“Les proposicions són secretes i s’han d’arbitrar els mitjans que garanteixin aquest caràcter fins al moment d’obertura de les proposicions, sense perjudici del que disposen els articles 143, 175 i 179 pel que fa a la informació que s’ha de facilitar als participants en una subhasta electrònica, en un diàleg competitiu o en un procediment d’associació per a la innovació.”

- Article 146.2:

“En tot cas, l’avaluació de les ofertes de conformitat amb els criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules s’ha de dur a terme després d’efectuar prèviament la d’aquells altres criteris en què no concorri aquesta circumstància, i se n’ha de deixar constància documental.

Aquesta avaluació prèvia s’ha de fer pública en l’acte en què es procedeixi a l’obertura del sobre que contingui els elements de l’oferta que s’han de valorar mitjançant la mera aplicació de fórmules.”

- Article 157.3:

“La Mesa de contractació ha de qualificar la documentació a què es refereix l’article 140, que els licitadors han de presentar en un sobre o un arxiu electrònic diferent del que contingui la proposició.”

També el Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007, de 30 d’octubre, de Contractes del Sector Públic, estableix en el seu articulat la necessitat de preservar el secret de les proposicions:

- Article 26:

“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 d’aquesta última abans que s’hagi efectuat la valoració d’aquells.”

- Article 30.2:

“En tot cas, la valoració dels criteris quantificables de manera automàtica s’ha d’efectuar sempre amb posterioritat a la d’aquells la quantificació dels quals depengui d’un judici de valor.”



Preceptes que resulten d'aplicació tant pels licitadors com per l'Òrgan de Contractació en virtut del principi de legalitat, als quals s'afegeixen les constants referències al llarg del PCAP a la necessitat de preservar el secret de les proposicions (veure Antecedent III).

Cal destacar que el Plec administratiu passa a ser llei entre les parts una vegada ha estat acceptat pels licitadors al presentar-se a la licitació. Al respecte, tal com ha quedat pales en moltes resolucions dels diferents tribunals de contractació, el Plec esdevé *lex contractus* entre les parts (BIMSA i licitadors), havent de donar compliment ambdues parts a les seves prescripcions, essent vinculant el previst en el Plec objecte de licitació, segons disposa l'article 139.1 de la LCSP, d'acord amb el qual "Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar als plecs i la documentació que regeixen la licitació, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada pe l'empresari del contingut de la totalitat de les seves clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva (...)".

En aquest sentit, podem citar, per totes, la **Resolució núm. 109/2022 (recurs N-2021-0285), de 18 de maig, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:**

"Ultra això, per analitzar la qüestió controvertida cal partir del fet que, efectivament, els plecs rectors de la licitació, en aquesta qüestió, no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant, en aquest sentit, van esdevenir lex inter partes, de manera que les seves previsions al respecte van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació conformement amb l'article 139.1 de la LCSP, com a l'òrgan de contractació, qui ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 132 de la LCSP (entre moltes altres, resolucions 108/2021, 87/2021, 415/2020, 332/2020, 102/2020, 67/2020, 44/2020, 266/2019, 160/2018, 152/2018, 128/2018, 100/2018, 98/2018, 95/2018, 90/2018, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem -per totes, sentències de 9 d'octubre de 2019, 20 de febrer de 2018, 27 de maig de 2009 i 26 de desembre de 2007)."

Una altre resolució, fent més al·lusió a la plena validesa dels Plecs publicats la trobem en la **Resolució núm. 1585/2021 (recurs 1069/2021), de 18 de maig, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:**

"Atendido lo anterior, el contenido de los pliegos es de obligatorio cumplimiento por las partes, si bien estas pueden, de acuerdo con lo previsto en la LCSP, proceder a su impugnación, si consideran que no son adecuados, que pueden resultar lesivos o que son nulos o anulables.

En el caso que nos ocupa, dichos pliegos son firmes, al no haber sido impugnados por las partes"

Fetes les anteriors consideracions, i partint del ja enunciat principi de no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors ex article 1 de la LCSP, resulta contrari a dit principi el fet de desvirtuar el secret de les ofertes tot disposant d'informació avaluable mitjançant fórmules matemàtiques amb anterioritat a l'apertura pública del sobre digital C. En aquest sentit l'**Acord núm. 61/2017 (recurs 069/2017), de 8 de maig, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó**, pel qual es resol un supòsit de vulneració del secret de les ofertes (el subratllat és nostre):

"Como viene señalando este Tribunal administrativo desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como de las previsiones normativas citadas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya



cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 del TRLCSP.

De ello se deduce que, como ya se argumentó en nuestro Acuerdo 16/2011, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico presentada por éstos puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, lo que afectaría al propio sistema de valoración y su necesaria objetividad. De modo que, se infringiría, al «contaminar» el procedimiento, los principios de igualdad de trato y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP.»

La raó de ser del fet que la valoració dels aspectes tècnics subjectes a judicis de valor es realitzi abans de conèixer l'oferta econòmica i altres criteris avaluable mitjançant fórmules automàtiques és evitar que aquest coneixement pugui influir en la valoració a dur a terme per part de la Mesa de Contractació en aplicació dels referits criteris, i així mantenir la màxima objectivitat possible en la valoració de les propostes. En aquest sentit, resulta de gran interès el resum que d'aquesta institució fa la **Resolució núm. 043/2020, de 26 de febrer (EB 2020/011), de la Titular de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma d'Euskadi:**

*“Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 19/2020) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, consciente o inconscientemente, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. **La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad** (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO).”*

El redactat del PCAP, juntament amb l'exigència legal de no revelar el contingut de les ofertes, deixen clar que no es podia incloure en els sobres digitals A i B cap menció al percentatge de dedicació de l'equip tècnic ofert, atès que aquesta informació permet conèixer d'avant mà la puntuació obtinguda per aquest mateix criteri i quina avaluació depèn de l'aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre digital C).



En aquest sentit, convé portar a col·lació la **Resolució núm. 372/2020 (recurs N-2020-211), de 16 de novembre, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:**

“El fet d’avançar en el sobre B de la proposició (aspectes de les ofertes a valorar segons els criteris dependents d’un judici de valor) elements que són propis del sobre C (aspectes de les ofertes a valorar segons els criteris de ponderació automàtica) constitueix un motiu d’incompliment de les regles de separació de la documentació a incloure en cadascun dels sobres de la proposició que no resulten fútils ni capritxoses, sinó que la normativa de contractació pública així ho exigeix ex articles 139 i 157 de la LCSP i articles 26, 27 i 30.2 del RLCSP, als efectes de preservar el secret de les proposicions, l’objectivitat i imparcialitat de les valoracions subjectes a un judici de valor i, en definitiva, la igualtat de tracte de les empreses licitadores i la transparència del procediment (entre moltes altres, resolucions 104/2020, 5/2020, 311/2019, 299/2019, 228/2018, 83//2018, 177/2017, 2/2017, 124/2016, 76/2016, 9/2016, 189/2014 i 102/2014 d’aquest Tribunal, 425/2016, 326/2014, 634/2013, 27/2013, 67/2012, 147/2011 i 146/2011 TACRC, 47/2014, 34/2014, 38/2013, 34/2013 i 8/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, 10/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, i 59/2012, 52/2012, 51/2012, 50/2012 i 9/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).”

En el mateix sentit, la **Resolució núm. 361/2021 (recurs N-2021-0354), de 24 de novembre, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic** (el subratllat és nostre):

“Tant aquest Tribunal com altres òrgans de recursos contractuals han assentat en la seva doctrina (vid) el criteri de confirmar l’exclusió d’aquelles empreses licitadores que haguessin inclòs informació avaluable mitjanant fórmules en el sobre de la documentació general que acompanya les proposicions (sobre A) o en el sobre corresponent a la informació subjecta a judici de valor (sobre B), perquè qualsevol acte que impliqui el coneixement de les característiques de les ofertes avaluables automàticament abans que tingui lloc l’acte públic de la seva obertura, trenca el secret de les proposicions i, per tant, és contrari a les previsions que s’han vist dels articles 139, 146 i 157 de la LCSP.

En definitiva, es tracta d’evitar, fonamentalment, el risc potencial de contaminació del judici de l’òrgan tècnic ja sigui en la qualificació documental del sobre A, ja sigui en la valoració dels criteris subjectes a un judici de valor, una vegada coneguda la documentació avaluable mitjançant fórmula o els criteris de valoració automàtica.”

I encara més recent, **Resolució núm. 147/2022 (recurs N-2021-0331), de 29 de juny, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:**

“(…) com a recordatori de la doctrina ja plenament consolidada, val a dir que la contaminació es produeix pel fet de conèixer, en la fase de valoració dels criteris subjectes a judici de valor, que en el criteri automàtic obtindrà determinada puntuació en el criteri automàtic relatiu al temps de resposta, de manera que amb el coneixement prematur d’aquestes dades rellevants en la valoració, JA es vulnera el principi d’objectivitat d’imparcialitat que ha de regnar en el moment de la valoració dels sobre B. Al respecte, i malgrat encara no s’ha procedit a obrir els sobres C de manera que aquest Tribunal no pot constatar si el que avança la recurrent és el indicarà en el sobre C, val a dir que aquelles dades incorrectament incloses en el sobre B, ja determinen i condicionen la posició, judici i el parer de l’òrgan de contractació a l’hora de la valoració tècnica. En aquest cas, resulta evident l’impacte d’aquest avançament, per tant, de la sola lectura del



motiu d'exclusió i tenint en compte la configuració dels plecs, s'ha produït la vulneració al principi de secret de les ofertes. Per tant, en aquests casos tan evidents, no resulta necessari majors disquisicions sobre l'afectació de l'avançament d'aquesta informació rellevant de dades cabdals respecte al resultat de la licitació, això és: á [sic] vulneració dels principis del secret de les ofertes, i dels principis d'objectivitat i imparcialitat que han de comportar inexorablement a l'exclusió."

Adicionalment, si ens remetem a l'establert en el PCAP, en la **clàusula 9.2.2** s'indica expressament que la revelació del percentatge de dedicació en els Sobres A i B serà causa d'exclusió, amb la literalitat següent:

"IMPORTANT: En qualsevol cas, en el sobre "B" NO hi podrà haver:

Respecte del/la CAP D'OBRA i l'ENCARREGAT/ADA D'OBRA:

CAP referència ni nominal ni a l'experiència, inclosos *Curricula Vitarum*, així com tampoc hi podrà haver CAP referència al seu percentatge de dedicació, atès que tant l'experiència com la dedicació d'aquestes posicions seran objecte de valoració per aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre "C"). La revelació d'aquestes referències (nominal, experiència i dedicació) serà causa d'exclusió.

Respecte del TÈCNIC/A DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS:

CAP referència ni nominal ni a l'experiència, inclosos *Curricula Vitarum*, atès que l'experiència d'aquesta posició serà objecte de valoració per aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre "C"). La revelació d'aquestes referències (nominal i experiència) serà causa d'exclusió."

El mateix estableixen les clàusules 6.6 i 8.7 del PCAP, així com l'Annex núm. 6 adjunt al mateix, referents als criteris d'adjudicació (concretament en el seu apartat 2.1.2), en què s'indica expressament que els sobres digitals A i B en cap cas podran contenir informació que permeti avançar la valoració dels criteris quina ponderació depèn de fórmules matemàtiques (sobre digital C).

Del redactat que conté el PCAP només es pot desprendre que **QUALSEVOL MENCIO AL PERCENTATGE DE DEDICACIÓ DE LES POSICIONS DE L'EQUIP TÈCNIC OFERT SERÀ CAUSA D'EXCLUSIÓ**, pels motius exposats amb anterioritat. En conseqüència, la prescripció es clara i no admet dubtes; no es pot fer cap referència en sobre A ni B al percentatge de dedicació, atès que aquest criteri ha de ser objecte de valoració per aplicació de fórmules o criteris automàtics (sobre C).

En aquest sentit, es recorda que el deure de diligència en la preparació de les ofertes recau exclusivament sobre els licitadors, havent aquests, per tant, de suportar les conseqüències del seu incompliment o dels seus errors. Podem citar, per totes, la recent **Resolució núm. 5/2023 (recurs N-2021-0429), d'11 de gener, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:**

"En canvi, són les empreses les que han d'elaborar les seves ofertes ab initio segons les condicions establertes en el PCAP i de conformitat a les respostes obtingudes, i publicades, de les consultes plantejades a l'òrgan de contractació, atès que accepten expressament en presentar-se a la licitació aquestes condicions, havent de suportar els licitadors les conseqüències de l'incompliment del seu deure de diligència en la preparació d'aquestes".



A més, en ares del principi d'igualtat que regeix el procediment de licitació, cal aplicar el Plec d'igual forma per tots els licitadors que han participat a la licitació, tenint en compte que hi ha 2 licitadors que han respectat les condicions del Plec.

Per tot exposat, atesa la normativa d'aplicació, així com les consideracions doctrinals exposades en el cos d'aquest Informe, els serveis tècnics encarregats de valorar les proposicions avaluable mitjançant criteris sotmesos a judici de valor disposaven d'informació suficient i concreta per conèixer, amb caràcter previ a l'obertura del sobre digital C, part de la puntuació que obtindria el licitador 'OBRES I CONTRACTES PENTA, S.A.', respecte del percentatge de dedicació, essent que el coneixement de dita informació abans de l'obertura del sobre digital C suposa la vulneració del principi d'igualtat i, per tant, l'exclusió l'operador econòmic afectat resulta necessària a fi de no vulnerar el principi de no discriminació i igualtat de tracte entre licitadors.

CONCLUSIÓ

A la vista de las consideracions anteriors, s'informa favorablement a l'exclusió l'operador econòmic 'OBRES I CONTRACTES PENTA, S.A.' del procediment de licitació per a la contractació de referència, atès l'incompliment d'allò establert a les clàusules 6.6, 8.7 i 9.2.2 i a l'Annex núm. 6 del PCAP, per vulneració del secret de les proposicions i del principi d'igualtat de tracte entre els licitadors, en els termes descrits en el present Informe.

Barcelona, a data de la signatura electrònica,

Raimon Salvat i Devesa
Director Tècnic d'Edificació

Laura Gascons Mèlich
Secretària de la Mesa i Cap de Contractació