Informe 7/2014, d'11 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Resolució d'empats en les puntuacions obtingudes per les ofertes de les empreses licitadores.

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 resolució d'un empat entre dues proposicions".

II. La petició d'informe adjunta un escrit de la secretaria de l'Ajuntament en el qual s'exposa el supòsit de fet concret que motiva la consulta –la licitació, per procediment obert, d'una "concessió demanial per construir un bar en una zona de domini públic"–; i es transcriu la fórmula emprada per a la valoració de les ofertes econòmiques, la qual estableix l'atorgament de diferents puntuacions en funció de diversos trams de preus, de manera que –tal com s'indica que ha succeït en el supòsit de què porta causa la consulta– una oferta econòmica determinada obté la mateixa puntuació que una altra millor, si ambdues es troben en el mateix tram de valoració. A més, s'indiquen les ofertes econòmiques presentades per les dues empreses licitadores que resulten en situació d'empat, així com la puntuació obtinguda per les ofertes de cadascuna d'elles, específicament pel que fa al criteri preu.

Així mateix, en aquest escrit s'exposa que l'oferta d'una de les empreses en situació d'empat –identificada en l'escrit com a "licitador A"– inclou un cànon superior; que els plecs de clàusules administratives particulars no contenen cap previsió per resoldre l'empat; i que no resulta d'aplicació la preferència en l'adjudicació prevista en la disposició addicional quarta del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, per tractar-se de licitadors persones físiques. Per aquests motius, es planteja el següent:

"L'article 1 del TRLCSP determina que 'la present Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir (...) la selecció de l'oferta més avantatjosa', mentre que l'article 151.1 del TRLCSP considera que 'l'òrgan de contractació requerirà el licitador que hagi presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa (...)', no el licitador que hagi obtingut la major puntuació. A més, l'Ajuntament no pot deixar de resoldre l'expedient perquè l'article 151.3 del TRLCSP preveu que no es pugui declarar deserta una licitació quan alguna oferta sigui admissible d'acord amb els criteris del Plec.

Per tant, a la vista d'aquests antecedents, es considera que l'empat entre ambdós licitadors s'ha de resoldre seleccionant l'oferta econòmicament més avantatjosa per a l'Ajuntament, en aquest cas el licitador A.

Passeig de Gràcia, 19, 5a planta
08007 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

A la vista de les dades referenciades, us presentem la següent consulta de caràcter general: en cas d'empat a punts entre els dos millors licitadors, i no constant al PCAP cap clàusula que determini el procediment de resolució d'aquesta situació d'empat, i amb el benentès que l'única diferència entre ambdós és que un ha presentat una oferta econòmica més elevada, s'hauria d'adjudicar el contracte a aquest licitador en base a les referides fonamentacions jurídiques? "

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. Abans d'analitzar la qüestió plantejada, s'ha de precisar que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, d'acord amb el que preveu el Decret 376/1996, de 2 de desembre, ja esmentat, té el caràcter d'òrgan consultiu específic en matèria de contractació i, en l'exercici de la seva funció de resoldre consultes de caràcter general sobre la interpretació i l'anàlisi de les normes jurídiques en matèria de contractació pública, no pot substituir ni suplir les funcions consultives que tenen assignades altres òrgans consultius en els seus respectius àmbits de competència, tal com es recull en la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, d'aquesta Comissió Permanent.

Per tant, la resposta a la qüestió plantejada per l'alcalde de l'Ajuntament de Pals s'efectua sobre la base de l'anàlisi de les normes, la doctrina i la jurisprudència en matèria de contractació pública, sense entrar a valorar les circumstàncies, ni el supòsit de fet concret, que originen la consulta.

II. Així mateix, convé també efectuar una breu reflexió com a premissa, atesa la interpretació que sembla desprendre's de l'escrit que acompanya la petició d'informe, relativa al fet que l'oferta més avantatjosa econòmicament no es correspongui necessàriament i en tot cas a la que hagi obtingut la millor puntuació, o que, a igualtat de puntuació en les ofertes, l'òrgan de contractació pugui determinar quina de les ofertes és, sota el seu criteri –no manifestat en els plecs que regeixen la licitació–, la més avantatjosa econòmicament.

En aquest sentit, cal recordar que, si bé els òrgans de contractació poden optar per adjudicar un contracte a l'oferta més avantatjosa econòmicament i, en aquests casos, gaudeixen de discrecionalitat tècnica per establir, en funció del seu objecte, els criteris d'adjudicació d'acord amb els quals avaluaran les ofertes per determinar quina d'elles presenta la millor relació qualitat/preu, aquesta determinació ha d'anar sempre lligada,

indefectiblement, a la valoració de les proposicions efectuada conforme als criteris esmentats.

Així, els òrgans de contractació han de dur a terme l'avaluació de les ofertes, i la consegüent atribució de la puntuació corresponent, aplicant únicament els criteris d'adjudicació –inclosos els criteris addicionals o de desempat– fixats i ponderats prèviament en els plecs, de manera que la determinació de quina és l'oferta més avantatjosa econòmicament ha de venir donada exclusivament per la valoració obtinguda en aplicació d'aquells. En conseqüència, els òrgans esmentats no poden determinar quina de les ofertes consideren la més avantatjosa econòmicament al marge d'aquests criteris d'adjudicació, és a dir, tenint-ne en compte d'altres no fixats prèviament o aplicant-los de manera no prevista –donant prevalença o prioritat a algun d'ells, o delimitant o concretant el seu abast, tal com es planteja en l'escrit que acompanya la petició d'informe, sense haver-ho establert en els plecs.

En aquest ordre de consideracions, es pot avançar ja ara una de les conclusions d'aquest informe indicant que, atesa la reiterada necessitat que els òrgans de contractació determinin l'oferta més avantatjosa econòmicament sobre la qual recaigui la proposta d'adjudicació, en funció dels criteris o paràmetres establerts amb caràcter previ a l'inici del procediment corresponent, en els plecs o documents que regeixen les licitacions han de constar, a més de, evidentment, els criteris que han de servir de base per a la valoració, també els criteris d'adjudicació addicionals o criteris de desempat, així com, en el seu cas, la prevalença d'un determinat criteri per sobre d'uns altres en casos d'igualtat de puntuació en la valoració global de tots ells, per tal que puguin ser aplicats a l'efecte d'aquella determinació.

III. Per respondre a la qüestió relativa a com procedeix resoldre les situacions d'igualtat en la puntuació obtinguda per les ofertes conforme als criteris d'adjudicació dels contractes del sector públic, cal partir de les previsions que, sobre aquest punt, conté la normativa en matèria de contractació pública.

La disposició addicional quarta del 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), a la qual s'al·ludeix en l'escrit que acompanya a la petició d'informe, conté diverses normes que estableixen la preferència en l'adjudicació dels contractes per les proposicions presentades per determinades empreses[1], sempre que igualin en els seus termes les més avantatjoses des del punt de vista dels criteris que serveixin de base per a

[1] Empreses públiques o privades que, en el moment d'acreditar la seva solvència tècnica, tinguin a la seva plantilla un nombre de treballadors amb discapacitat superior al 2 per 100 i, si diverses empreses acrediten tenir aquest percentatge superior al 2 per 100, la que disposi del percentatge més alt de treballadors fixos amb discapacitat a la seva plantilla; empreses d'inserció que compleixin els requisits establerts a la Llei 44/2007, de 13 de desembre, per a la regulació del règim de les empreses d'inserció, per tenir aquesta consideració; entitats sense ànim de lucre, en l'adjudicació dels contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial; i entitats reconegudes com a organitzacions de comerç just, en l'adjudicació dels contractes que tinguin com a objecte productes en els quals hi hagi alternativa de comerç just.

Passeig de Gràcia, 19, 5a planta
08007 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

l'adjudicació, si així ho han previst en els plecs de clàusules administratives particulars els òrgans de contractació[2].

Per tant, aquesta disposició es recull en el TRLCSP com a norma de caràcter dispositiu, de manera que les preferències que estableix no resulten d'aplicació a les licitacions els plecs de les quals no les hagin previst[3].

Per la seva banda, 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)[4], disposa que "en les subhastes, si es presentessin dues o més proposicions iguals que resultessin ser les de preu més baix, es decidirà l'adjudicació d'aquestes mitjançant sorteig" (article 87.2, darrer incís); i exclou expressament l'aplicació d'aquesta previsió als procediments en què l'adjudicació dels contractes s'efectuï atenent diversos criteris d'adjudicació, i no únicament al preu (article 90).

D'acord amb aquestes previsions reglamentàries, i a diferència del que succeeix amb els criteris d'adjudicació addicionals previstos en la disposició addicional quarta del TRLCSP esmentats anteriorment, en els procediments adjudicats tenint en compte només el criteri preu, el sorteig com a sistema de desempat resulta d'aplicació encara que no s'hagi previst en el plec de clàusules administratives particulars –de manera que en casos d'empat l'adjudicació s'ha de resoldre mitjançant sorteig, sempre que el plec no estableixi altres criteris d'adjudicació addicionals o que, tot i haver-se previst, persisteixi l'empat després d'aplicar-los. En canvi, en els procediments en què es preveuen diversos criteris d'adjudicació, no opera l'aplicació directa del sorteig per disposició normativa.

Aquest diferent règim jurídic per resoldre les situacions d'empat en funció de l'aplicació d'un o diversos criteris d'adjudicació té la seva raó de ser en el fet que, tal com s'insistirà més endavant, l'opció de recórrer al sorteig per al desempat no és la més idònia en els procediments en què l'adjudicació s'efectua per aplicació de diversos criteris, ja que en aquests es pot establir –en cas de no ser aplicables els criteris de preferència previstos en la normativa– que algun dels diferents criteris d'adjudicació previstos operi també com a determinant del desempat; mentre que, en els procediments a adjudicar únicament amb base en el criteri preu, el desempat per sorteig és l'únic sistema possible, atesa la manca

[2] També en alguna normativa sectorial es contenen clàusules d'adjudicació addicional o de preferència en l'adjudicació dels contractes del sector públic, a incloure potestativament pels òrgans de contractació en els plecs de clàusules administratives particulars –per exemple, en la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, pel que fa a contractes de l'Administració General de l'Estat (article 34).

[3] Aquest és també el criteri mantingut per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó en l'Informe 7/2010, de 23 de juny.

[4] Vigent en tot el 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.

d'altres criteris d'adjudicació que ponderar –en cas de no ser aplicables els criteris de preferència previstos en la normativa.

En tot cas, la no aplicació directa –per disposició reglamentària– del sorteig com a sistema de desempat als procediments amb més d'un criteri d'adjudicació prevista en el RGLCAP, no es pot entendre com una prohibició absoluta a la seva utilització en aquests procediments.

Addicionalment, cal constatar que en el moment de l'aprovació del RGLCAP, en els procediments adjudicats únicament tenint en compte el criteri preu els empats es podien produir amb certa freqüència, a diferència del que succeïa en els procediments adjudicats amb base en diversos criteris d'adjudicació. En canvi, actualment s'ha incrementat la possibilitat de producció d'empats en aquests darrers procediments, atesa l'objectivació dels criteris d'adjudicació derivada de l'obligació de donar preponderància a aquest tipus de criteris –establerta primer en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, i actualment en el TRLCSP[5].

IV. Amb el marc normatiu de referència que s'acaba d'exposar s'observa que, en els procediments de contractació en què la valoració de les proposicions per a la determinació de l'oferta més avantatjosa econòmicament s'efectua atenent a diversos criteris d'adjudicació, en els quals no s'han previst en els plecs o documents que regeixen les licitacions el criteri o criteris per dirimir les situacions d'empat, no es disposa d'un mètode o sistema per resoldre-les.

A més, cal tenir en compte que, tal com s'apunta en l'escrit que acompanya a la petició d'informe, malgrat la situació d'empat, el contracte s'ha d'adjudicar, ja que no és possible de declarar deserta una licitació quan existeixi alguna oferta o proposició que sigui admissible d'acord amb els criteris que figuren en el plec (article 151.3 del TRLCSP).

Per aquest motiu, i amb la finalitat de garantir el màxim respecte als principis de informen la contractació pública i, especialment, els d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència, es considera, no només molt recomanable, sinó del tot necessari, incloure en els plecs o documents que regeixen les licitacions el criteri o els criteris –en cas que siguin diversos, ordenats per ordre d'aplicació– que s'han de tenir en compte per resoldre les situacions d'empat en la puntuació obtinguda per les ofertes en els procediments de contractació pública.

[5] L'article 150.2 del TRLCSP disposa que "en la determinació dels criteris d'adjudicació s'ha de donar preponderància a aquells que facin referència a característiques de l'objecte del contracte que es puguin valorar mitjançant xifres o percentatges obtinguts a través de la mera aplicació de les fórmules que estableixen els plecs".

Per exemple, en el supòsit objecte de consulta es podria haver previst el desempat a favor de la millor oferta econòmica, més tenint en compte la fórmula establerta en el plec per a la valoració d'aquest criteri[6].

Així mateix, s'ha de tenir en compte la necessitat d'efectuar la determinació dels criteris de desempat en funció dels objectes contractuals i de les tipologies d'empreses cridades a participar en les licitacions corresponents, així com el fet que aquests criteris es poden referir tant a la preferència en l'adjudicació en els termes i supòsits previstos en la disposició addicional quarta del TRLCSP o en la normativa sectorial; com a la preferència en l'adjudicació a favor de la proposició que hagi obtingut una millor puntuació en un criteri d'adjudicació concret –que podria ser el criteri al qual se li hagi atorgat una major ponderació o bé un altre criteri rellevant a l'efecte de l'adjudicació del contracte–; com, fins i tot, a l'aplicació del sorteig, en darrer terme.

A més, si bé com ja s'ha dit el sorteig no seria el sistema més adequat per dirimir els empats en els procediments de contractació pública en què es prevegin diversos criteris d'adjudicació, com tot seguit es constata, el recurs al sorteig en aquests procediments resulta, en ocasions, inevitable[7].

---

[6] Sense entrar a valorar l'adequació d'aquesta fórmula de càlcul de les ofertes econòmiques, per no ser objecte d'aquest informe, i tot i el deure d'aplicar-la si així es va preveure en els plecs i aquests no varen ser objecte d'impugnació, cal assenyalar la necessitat de tenir en compte la jurisprudència comunitària en relació amb les fórmules de càlcul del criteri preu –analitzada ja per aquesta i altres juntes consultives en múltiples ocasions–, d'acord amb la qual les fórmules de càlcul de les ofertes econòmiques sempre han de donar com a resultat que l'oferta que presenti el millor preu obtingui la millor puntuació.

Especialment, es considera rellevant fer referència a la Sentència del Tribunal General de la Unió Europea de 16 de setembre de 2013 (assumpte T-402/06) en la qual, si bé en relació amb les fórmules de puntuació de les ofertes basades en el càlcul del "preu mitjà", es recorda que, tot i que la Directiva 92/50, sobre els contractes públics de serveis –la que resultava d'aplicació *ratione temporis* al litigi– deixa a l'entitat adjudicadora l'elecció dels criteris d'adjudicació del contracte que pretengui aplicar, aquesta elecció només pot recaure en criteris dirigits a identificar l'oferta més avantatjosa econòmicament, entesa com aquella d'entre les diferents ofertes realitzades que presenta la millor relació entre la qualitat i el preu, tenint en compte els criteris justificats per l'objecte del contracte. En aquest sentit, el Tribunal afirma que "si bé l'oferta més avantatjosa econòmicament no és sempre aquella que té el preu més baix, s'ha d'observar que, en condicions de perfecta igualtat de les ofertes pel que respecta a tots els altres criteris pertinents, inclosos els tècnics, una oferta més barata s'ha de considerar més avantatjosa necessàriament, des del punt de vista econòmic, que una oferta més cara. Doncs bé, en una situació com aquesta, l'aplicació del mètode del preu mig, que donaria lloc que s'adjudiqués el contracte a una oferta més cara que una altra, no pot qualificar-se com a conforme amb el criteri de l'oferta més avantatjosa econòmicament".

[7] A la mateixa conclusió ha arribat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat de Madrid, en l'Informe 3/2011, de 29 de setembre, en el qual conclou que en casos d'absència de criteris de desempat en el plec de clàusules administratives particulars, o de persistència de l'empat un cop aplicats els establerts, s'ha de decidir l'adjudicació mitjançant sorteig. També la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 7/2010, de 23 de juny, esmentat, afirma que "atès que l'òrgan de contractació ha d'adjudicar el contracte en tot cas per imperatiu de

Efectivament, si tot i la necessitat ja apuntada de preveure i regular en els plecs o documents que serveixen de base per a les licitacions els criteris que s'han d'aplicar per dirimir les situacions d'empat, els plecs o documents esmentats no contenen cap previsió sobre aquest punt, les úniques eventuals alternatives existents a l'aplicació del sorteig –atesa la impossibilitat de declarar deserta la licitació, també apuntada– serien: aplicar els criteris de preferència establerts en la disposició addicional quarta del TRLCSP, tot i no haver-los previst en els plecs; declarar el desistiment del procediment, sempre que concorrin els requisits previstos en l'article 155 del TRLCSP i amb l'efecte que en aquest precepte es preveu; o retrotraure el procediment de contractació fins al seu inici, per tal d'esmenar l'omissió de criteris de desempat del plec de clàusules administratives particulars.

Aquestes dues darreres opcions cal descartar-les ja d'entrada. Pel que fa al desistiment, la seva inaplicació és evident, atès que aquesta figura jurídica es regula en el TRLCSP per supòsits d'infracció no esmenable de les normes de preparació o del procediment d'adjudicació dels contractes, la qual cosa no es correspon amb els casos de producció d'empat entre ofertes en licitacions els plecs de les quals no preveuen la resolució a aquestes situacions. Pel que fa a l'opció de retroacció del procediment fins al moment d'aprovació dels plecs per tal d'esmenar-hi la falta de previsió de com resoldre les situacions d'empat, la seva improcedència ve motivada per ser totalment desproporcionada i contrària a l'interès públic i al deure d'eficàcia i eficiència de l'Administració –així com perjudicial, també, per les pròpies empreses licitadores.

Pel que fa a la primera de les alternatives, aquesta sembla ser l'opció recollida en la Sentència de l'Audiència Nacional de 7 de març de 2013, en la qual es resol un recus interposat contra la resolució núm. 159/2011 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), de 8 de juny de 2011, que va desestimar un recurs interposat contra l'adjudicació d'un contracte efectuada un cop dirimit l'empat entre les dues ofertes més avantatjoses econòmicament mitjançant sorteig, en absència de previsions en els plecs respecte de com resoldre aquesta situació[8].

Aquesta Sentència, després d'indicar que "tal procediment aleatori –el sorteig– si bé en sí mateix no és contrari a l'ordenament jurídic no va poder ni va haver de ser escollit per l'òrgan de contractació quan, com en aquest cas succeeix, l'òrgan de contractació no ho va preveure en els plecs", afirma que "la utilització del sorteig com a mitjà de desempat suposa

---

l'article 135 LCSP –actual article 151 del TRLCSP– i que per respecte als principis de transparència i no discriminació no pot aplicar criteris de desempat que no hagi establert prèviament en el plec, no té altra possibilitat que recórrer al sorteig (...)".

[8] En aquesta resolució, el TACRC va estimar correcta la utilització del sorteig, atès que "resulta imprescindible recórrer a algun sistema que permeti resoldre qualsevol situació en què existeixi una igualtat total entre la puntuació obtinguda per dues empreses"; perquè "dit sistema respecta, en tot cas, els principis de competència, llibertat d'accés, igualtat i transparència"; i perquè recórrer a les fórmules previstes en la disposició addicional quarta del TRLCSP "sense que es trobin recollides en els plecs sí que suposaria una actuació arbitrària, injusta i discriminatòria per part de l'Administració". Aquesta doctrina va ser reiterada pel TACRC, entre altres, en la resolució núm. 088/2013, de 27 de febrer.

la inaplicació, sense causa que ho justifiqui, dels criteris previstos en la disposició addicional sisena de la LCSP –actual disposició addicional quarta del TRLCSP– que preveu criteris de desempat diferents de la improcedent utilització del sorteig, mètode purament aleatori que només apareix, com hem vist, previst en la legislació vigent per a les subhastes, però no per al procediment d'adjudicació del cas". Per tant, d'aquesta afirmació sembla desprendre's que, en casos d'empat en què els plecs no continguin cap previsió respecte de com resoldre's, cal aplicar els criteris de preferència del TRLCSP, tot i no haver estat previstos en els plecs.

Tanmateix, aquesta Sentència deixa sense resoldre quin ha de ser l'ordre d'aplicació dels diversos criteris previstos en aquella disposició addicional i, a més, no té en compte que l'aplicació d'aquests pot en ocasions no resoldre la situació d'empat, si cap de les empreses compleix els requisits que en aquests criteris de preferència es preveuen, com de fet succeeix en el supòsit que origina la petició del present Informe.

Certament, l'existència de diversos criteris de preferència en la disposició addicional quarta del TRLCSP, els quals poden resultar aplicables de manera concurrent en una licitació, impossibilita l'aplicació directa d'aquesta disposició addicional[9]. Així, únicament es podria plantejar la possibilitat de considerar l'aplicació d'aquells criteris com una opció vàlida per a la resolució d'empats en procediments en què no s'hagi previst res sobre aquest punt en els plecs, si el mateix TRLCSP preveiés l'ordre en què s'haguessin d'aplicar.

En aquest ordre de consideracions, es podria plantejar si resultaria procedent l'aplicació d'aquesta disposició addicional en les licitacions en què només es pogués aplicar un dels criteris que preveu[10] però, fins i tot en aquest cas, es considera inadequada aquesta opció.

El motiu d'aquesta consideració radica en el fet que el marc jurídic de la contractació pública preveu la preferència en l'adjudicació dels contractes regulant-la expressament com una opció disponible per als ens, organismes i entitats del sector públic, i no com una preferència que hagi d'operar *ope legis*, de manera que no sembla adequat decidir l'adjudicació d'un contracte recorrent a una preferència –cridada a ser de l'òrgan de contractació d'acord amb la Llei– no coneguda prèviament per les empreses licitadores. Efectivament, aplicant aquesta disposició addicional sense haver-ho previst en els plecs, s'estaria adjudicant un contracte tenint en compte un criteri d'adjudicació –tot i que sigui addicional– no assenyalat prèviament, la qual cosa és contrària no només al nostre ordenament jurídic, sinó també al dret comunitari. En canvi, l'aplicació del sistema del sorteig, que no deixa de ser un sistema

[9] Aquest impediment per aplicar els criteris de la disposició addicional quarta del TRLCSP s'ha posat de manifest també per part de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó en l'Informe 7/2010, de 23 de juny, ja esmentat, en el qual afirma que, si els plecs no preveuen la seva aplicació "seria una arbitrarietat" decidir quin criteri de desempat, dels diversos que es preveuen, aplicar "un cop conegudes les empreses afectades".

[10] Perquè, no tractant-se d'un contracte relatiu a prestacions de caràcter social o assistencial, ni d'un contracte que tingués com a objecte productes en què existeixi alternativa de comerç just, no hagués participat en la licitació cap empresa que tingués a la seva plantilla un percentatge superior al 2 per 100 de treballadors amb discapacitat i sí alguna empresa d'inserció, o a la inversa.

objectiu i respectuós amb el deure d'igualtat de tracte a totes les empreses licitadores, no comporta l'aplicació posterior de cap criteri o preferència de l'òrgan de contractació no manifestada en plecs.

En tot cas, cal reiterar que els supòsits en què la impossibilitat de dirimir l'empat no ve donada per la manca de previsió en plecs dels criteris a emprar, sinó per la persistència de l'empat un cop aplicats el criteri o criteris de desempat establerts correctament en els plecs, no queda més opció possible que la de recórrer al sorteig per dirimir l'empat i poder efectuar la proposta d'adjudicació, ja que ni tant sols les tres eventuals alternatives a la utilització del sorteig plantejades –i descartades– els permetrien resoldre.

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

CONCLUSIONS

1. Els òrgans de contractació no poden determinar quina de les ofertes presentades en un procediment consideren la més avantatjosa econòmicament al marge dels criteris d'adjudicació, inclosos els addicionals o de desempat, fixats i ponderats prèviament en els plecs o documents que regeixen les licitacions, de manera que no poden tenir-ne en compte d'altres, ni aplicar els previstos de manera diferent a l'establerta, donant prevalença o prioritat a algun d'ells, o delimitant o concretant el seu abast.

2. És necessari incloure en els plecs o documents que regeixen les licitacions el criteri o els criteris –en cas que siguin diversos, ordenats per ordre d'aplicació– que es tindran en compte per resoldre les situacions d'empat en la puntuació obtinguda per les ofertes en els procediments de contractació pública.

3. La impossibilitat de dirimir els supòsits d'empat en la puntuació obtinguda per les ofertes aplicant les previsions dels plecs o documents que regeixen les licitacions, bé perquè aquests no estableixen el criteri o criteris per determinar sobre quina oferta de les empatades ha de recaure l'adjudicació, bé perquè l'empat persisteix un cop aplicats els previstos, porta a haver de recórrer al sistema de sorteig per resoldre'ls.

Barcelona, 11 d'abril de 2014

Passeig de Gràcia, 19, 5a planta
08007 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca