



Reflexiones sobre los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas en el régimen jurídico de contratación pública dominicano

RESUMEN:

La finalidad de la contratación pública moderna ha generado una necesaria evolución de los criterios de evaluación y adjudicación de los contratos. Al día de hoy la adjudicación no se debe a un único criterio basado en menor precio, sino a un término más amplio que nuestra legislación denomina “oferta más conveniente”. Esta transformación del sistema de evaluación implica un ejercicio más crítico en la selección y aplicación de los criterios de evaluación y adjudicación, que, a través del cumplimiento de cuatro características y requisitos principales, son esenciales para seleccionar la oferta que mejor satisface el interés general.

PALABRAS CLAVES:

Contratación pública, pliego de condiciones, igualdad de trato, transparencia, publicidad, proporcionalidad, razonabilidad, eficiencia, oferta, sistema de evaluación, criterios de evaluación, evaluación de ofertas, oferta más conveniente, menor precio, calidad-precio, adjudicación, nulidad, República Dominicana.

1. LA INEXISTENCIA DE UN MÉTODO ÚNICO DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE OFERTAS: DE LA ADJUDICACIÓN A MENOR PRECIO A LA “OFERTA MÁS CONVENIENTE”

En los últimos años la finalidad de la contratación pública se ha transformado. Ha pasado de ser solo aquel mecanismo utilizado por el Estado para adquirir del sector privado la prestación de servicios, ejecución de obras y el suministro de bienes, a convertirse, además, en una herramienta para la promoción y ejecución de políticas públicas para el desarrollo. Esta transformación se debe en gran medida a la inversión económica que representa la contratación pública, a la que se destina en promedio cerca del 12 al 15 % del PIB a nivel global¹.

Esta nueva finalidad de la contratación pública, ahora más amplia, supone una revisión integral del sistema y criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas tradicionales, debido a que

se requieren innovadoras y mejores formas para contratar, que respondan no solo al interés de abastecimiento y la eficiencia del gasto, sino al uso estratégico de la contratación.

En el caso dominicano, la contratación pública como mecanismo objetivo para lograr la eficiencia del gasto se encuentra consagrado en las consideraciones de la propia Ley núm. 340-06² sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios y Obras con sus modificaciones (en lo adelante la Ley 340-06), al establecerse que: “es deber del Estado lograr la máxima eficiencia en el manejo de los fondos públicos, asegurando adicionalmente competitividad y transparencia”. Además, el numeral 1 del artículo 3 de la misma ley reconoce como uno de los principios rectores de la contratación pública el principio de eficiencia con el que “se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración...”.

1 Cfr. La Organización Mundial de Comercio (OMC) afirma que en el año 2019 el promedio del PIB era de 10-15 %, en línea, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm [consulta: 10 de abril de 2021]. Mientras que para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2019 el monto invertido en contratación pública fue de un 12 %, en línea, www.oecd.org/gov/contratacion-publica/ [consulta: 10 de abril de 2021].

2 El artículo 98 de la Ley núm. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas suprime de la Ley núm. 340-06 toda referencia al término concesión.



La contratación pública como objetivo para promover y desarrollar políticas públicas también encuentra sustento en varias disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por una parte, tenemos la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, que reconoce como excepción³ las contrataciones destinadas a desarrollar y promover las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), y también el principio de participación, artículo 3 numeral 8 de la referida ley, que procura la participación del mayor número posible de personas y también estimular la participación de las mipymes, con el objetivo de elevar su capacidad competitiva.

De otra parte, la Ley núm. 1-12, que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo con miras al 2030, reconoce en sus ejes estratégicos tercero y cuarto objetivos concretos del Estado dominicano para mejorar la calidad del gasto público, asignando prioridad a la dimensión social del desarrollo humano, entre otras formas, a través del uso eficiente de la contratación pública como

mecanismo para fortalecer a las mipymes, proteger el medio ambiente y garantizar el desarrollo sostenible.

Todo lo anterior confirma que en el ordenamiento jurídico dominicano la contratación pública tiene doble función u objetivo y, pues, ante esas consideraciones no existe un método único para adjudicar contratos, sino que ello dependerá de las particularidades del bien, del servicio a prestar o de la obra a ejecutar, así como del sector con vocación a ofertar lo requerido e incluso del desarrollo social que se pretende alcanzar.

En ese sentido, la concepción clásica o tradicional de que el Estado debe adjudicar el contrato a la oferta de menor precio ha sido desplazada en atención a que la eficiencia del gasto y la contratación como herramienta de política pública no siempre se materializan de esta forma, sino que pueden intervenir otros factores o criterios de igual o de mayor impacto —no solo el monto de la oferta—, que necesariamente deben valorarse. Así pues, la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones utiliza el término “ofer-

3 Numeral 7 del párrafo del artículo 6.

ta más conveniente”⁴ para reconocer que la adjudicación podrá tomar en cuenta, o bien solo el precio, o bien una combinación de otros factores vinculados a la calidad-precio.

La elección de cuál o cuáles factores determinarán la “oferta más conveniente” es una potestad discrecional que estará a cargo de las instituciones contratantes, en ejercicio del criterio de descentralización de la gestión operativa⁵ previsto en el artículo 34 de la ley y que significa que “las instituciones sujetas al ámbito de aplicación, son las responsables de la ejecución de sus procedimientos de contratación, desde la planificación hasta el cierre contractual”⁶. No obstante, el ejercicio de esta potestad discrecional está sujeto a los límites, condiciones y efectos que establece la normativa que rige la contratación pública y que se desarrollan a continuación.

2. FINALIDAD, CONDICIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN

El sistema de evaluación de ofertas está compuesto por el conjunto de criterios, parámetros y factores —así como el valor asignado a cada uno de ellos— sobre los que se ponderarán las ofertas recibidas a fin de determinar cuál es la más conveniente.

En palabras de Jinesta Lobo, el propósito fundamental del sistema de evaluación es:

Reducir a la mínima expresión la discrecionalidad administrativa al momento de adjudicar la oferta que resulte más conveniente para la satisfacción del interés público, esto es, reglar u objetivar el acto de adjudicación. De esta manera, se cumple con el principio general de la interdicción de la arbitrariedad, erradicándose la toma de decisiones subjetivas y caprichosas por parte de los funcionarios⁷.

Por lo anterior, consideramos que la determinación y alcance de los criterios de evaluación y adjudicación, así como su concreta aplicación, constituyen la columna vertebral de la contratación pública, pues son los elementos decisivos para identificar la oferta más conveniente.

Los criterios de adjudicación —como afirma Fueyo Bros— son el aspecto más importante de la contratación pública, por cuanto con su correcta definición y aplicación se garantiza el interés general⁸, que, aun cuando es un concepto jurídico indeterminado, en este tema concreto significaría identificar la oferta que mejor satisface la necesidad, pero respetando los principios de contratación pública.

En sentido general, todos los principios rectores de la materia tienen un papel fundamental en cada una de las etapas del ciclo de vida de la contratación; no obstante, consideramos que el principio de igualdad de trato⁹ y el principio de transparencia¹⁰ desempeñan un papel vital tanto a la hora de la determinación de los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas, como en la de su aplicación concreta por las instituciones contratantes, pues de ellos depende en gran medida que exista imparcialidad y objetividad en la selección de la oferta considerada como la más conveniente. De nada sirven todas las cautelas en materia de publicidad y de procedimiento si la institución contratante diseña o aplica criterios de evaluación de las ofertas como un “traje a la medida” para un oferente en concreto.

Cabe destacar que en la contratación pública como herramienta de desarrollo o como mecanismo de apoyo para políticas públicas cobra especial protagonismo la decisión de los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas establecidos en el pliego de condiciones, pues en estos casos se agrega el factor de que la eficacia de la contratación como estrategia dependerá en gran medida de cómo los criterios han sido determinados y diseñados.

Entonces cabría preguntarse ¿cuáles son los criterios de evaluación y adjudicación que pueden utilizarse para adjudicar un contrato? Lo cierto es que no existe una respuesta absoluta a esta interrogante y que, tal como referimos antes, corresponde a las instituciones, en ejercicio del criterio de descentralización de la gestión operativa, determinar cuál o cuáles serán los idóneos para seleccionar el bien, servicio u obra a contratar.

Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que esa discrecionalidad de las instituciones contratantes tiene límites por el obligado cumplimiento de varios principios, requisitos y exigencias de ley que, de violentarse, pueden dar lugar a la nulidad de los actos, e incluso de procedimientos completos de contratación, como se verá más adelante, en los que se manifieste la voluntad de la selección de los criterios, así que dicha discrecionalidad no puede interpretarse como una libertad incondicional de elección.

A nivel comparado, vemos cómo la Directiva 2014/24/UE, que recoge los principios, requisitos y exigencias que la jurisprudencia europea, ha venido imponiendo a las instituciones públicas a la hora de determinar y aplicar los criterios de adjudicación de modo que dispongan de un cierto poder de decisión pero en el marco de límites estrictos, que cabe estructurar del siguiente

4 El término “oferta más conveniente” figura en la definición del principio de economía y flexibilidad, artículo 3 numeral 4, artículo 16 numeral 1, definición de Licitación Pública Nacional, y artículo 26, todas de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones. Luego en el Reglamento de la Ley, aprobado mediante el Decreto núm. 543-12, se encuentra el término “oferta más conveniente” en los artículos 102 y 109.

5 El criterio de descentralización de la gestión operativa junto al criterio de centralización normativa organizan el Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (SNCCP).

6 Considerando IV de la Resolución núm. PNP-03-2021 que formaliza el monitoreo preventivo aleatorio que realiza la Dirección General de Contrataciones Públicas de verificación de legalidad de las bases de los procedimientos de contratación pública, en línea, https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resoluciones_de_politicas/2021/Resol-PNP-03-2021.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].

7 JINESTA LOBO, Ernesto. *Tratado de derecho administrativo: Contratación administrativa*: Guayacán, San José, 2010, t. IV, p. 279.

8 FUEYO BROS, Manuel. “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal números 15-16, pp. 2196-2280.

9 Artículo 3 numeral 2 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones.

10 Artículo 3 numeral 3 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones.



modo: a) que no confieran libertad de decisión ilimitada; b) que se mencionen en expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; c) que estén vinculados al objeto del contrato; y d) que respeten todos los principios fundamentales del derecho de la unión.

El régimen contractual de la República Dominicana sigue estos mismos criterios del derecho comparado ya que nuestra norma reconoce características y límites expresos que se desprenden, además, de los principios de igualdad de trato y transparencia como veremos.

En términos propios de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones podemos destacar cuatro características principales que debe reunir el sistema de evaluación y adjudicación de ofertas: 1) los requisitos exigidos deben ser proporcionales al objeto de la contratación; 2) el método de evaluación y adjudicación debe ser pertinente en función de la complejidad del objeto; 3) los requisitos deben ser completos y detallados, y 4) la evaluación debe ser de alcance general y obligatoria para todos los oferentes.

2.1 Los requisitos exigidos deben ser proporcionales al objeto de la contratación

Como explica Morales Sabalet, los requisitos “deben ser aquellos que mejor se ajusten y que mejor sirvan para conseguir la satisfacción de las necesidades públicas que pretenden cubrirse mediante cada concreta licitación [...] En consecuencia, cualquier requisito o exigencia desproporcionada debe rechazarse y expulsarse de todo proceso de licitación pública, por ser contrario a Derecho”¹¹.

Esta característica del sistema de evaluación exige que los criterios y elementos a evaluar sean razonables y distribuidos en función de la importancia e incidencia en la satisfacción del objeto de la contratación; por lo tanto, al momento de establecer los requisitos que deben cumplir los oferentes para poder participar (requisitos habilitantes) o incluso para puntuar (de valoración), la institución contratante debe hacerlo de forma proporcional a la naturaleza y al valor del contrato, como establece la parte *in fine* del párrafo I del artículo 88 del Reglamento núm. 543-12 al

11 MORALES SABALETE, Miguel. “De la necesaria expulsión de los criterios desproporcionados y restrictivos de la contratación pública” en Observatorio de contratos públicos, publicación de fecha 10 de septiembre de 2020, en línea, <http://www.obcp.es/opiniones/de-la-necesaria-expulsion-de-los-criterios-desproporcionados-y-restrictivos-de-la> [consulta: 5 de abril de 2021].

referir que las credenciales de los oferentes son para asegurar la competencia, capacidad financiera y experiencia y que “la exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”. Por lo tanto, cualquier indicación más allá de la naturaleza del contrato es desproporcional.

Igualmente, las credenciales o requisitos habilitantes que se establecen para determinar la capacidad profesional e idoneidad financiera existen para determinar exclusivamente si el oferente tiene las condiciones concretas y mínimas para cumplir con el objeto de la contratación y, al ser consideradas como credenciales, solo podrán ser válidas al objeto de la admisibilidad de las ofertas y no podrán ser puntuables en cuanto al cumplimiento de lo ordenado, también por el invocado párrafo I del artículo 88 del Reglamento¹².

Sobre la proporcionalidad de los criterios de evaluación, la Dirección General de Contrataciones Públicas se ha pronunciado en varias decisiones y, en su precedente más reciente¹³, ha establecido lo siguiente:

39. Necesario destacar de la parte final del artículo 88 que, es lógico interpretar que la referencia de tomar en cuenta la naturaleza del contrato y su valor, invita a que los requerimientos sobre la experiencia exigida para cada proyecto se dispongan a partir de las características de cada contratación. Es decir, que se analice, evalúe y determine qué necesita la institución contratante para obtener de forma adecuada el bien o la obra que requiere, y tener en cuenta que lo exigido no debe resultar contrario a la normativa de contratación pública. De forma similar el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, homólogo en funciones de resolución de recursos administrativos con ésta Dirección General, sostiene que:

“[...] corresponde a la entidad adjudicadora definir, fijar y modular en los Pliegos los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. Ahora bien, esta fijación debe realizarse motivadamente y con sujeción a las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico para preservar los principios de la contratación, especialmente los de libre concurrencia, adecuación al objeto de contrato y proporcionalidad”.

40. Expuesta la base legal, se explica en lo que sigue, cuales requerimientos técnicos exigió el pliego de condiciones,

y como los evaluaría EDEESTE, a partir de que el objeto de la contratación es la construcción de su edificio administrativo, el cual según el numeral 2.10 del pliego tiene un tiempo de ejecución estimado de doce (12) meses a partir del inicio de los trabajos.

41. Se evidencia que el pliego de condiciones cuenta con información clara sobre el alcance de la contratación, y como y donde deben presentarse las propuestas. En ese orden, esta Dirección advierte que desconoce la razón por la que EDEESTE en la documentación legal para las personas jurídicas exige “copias de las facturas eléctricas”, requerimiento que no guarda relación e importancia para los fines de esta contratación, y por tanto es contrario al *principio de razonabilidad*¹⁴. (Formato y subrayado del texto original)

Resulta claro que esta característica esencial de proporcionalidad que debe cumplir el sistema de evaluación para identificar la oferta “más conveniente” lleva consigo la proscripción de aquellos criterios que afectan a cuestiones puramente contingentes cuya variación no afecte a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados, así como también los que se refieran a circunstancias que atañen a la experiencia del oferente pero que no se hallan relacionados o que no inciden en la contratación.

Un ejemplo de lo anterior se verificaría si en el pliego de condiciones de un procedimiento de selección convocado para la adquisición de fundas plásticas para basura se estableciera como criterio de evaluación que los oferentes tengan determinados años vendiendo fundas plásticas y que hayan sido contratados por la Administración pública. En ese caso hipotético, el tiempo vendiendo fundas plásticas en nada agrega valor sobre el objeto concreto, que es sencillamente la adquisición de las fundas plásticas, como tampoco agrega el hecho de haber vendido las fundas a la Administración pública. Entonces, el criterio de evaluación resulta incoherente, incongruente y hasta discriminatorio.

En España, por ejemplo, como apoyo a los emprendedores la Ley 14/2013 introduce cambios a la legislación contractual y de forma concreta como causal de nulidad en el artículo 32 del TRLCSP¹⁵, al establecer ventajas directas o indirectas por el hecho de haber contratado previamente con cualquier administración.

2.2 El método de evaluación y adjudicación debe ser pertinente en función de la complejidad del objeto

Señala Jinesta Lobo que “los factores escogidos deben ser apro-

12 Como excepción de los procedimientos para la contratación de servicios de consultorías y, excepcionalmente, de obras que incluyan la elaboración del diseño definitivo, casos en los cuales la puntuación podrá hacerse sobre la base de la experiencia específica del oferente.

13 Véase la Resolución Ref. RIC-166-2020, en línea https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resolucion_de_conflictos/Recurso%20%20Jerarquico/2020/Resolucion_RIC_166_2020.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].

14 Numeral 9 del artículo 3 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones: “Ninguna actuación, medida o decisión de autoridad competente en la aplicación e interpretación de esta ley, deberá exceder lo que sea necesario para alcanzar los objetivos de transparencia, licitud, competencia y protección efectiva del interés y del orden público, perseguidos por esta ley. Dichas actuaciones, medidas o decisiones no deberán ordenar o prohibir más de lo que es razonable y justo a la luz de las disposiciones de la presente ley”.

15 Texto refundido de la ley de contratos del sector público.



piados para evaluar el objeto del contrato, por lo que habrá sistemas simples y complejos según las características particulares de cada objeto, así, a modo de ejemplo, uno sencillo es el que contempla solamente el precio y uno complejo el que prevé varias etapas¹⁶.

Sobre la pertinencia de los criterios de evaluación y adjudicación, la Dirección General de Contrataciones Públicas, en la Resolución núm. 53-2016 puntualizó lo siguiente:

46) CONSIDERANDO: Que en conclusión se observa que el MINERD estableció un criterio de evaluación complejo en la adjudicación de bienes, lo que resulta incongruente con el principio de razonabilidad. Muestra de lo anterior son los escritos presentados por algunos participantes, según se observa en el Resulta 18) de la presente Resolución, los que presentaron quejas del método empleado en el pliego para evaluar sus ofertas. Es preciso indicar que los criterios de evaluación deben ser claros y objetivos en función al bien o servicio que se pretende adquirir, en este caso, la imposición de un criterio de adjudicación complejo no es razonable cuando lo que se pretende es comprar mobiliario de uso común, fabri-

cado por MIPYMES de fabricación nacional¹⁷[...]. (Subrayado de la autora).

De lo anterior se desprende que la pertinencia de un sistema de evaluación viene determinada por el tipo de bien, servicio u obra a contratar. Es por ello que, al tratarse de contrataciones para obras menores, servicios y bienes comunes y estandarizados, no se requiere de un sistema de evaluación complejo para determinar la oferta más conveniente. En la práctica contractual, y como ha sido el criterio citado de la Dirección General de Contrataciones Públicas, se recomienda no diseñar una evaluación compleja para contratos cuyo objeto es un bien de uso común, básico y sencillo. Tampoco una evaluación que solo considere credenciales o elementos en extremo sencillos para un contrato cuyo objeto es complejo, sofisticado e innovador.

Lo cierto es que la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, así como su Reglamento de aplicación núm. 543-12, no establecen de forma expresa y consolidada el método de evaluación y adjudicación de las ofertas, sino que estos se encuentran de manera dispersa en la normativa y para su revisión integrada resulta necesaria la lectura en combinación de varios principios y disposiciones.

¹⁶ Jinesta Lobo, Ernesto, *ob. cit.*, p. 281.

¹⁷ Resolución de la Dirección General de Contrataciones Públicas núm. 53-16 del 12 de agosto de 2016, en línea: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resolucion_de_conflictos/procedimientos_de_investigacion/Resoluci%C3%B3n%20No.%2053.2016.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].

Solamente para los servicios de consultoría el artículo 43 de la Ley señala que los pliegos de condiciones tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1) De calidad y precio. Cuando la selección se basa conjuntamente en calidad de la propuesta, idoneidad del proponente y en el costo de los servicios a suministrar. En primer término, se evaluará la calidad.
- 2) De calidad. Cuando los servicios sean de naturaleza excepcionalmente compleja o altamente especializados o de servicios que exijan innovación, se utilizará la modalidad basada exclusivamente en la idoneidad del proponente y en la calidad de la propuesta técnica

Es, pues, la Dirección General de Contrataciones Públicas, en su rol ejecutor de políticas y normativas, quien aclara —a través de la Resolución Ref. PNP-6-2020, del 4 de septiembre de 2020, sobre “pautas generales para la elaboración de Pliegos de Condiciones, Fichas Técnicas y Términos de Referencia en los procedimientos de contratación pública”, reiterada en la Resolución Ref. PNP-3-2021, del 23 de febrero de 2021— cuáles criterios de evaluación y adjudicación pueden ser utilizados, pues cumplen con los límites y parámetros de la Ley. De manera concreta, los artículos 8, 9 y 10 de la primera resolución visibilizan el sistema y metodología de evaluación de ofertas (criterios cumple/no cumple o puntaje) y los criterios de adjudicación (menor precio o calidad-precio/calidad-costo).

En palabras de la Dirección General de Contrataciones Públicas, el criterio de adjudicación basado en el “precio” parte de la idea de que: “en tanto se encuentran disponibles y deseosos un conjunto de proveedores y oferentes que perfectamente pueden ofrecer los bienes y servicios, parte del interés general se satisface adquiriéndolo al menor precio posible”¹⁸; es el método de adjudicación aplicable cuando se usa una evaluación bajo el criterio cumple/no cumple. Así lo afirma Sesín: “Cuando se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá, en principio, como oferta más conveniente, la de menor precio”¹⁹. También lo ha previsto el legislador dominicano en el párrafo I del artículo 26 de la ley al reconocer que cuando se trate de bienes y servicios estandarizados “se entenderá como oferta más conveniente la de menor precio”.

Sobre el criterio de adjudicación basada en “calidad/precio” se ponderan las ofertas otorgando un peso porcentual

a través de puntaje a los factores técnicos y económicos más importantes para la institución: por un lado, la calidad e idoneidad de la oferta y el oferente; por otro, el precio ofertado. En estos casos se adjudicará a la oferta cuyo puntaje final sea el más elevado luego de totalizadas las ponderaciones de los puntajes técnico y económico, según se haya definido en el pliego.

Por último, un sistema de evaluación con criterio de adjudicación basado exclusivamente en “calidad” tiene por objeto identificar el oferente más idóneo para la contratación de que se trata y así satisfacer el interés general. La ley solo prevé esa evaluación para los servicios de consultoría²⁰ con naturaleza excepcionalmente compleja o altamente especializada.

En definitiva, en atención a lo expuesto se puede evidenciar que al determinar la metodología de evaluación y el peso que se dará a cada factor (en caso de calidad-precio) puede variar la denominada “oferta más conveniente”, por lo que su precisión debe constar desde el propio pliego de condiciones a fin de cumplir con los principios de eficiencia, igualdad y libre competencia que rigen la contratación pública de conformidad con la ley núm. 340-06 y sus modificaciones, así como a los principios de objetividad e imparcialidad que rigen la actuación administrativa al tenor de la Ley núm. 107-13.

2.3 Los requisitos deben estar completos y detallados

El pliego de condiciones es considerado por la Dirección General de Contrataciones Públicas como el reglamento específico del procedimiento de selección²¹, ya que en este se deben detallar todos los requerimientos del objeto a contratar, las condiciones y las reglas para seleccionar la oferta más conveniente; también determina el alcance de la contratación a través de la identificación de los derechos y obligaciones de las partes en la fase de ejecución contractual.

En el derecho positivo dominicano la exigencia de informar todos los requisitos, criterios y parámetros de adjudicación viene dada por el artículo 20 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, que establece: “El pliego de condiciones proporcionará toda la información necesaria relacionada con el objeto y el proceso de la contratación, para que el interesado pueda presentar su propuesta”.

Asimismo, el órgano rector en materia de contrataciones públicas ha enfatizado que: “[...] lo que determina la participación en un procedimiento de contratación, es el nivel de claridad del objeto de contrato, de las especificaciones técnicas y criterios de evaluación, así como la claridad de la metodología para realizar la evaluación, y el tiempo que se da para preparar y presentar

18 Resolución de la Dirección General de Contrataciones Públicas núm. 52-16 del 18 de julio de 2016, en línea: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resolucion_de_conflictos/Recurso%20%20Jerarquico/2016/Resoluci%C3%B3n%20No.%2052-2016.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].

19 SESÍN, Domingo. “La Determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos” en Revista de la Facultad, Vol. V N2, Nueva Serie II. 2014, pág.24, en línea file:///C:/Users/yceron/Downloads/11544-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30377-1-10-20150618.pdf [consulta: 2 de abril de 2021].

20 Artículo 43 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones.

21 Ver criterio en Resoluciones Ref. RIC-3-2018 reiterado en RIC- 19-2020; Ref. RIC- 20-2020, Ref. RIC- 24-2020, Ref. RIC- 25-2020, Ref. RIC- 46-2020, Ref. RIC 34-2021 emitidas por la Dirección General de Contrataciones Públicas.



la propuesta, así como el tiempo para entregar lo requerido en el procedimiento, [...]”²².

En ese sentido, es preciso puntualizar que establecer los criterios constituye un elemento fundamental de todo procedimiento de contratación, ya que es la forma de concretizar y garantizar lo que se ha venido exponiendo en los párrafos anteriores — el respeto a los principios objetividad e imparcialidad— y que en la etapa de evaluación se traducen en igualdad de trato y transparencia.

Por esa razón es que el sistema de evaluación debe contar con criterios objetivos y medibles para la evaluación de las credenciales, homologación de muestras, evaluación de ofertas técnicas y económicas, que permitan a los peritos evaluadores ser objetivos en sus exámenes y recomendaciones por encontrarse estas amparadas en especificaciones, criterios, subcriterios de evaluación y métodos de comprobación de lo requerido.

Pero el mandato no se queda ahí: también los principios de transparencia e igualdad de trato imponen que los criterios de evaluación y adjudicación estén previamente prefijados y debida-

mente detallados, es decir, que consten en el pliego de condiciones, ya que la transparencia no se alcanza con la simple publicidad o predeterminación de los criterios, sino que se exige también que dichos criterios estén formulados con el suficiente grado de precisión a fin de garantizar que los potenciales oferentes razonablemente informados y normalmente diligentes puedan conocer todos los factores que se tomarán en consideración para seleccionar la oferta más conveniente y la importancia que se le asigna a cada uno de los aspectos a evaluar.

Sobre los criterios de evaluación completos y detallados concluye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²³ indicando que “la exigencia de determinación tiene por objeto “hacer que los posibles licitadores conozcan los elementos que se tomarán en consideración para identificar la oferta económicamente más ventajosa”, y con ello garantizar el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia.

En consecuencia, tal como ha sostenido la Dirección General de Contrataciones Públicas²⁴, en todos los procedimientos de contratación, sin excepción, se debe informar previamente de

²² Véase la Resolución RIC-17-2020, reiterado en RIC-162-2020 y RIC-1-2021, emitida por esta Dirección General.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, Comisión c- Reino de los Países Bajos, apartado 88), en línea, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EA782B0CEAC6D08C7ED21284BDA8225B7&text=&docid=122644&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7463353> [consulta: 9 de abril de 2021]

²⁴ Véanse criterio establecido en Resolución núm. 82/2014 de la Dirección General de Contrataciones Públicas, reiterado en numerosas decisiones, véanse por todas las Resolución Ref. RIC-03-2018, RIC-34-2019, RIC-150-2020, RIC-200-2020, RIC-226-2020 y RIC-2-2021.

forma precisa a través del pliego de condiciones todos los parámetros de aplicación, valorización y criterios de evaluación para conocer exactamente las razones por las que se considera la oferta seleccionada como la más conveniente.

2.4 La evaluación deber ser de alcance general y obligatoria para todos los oferentes

Por los nombrados principios de transparencia e igualdad de trato se exige que siempre se utilice el mismo método y criterio de evaluación para las ofertas, lo que debe establecerse previamente en el pliego de condiciones de manera objetiva y no discriminatoria, y de modo tal que sea accesible a todos los interesados.

Los párrafos del artículo 8 y el artículo 25 de la Ley y el 88 del Reglamento obligan a las instituciones a evaluar conforme a los criterios previamente establecidos, lo que se desprende claramente de las expresiones “no impondrán” y “con apego irrestricto” con las que se define y enfatiza el tener vetada cualquier posibilidad de ponderar, valorar y evaluar las ofertas sobre la base de aspectos, criterios, subcriterios, requisitos, procedimientos, herramientas, técnicas, entre otros, no establecidos en el pliego de condiciones del procedimiento de selección.

Existe abundante jurisprudencia comparada en materia de contratación pública que apunta a la imposibilidad de que la institución contratante, en su competencia de valorar y evaluar las ofertas en un procedimiento de selección, pueda aplicar subcriterios no establecidos en el pliego de condiciones o pueda eliminar criterios ya establecidos luego de la presentación de propuestas. Un ejemplo es el precedente del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá:

[...] debe ser respetado por todos los proponentes que participen en un acto de selección de contratista, así como por la misma administración que es quien confecciona, razón por la cual le queda vedado a la administración realizar consideraciones apartadas a lo establecido en los términos de referencia [...] Siendo el Pliego de Cargos el instrumento normativo vinculado a todos sus actores, incluida la propia entidad, esta debe ajustarse a lo legislado por ella dentro de su contenido. Siendo que el pliego de cargos es vinculante a las partes, no le es dable vulnerar su normativa dogmática y menos aún por la propia administración, cuál debe ser garante del ideal del interés público que se preserva en su elaboración y confección [...] ²⁵.

Tribunales de justicia internacionales actuando en atribuciones conferidas en materia de contratos públicos han decidido que:

En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o sub-criterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores ²⁶.

Abunda en tales postulados la sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496-99) en la que se lee:

111 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

El Tribunal Constitucional dominicano también se ha pronunciado sobre la imposibilidad de descalificar una oferta por motivos no establecidos en el pliego de condiciones, al decidir, en el marco de un recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo de un sorteo de obras, lo siguiente:

ff) Para este tribunal resulta, entonces, que la modificación realizada por el Ministerio de Educación de la República Dominicana, consistente en sumar una prohibición que no existía en el pliego de condiciones, el mismo día que vencía el plazo para depositar el documento, constituye una actuación que no es razonable y que tiende a quebrantar, incluso, el derecho a un debido proceso, máxime cuando la misma es utilizada para fundamentar una sanción impuesta a una de las partes.

[...]

nn) Por esa razón, el Tribunal Constitucional entiende que la medida de la “Nota Aclaratoria” se torna violatoria al principio de razonabilidad, por lo que dicho requisito no podía ser utilizado como fundamento para sancionar a la Constructora Javier Abreu, S.R.L., y al señor Manuel Atilano Javier Reyes, con su descalificación en el sorteo ²⁷.

²⁵ Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá, en Resolución núm. 167/2012-Pleno/TAdCP.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de enero de 2008, asunto C-532/06 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0532:ES:HTML>, [consulta: 9 de abril de 2021].

²⁷ Tribunal Constitucional, TC/0388/15, 16 de octubre de 2015, en línea, <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8488/sentencia-tc-0388-15.pdf> [consulta: 10 de abril de 2021].



De su parte, la Dirección General de Contrataciones Públicas se ha pronunciado en reiteradas decisiones²⁸ sobre la consecuencia de la actuación antijurídica de aplicar criterios diferentes a los establecidos al indicar que el hecho de que la legislación de contratación pública establezca de manera categórica que las propuestas deban valorarse estrictamente por lo establecido en el pliego de condiciones específicas no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario: su legitimidad viene dada por la propia categoría que tiene el pliego de condiciones específicas en un procedimiento de selección, ya que este, al ser *lex contractus* de obligado cumplimiento para las instituciones contratantes como por los oferentes, vincula a ambas partes a apegar sus decisiones y también las propuestas a lo allí indicado.

Finalmente, esta obligación de transparencia implica asimismo que la institución debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento y aplicarlos de manera objetiva y uniforme a todos los oferentes, pues solo así se garantiza la transparencia y la objetividad del procedimiento de evaluación.

3. CONSECUENCIAS DE UN SISTEMA DE EVALUACIÓN IRREGULAR

Vistos los principios rectores del sistema de evaluación de las ofer-

tas y de adjudicación, así como su finalidad y características, resulta pertinente concluir el análisis del tema con estas reflexiones sobre las consecuencias que se derivan de un sistema de evaluación que no garantice los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia, pero que, además, no permita determinar cuál de las ofertas recibidas es la más conveniente para los fines y propósitos procurados.

Al ser el pliego de condiciones el núcleo de la contratación o, como hemos mencionado, el reglamento específico o la ley de la contratación, el incumplimiento de alguna o todas de las características que debe cumplir todo sistema de evaluación para que sea cónsono con la normativa de compras y contrataciones públicas supone una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico —que vienen consagrados como la garantía de los reiterados principios de publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los oferentes—, lo que acarrea la nulidad de los actos que se deriven del pliego de condiciones, del pliego en sí mismo y, dependiendo de la etapa en que se encuentre la contratación, incluso conllevaría, además, la nulidad de todo el procedimiento debido a la imposibilidad de retrotraer las actuaciones.

Como ejemplo concreto, la falta de claridad y concreción de los criterios de evaluación descritos en el pliego da lugar a una

28 Véanse por todas las Resoluciones números 82/2014, RIC-3-2018, RIC-36-2020, RIC-162-2020, RIC-200-2020, RIC-226-2020 y RIC-59-2021 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

infinidad de interpretaciones irreconciliables que impiden una evaluación objetiva y al mismo tiempo no permiten identificar con imparcialidad y objetividad aquella oferta que sería la más conveniente, lo cual no garantiza el cumplimiento de los principios rectores ya referenciados y tampoco del principio de economía y flexibilidad, consagrado en el artículo 3, así como los artículos 20 y 26 de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones.

Asimismo, el ordenamiento jurídico nacional establece en el artículo 68 del Reglamento núm. 543-12 que son anulables los actos administrativos que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, así como aquellos que vulneren las normas de procedimiento, cuya consecuencia será “[...] la nulidad del procedimiento, sin perjuicio de las demás acciones civil y penales establecidas en la ley” al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley núm. 107-13.

Respecto a lo anterior, la Dirección General de Contrataciones Públicas ha establecido²⁹ que la falta de claridad en la indicación de los aspectos a ponderar en la evaluación de las ofertas y la modalidad en que dichos aspectos serán evaluados implica que los proveedores no cuenten *a priori* con la información necesaria para estimar razonablemente sus posibilidades de resultar adjudicatarios de los procesos y, en consecuencia, decidir la conveniencia de participar o no en dicho procedimiento. Incluso, ha sido precedente reiterado³⁰ del mismo órgano rector en los que una o varias cláusulas del pliego son nulas que estas pueden ser invocadas e incluso apreciadas de oficio por el ente u órgano que esté analizando el caso.

De igual modo, la jurisprudencia comparada se ha referido esta facultad y la consecuencia jurídica de la imprecisión de los pliegos de condiciones en el siguiente aspecto:

[...] la imprecisión de los pliegos en relación con los criterios de valoración constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, al suponer una vulneración de los principios generales de la contratación y determina por ello la nulidad del procedimiento de licitación en su conjunto, que puede ser invocada con ocasión del recurso formulado contra la adjudicación del contrato [...].

[...]

De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por lo tanto [...] obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación [...].

Por otra parte, si los pliegos de condiciones cumplen con las características y el error se identifica en los informes de evaluación o incluso en el acta de adjudicación, la consecuencia jurídica de que la institución contratante admita la evaluación de las ofertas realizadas por los peritos, sobre la base de la alteración, modificación de criterios establecidos previamente o con adición de subcriterios no informados en el pliego, es precisamente la nulidad del acto de adjudicación y del informe de evaluación, por violación a los principios de igualdad y transparencia y por violación del párrafo II del artículo 8 de la Ley núm. 340-06 y el artículo 88 del Reglamento núm. 543-12 que ordenan la estricta sujeción al pliego de condiciones, como ha sido decidido³¹ por la Dirección General de Contrataciones Públicas en el marco de recursos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

FUEYO BROS, Manuel. “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal, números 15-16.

https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resoluciones_de_politicas/2020/PNP-06-2020.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].

JINESTA LOBO, Ernesto. *Tratado de derecho administrativo: Contratación administrativa*: Guayacán, San José, 2010, t. IV.

MORALES SABALETE, Miguel. “De la necesaria expulsión de los criterios desproporcionados y restrictivos de la contratación pública” en Observatorio de contratos públicos, publicación de fecha 10 de septiembre de 2020, [en línea], <http://www.obcp.es/opiniones/de-la-necesaria-expulsion-de-los-criterios-desproporcionados-y-restrictivos-de-la> [consulta: 5 de abril de 2021].

PANAMÁ, Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, Resolución núm. 167/2012-Pleno/TAdCP del 7 de diciembre de 2012. Recurso de impugnación expediente: 133-2012, recurrente Quifar International, S.A.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios y Obras*, de fecha 18 de agosto del 2006 con sus modificaciones contenidas en la Ley núm. 449-06 de fecha 6 de diciembre del año 2006 y la Ley núm. 47-20 de fecha 20 de febrero de 2020.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Decreto núm. 543-12 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley de Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones*, de fecha 6 de septiembre del año 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo*, de fecha 6 de agosto del año 2013.

REPÚBLICA DOMINICANA. Dirección General de Contrataciones Públicas, Resolución núm. PNP-06-2020 de fecha 14 de septiembre de 2020, sobre pautas generales para la elaboración de Pliegos de Condiciones, Fichas Técnicas y Términos de Referencia en los procedimientos de contratación pública. [en línea],

29 Véase criterio establecido en las Resoluciones 79/2015, 54/2016, 68/2016, 69/2016, 71/2016, 52/2017, RIC-3-2018, RIC-13-2019, RIC-200-2020, RIC-42-2021, entre otras, de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

30 Véase resolución 82/2014, RIC-51-2017, 03-2018 y RIC-226-2020 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

31 Refiérase a la nota al pie número 29.



- Resolución núm. PNP-03-2021, de fecha 23 de febrero de 2021, que formaliza el monitoreo preventivo aleatorio que realiza la Dirección General de Contrataciones Públicas de verificación de legalidad de las bases de los procedimientos de contratación pública, [en línea], https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resoluciones_de_politicas/2021/Resol-PNP-03-2021.pdf [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-82-2014, de 24 de octubre de 2014 [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución núm. 53-16 del 12 de agosto de 2016, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución núm. 52-16 del 18 de julio de 2016, [en línea], [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-03-2018, de 2 de marzo 2018, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-166-2020, de 14 de octubre de 2020, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-226-2020, de 26 de noviembre de 2020, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-1-2021, de 11 de enero de 2021, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-54-2021, de 23 de febrero de 2021, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- Resolución Ref. RIC-59-2021, de 15 de marzo de 2021, [en línea], <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/resolucion-de-conflictos/> [consulta: 5 de abril de 2021].
- SESÍN, Domingo. “La Determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos” en *Revista de la Facultad*, vol. V N2, Nueva Serie II. 2014, p. 24, [en línea], file:///C:/Users/yceron/Downloads/11544-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30377-1-10-20150618.pdf [consulta: 2 de abril de 2021].
- Tribunal Constitucional, TC/0388/15, 16 de octubre de 2015, [en línea], <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8488/sentencia-tc-0388-15.pdf> [consulta: 10 de abril de 2021].
- UNIÓN EUROPEA. TJUE, 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, Comisión c- Reino de los Países Bajos, apartado 88), [en línea], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EA782B0CEAC6D08C7ED21284BDA8225B?text=&docid=122644&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7463353> [consulta: 9 de abril de 2021].
- TJUE, 24 de enero de 2008, asunto C-532/06 [en línea], <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0532:ES:HTML> , [consulta: 9 de abril de 2021].