

Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Motivación en la aplicación de los criterios de valoración de ofertas. Valoración de variantes o mejoras.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige, con fecha 8 de noviembre de 2010, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En determinados expedientes de contratación de obras que tramita la Diputación Provincial de Huesca, la Mesa de Contratación viene manifestando su disconformidad con el contenido de los informes técnicos emitidos en relación a los criterios de valoración del sobre 2, en el que se incluyen aquellos criterios de selección dependientes de un juicio de valor.

Los informes emitidos por los Servicios Técnicos de la Corporación ponderan numéricamente cada una de las proposiciones, en lo relativo a los criterios de selección citados, salvo en el aspectos relativo a variantes y/o mejoras, en los que en algunos casos sí concretan los aspectos que se valoran. Sin embargo, la Mesa de Contratación considera necesario que en el informe figuren, de forma resumida, los motivos concretos por los que se concede la puntuación otorgada en cada uno de los criterios o, en el caso de variantes y/o mejoras, además los motivos y razones por los que se no se aceptan.

De acuerdo con lo expuesto, se plantea a esa Junta si la ponderación en términos numéricos, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es suficiente motivación o, por el contrario, sería necesario concretar los mismos para entender que el informe está debidamente motivado. De igual forma, si en el criterio relativo a variantes y/o mejoras, resulta necesario concretar los motivos y razones por los que no se aceptan.

A tal efecto, se adjuntan copias de dos supuestos reales de criterios de adjudicación no reglados, con los informes de valoración efectuados por los Servicios Técnicos de la Diputación ».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el

artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de enero de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Presidente de la Diputación Provincial de Huesca es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta Consultiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. Criterios de adjudicación de los contratos: alcance de la motivación necesaria en la evaluación de las ofertas.

La consulta del Presidente de la Diputación Provincial de Huesca exige unas mínimas reflexiones previas sobre los criterios de adjudicación de los contratos del sector público.

El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata desde el primer párrafo del considerando 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: *«la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en*

condiciones de competencia efectiva», principios de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores recogidos asimismo en el artículo 123 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

El artículo 53 de la mencionada Directiva establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. La LCSP recepcionó dicho mandato incorporando a su articulado el término «oferta económicamente más ventajosa» para denominar la utilización de cualquiera de los dos tipos de criterios de adjudicación, bien sea uno único, que habrá de ser en este caso necesariamente el precio, o varios.

Cuando el órgano de contratación se fundamente en diversos criterios para la valoración de las proposiciones y la consiguiente determinación de la «oferta económicamente mas ventajosa» -como en los supuestos que se plantean en la consulta- si bien la elección de aquéllos es discrecional para ese órgano, tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, las características y la naturaleza del contrato; han de ser objetivos; han de estar ponderados; han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en el anuncio de licitación, en los pliegos o, en su caso, en el documento descriptivo.

Es el artículo 134 LCSP el que regula en concreto los criterios de adjudicación de los contratos, aun cuando los denomina en su título «*criterios de valoración de las ofertas*» -nueva terminología que se aparta tanto de la Directiva 2004/18/CE, como del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- y que en ningún caso posibilita confundir los criterios de adjudicación con las reglas de valoración de los mismos, como mas adelante se argumentará. Y es que tan importante como la

correcta definición de los criterios objetivos de adjudicación de las ofertas es la forma de valoración y, consecuentemente, la motivación de la misma.

Realizadas las observaciones que anteceden, procede dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, en concreto si la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es suficiente motivación o, por el contrario, sería necesario concretar los mismos para entender que el informe de valoración está debidamente motivado.

Respecto de la ponderación, el artículo 134.4 LCSP dispone que, *«cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia»*.

Esta exigencia pretende conseguir la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato, y está recogida con profusión en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

Así, la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, recoge una doctrina reiterada anteriormente por muchas

otras, y después de rechazar como criterios de adjudicación los que versan sobre la aptitud de los licitadores (entre otros, experiencia) señala que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque el principio de igualdad de trato comporta también una obligación de transparencia y, dicha obligación, *«exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente mas ventajosa y la importancia relativa a los mismos»*.

El Tribunal se esfuerza en esta Sentencia en diferenciar el caso del enjuiciado en otro pronunciamiento de fecha anterior, Sentencia TJCE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ATI EAC SRL y Viaggi di Maio Snc, en la que había fallado que:

«(32) Los artículos 36 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, y 34 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró

el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores».

Sentado lo anterior sobre la necesaria ponderación previa, hay que continuar señalando que en esta ponderación hay que partir de la consideración de que la adjudicación de un contrato a la «proposición económicamente mas ventajosa» establece un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación por el poder adjudicador puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales para evitar que la resolución que se haya dictado incurra en arbitrariedad. Resulta oportuno acudir en este punto a la Jurisprudencia en la materia; así, expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000, y mas recientemente la de 27 de mayo de 2009, (en adelante STS) que la jurisprudencia clásica *«ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987), pero la mas reciente doctrina de esta Sala se inclina por el mas intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión “proposición mas ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que solo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (SSTS 2 de abril y 11 de junio de 1991)».*

Por ello, si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer

momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada de puntuaciones a cada uno de los licitadores, a la vista de la documentación presentada. En consecuencia, una forma de proceder como la que se recoge en el escrito de consulta -y se documenta con los ejemplos aportados- no cabe duda de que utiliza el margen de discrecionalidad de que goza esa Administración para caer de lleno en la arbitrariedad. Ambos conceptos son antagónicos, porque como señala la STS de 13 de julio de 1984: *«lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro ratione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte»*.

En este punto interesa precisar que si bien la motivación puede ser sucinta, debe ser suficientemente indicativa de las razones por las que se adopta, al objeto de que el interesado pueda impugnarlas. Volviendo a los ejemplos concretos aportados, debe concluirse la absoluta falta de motivación de los informes técnicos que deben servir de base a la Mesa de contratación para determinar la “proposición económicamente mas ventajosa”, así la simple asignación a las ofertas de puntuaciones en cada subapartado tras referencias genéricas del estilo *«en aplicación de los criterios establecidos en el punto xx, suficientemente definidos, y que desarrollan la memoria presentada, y efectuando un estudio contradictorio y comparativo de las ofertas, en el que se ha puesto especial énfasis en...resulta como puntuación detallada por el licitador la siguiente...»*, o, la todavía mas inadecuada a sus

finés: «*examinada la documentación obtiene una valoración de...*», no es una motivación adecuada en el sentido expuesto, ya que se trata de remisiones sin contenido alguno que permita especificar las razones por las que se atribuyen las concretas puntuaciones a los licitadores en los diversos criterios y subcriterios dependientes de un juicio de valor.

Interesante resulta también acudir en este punto a los Informes del Tribunal de Cuentas (en adelante TCu) y de los diversos Órganos de Control Externo Autonómicos (en adelante OCEX) de nuestro país. Así el TCu, en su informe número 760, aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005, ha sostenido que alguna de las actuaciones seguidas para la valoración de las ofertas no han sido adecuadas y, a los efectos que nos ocupan, recomienda no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además -en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de contratación- se deberían concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, mas aun teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de contratación. Asimismo debe quedar constancia suficiente de la justificación de la valoración otorgada a este criterio técnico de adjudicación, como garantía de que la resolución del órgano de contratación es la adecuada.

En esta misma línea se pronuncian, entre otros, los Informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General,

contratación administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de 2008, aprobado en febrero de 2010, y el del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, correspondiente a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi-2008, en los que se recuerda que los criterios objetivos han de estar contemplados en los pliegos de cláusulas de forma ponderada, al objeto de dotar de la máxima objetividad la selección en la oferta, y que sin embargo algunos pliegos analizados por los auditores encuentran ejemplos de criterios de adjudicación definidos de una forma genérica entrando a valorar criterios cualitativos sin que se establezcan normas concretas para su valoración, sin incluirse precisiones en cuanto al contenido de expresiones genéricas y su método de valoración. En otros casos, los criterios del PCAP carecen de los elementos de juicio necesarios que permitan su correcta aplicación en la fase de valoración de las ofertas, ya que no establecen baremo predeterminado en el que fundamentar la concesión de más o menos puntos a las empresas presentadas. Además, destacan la vaguedad e imprecisión de algunos criterios de adjudicación y la falta de motivación de los informes técnicos de valoración. Para evitar todas las situaciones antes descritas, los OCEX recomiendan que los pliegos establezcan no solo los criterios de adjudicación, sino también las reglas de valoración o normas relativas al procedimiento de aplicación de tales criterios, y que éstas aparezcan tasadas, baremadas y puntuadas, de tal forma que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación.

Para concluir el análisis de esta cuestión no puede dejar de recordarse el contenido del artículo 135.4 LCSP, en su actual redacción incorporada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, en el que se exige que la notificación de la adjudicación a los candidatos o licitadores, además de motivada, contenga, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Señalando los siguientes extremos que deberán

figurar necesariamente en la misma:

«a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas».

Obligación que difícilmente puede cumplirse sobre la base de informes técnicos de valoración como los que se incluyen en su solicitud de informe.

En consecuencia con todo lo anterior, una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP.

III. Valoración y motivación de variantes o mejoras.

La segunda cuestión que se plantea se centra en determinar si en el criterio relativo a variantes y/o mejoras, resulta necesario concretar los motivos y razones por los que no se aceptan las mismas. Para resolverla, vuelve a considerarse oportuno recoger una serie de consideraciones mínimas previas sobre las variantes o mejoras.

Sobre las mismas señala el artículo 131 LCSP que cuando para la adjudicación de un contrato hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del

precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto esa posibilidad. En tal caso deberá indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en que condiciones queda autorizada su presentación, indicando que también ha de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Estos requisitos exigidos por la Ley para las variantes o mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Para ello los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas y otras, cuales son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre el que son admitidas.

Aun cuando la cuestión que se plantea en este tema es muy concreta, esta Junta no puede dejar de emitir su opinión sobre si las variantes o mejoras previstas en los ejemplos remitidos cumplen o no con los requisitos exigidos por la norma. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación –posibilidad expresamente recogida en los pliegos concretos aportados en la documentación- siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el

objeto del contrato. Pues bien, las simples referencias contenidas en sus pliegos a *«Mejoras de las características técnicas y funcionales de la obra, considerando fundamentalmente los aspectos de cantidad y calidad de las capas de suelo y afirmado, debiendo de determinarse expresamente el costo, que será en todo caso por cuenta del contratista (entre 0 y 10 puntos)»*, o *«PROPUESTAS DE VARIANTES Y/O MEJORAS (Entre 0 y 12 puntos)...se aceptaran propuestas de variantes y/o mejoras en los aspectos ambientales, técnicos, económicos, estéticos o funcionales, sin que afecten a la esencia de lo proyectado, las cuales deberán justificarse, así como precisar si es el licitador quien se hace cargo del coste de la modificación propuesta o es la Administración...(entre 0 y 12 puntos)»* no cumplen el requisito mencionado, al pretender valorar la ejecución adicional y gratuita por parte del contratista de obras adicionales sin que previamente se haya concretado en el pliego la forma en la que deben valorarse, a efectos de seleccionar la oferta económicamente mas ventajosa.

Vuelve a ser en este punto interesante recoger el criterio de los OCEX sobre la concreta cuestión, y así, volviendo al reseñado informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía, indicar que en el mismo literalmente se señala: *«Debe recordarse que las mejoras como criterio de valoración de las ofertas serían admisibles si se las objetiva, es decir, debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer. Asimismo deben estar cuantificadas, pormenorizándose su importancia respectiva mediante la indicación de cómo serán baremadas cada una en el concurso, de lo contrario se produce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la Mesa de contratación o por la comisión técnica, aspecto que pudiera contrariar el contenido del artículo 86 LCSP»*.

Sentado lo anterior, solo resta resolver la concreta cuestión planteada, a la que pueden aplicarse todos los argumentos legales, jurisprudenciales y

criterios emanados de los distintos órganos de control externo sobre la necesaria y adecuada motivación de la valoración de ofertas que se han desarrollado en el análisis de la primera de las cuestiones, y concluir -en base a los mismos- que es imprescindible expresar en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP.

III. CONCLUSIONES

I. En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP.

II. Es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por los motivos expresados.

Informe 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 12 de enero de 2011.