

Informe 16/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de aplicar una fórmula proporcional que permita distribuir todos los puntos asignados a los criterios sujetos a evaluación previa, en la valoración de propuestas.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, se dirige con fecha 31 de mayo de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En las licitaciones de contratos que se llevan a cabo por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, mediante procedimiento abierto, para la construcción y equipamiento de centros educativos públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Aragón, habitualmente se fijan, para la valoración de las ofertas, criterios sujetos a evaluación previa, dependientes de un juicio de valor, y criterios sujetos a evaluación posterior, valorables de forma automática. A modo de ejemplo y para una mejor comprensión de la consulta que se realiza, se adjuntan los Anexos VI y VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la licitación de un contrato de obras en los que se determinan los criterios de valoración de las ofertas.

Como se puede apreciar en el ejemplo que se acompaña, si bien son preponderantes los criterios que pueden valorarse de forma objetiva mediante fórmulas, conforme a los que se otorgan 55 puntos de los 100 totales, son también de gran importancia, dada la especificidad de los edificios a proyectar o construir, los criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor, en virtud de los cuales se evalúa, en el caso de los contratos de obras, entre otros aspectos, la adecuación del proceso de ejecución al proyecto y al cumplimiento del plazo establecido, como garantía de que el centro educativo pueda ponerse en funcionamiento al comienzo del curso escolar correspondiente.

Los baremos para la valoración del precio y los demás criterios objetivos de las ofertas económicas se aplican en toda su extensión, al permitir las fórmulas empleadas otorgar las máximas puntuaciones a las ofertas económicas o mejores y las mínimas a las más caras o peores. Se sigue así la recomendación efectuada por la Cámara de Cuentas de Aragón con motivo de

la fiscalización de la contratación de la Comunidad Autónoma en el año 2010, sin desvirtuar la importancia del valor teórico asignado en el pliego al precio y demás criterios objetivos y respetando de esta manera el principio de economía en la gestión de fondos públicos.

Sin embargo, en la baremación de los criterios sujetos a juicio de valor, no preponderantes pero sí de indudable trascendencia, no llegan a distribuirse la total de los puntos previstos en los pliegos, dado que es prácticamente imposible que una misma oferta obtenga la máxima calificación en todos y cada uno de los distintos subcriterios que se toma en consideración (hasta 10 subcriterios en algunos casos).

Ello supone una reducción considerable en los márgenes de las puntuaciones otorgadas entre las ofertas técnicamente más adecuadas o ventajosas y las menos, lo que, a nuestro juicio atenta contra el principio de eficiencia en la utilización de fondos públicos, al tener las mejores ofertas técnicas o de ejecución ofertadas una relevancia significativamente menor de la que resultaría si se otorgasen las máximas puntuaciones a las ofertas mejor valoradas y las mínimas a las peor valoradas. Se considera, asimismo, que de esta manera los contratos se adjudicarían realmente a la oferta económica y técnicamente más ventajosa para la Administración, lo que, en definitiva, supondría un importante ahorro para la misma.

Se ha constado, a través del Perfil de Contratante de Aragón, que otros órganos de contratación de la Comunidad Autónoma, una vez ponderadas las ofertas según los criterios sujetos a juicio de valor, suman las cantidades obtenidas por las mismas en los distintos criterios y subcriterios y calculan la puntuación final mediante una fórmula que permite asignar la puntuación máxima a la oferta mejor valorada y distribuir proporcionalmente la totalidad de los puntos. (Se adjunta el ejemplo constatado).

Por ello y al objeto de elaborar conforme a Derecho los pliegos que hayan de regir la contratación en un futuro, se solicita a esa Junta Consultiva informe sobre la legalidad de, una vez efectuada la evaluación técnica y sumando la puntuación alcanzada en todos los subcriterios por los licitadores y para obtener la puntuación final, aplicar una fórmula proporcional que permita distribuir todos los puntos asignados a los criterios sujetos a evaluación previa, otorgando la máxima puntuación a la oferta mejor valorada conforme a aquéllos y se repartan los restantes proporcionalmente, mediante una regla de tres, todo ello con el fin de que no se desvirtúe el valor real que los aspectos técnicos tienen en la contratación realizada por este Departamento».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de junio de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

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.

La cuestión que se suscita en el escrito de consulta se refiere a la posibilidad de establecer en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sobre un mismo criterio de adjudicación, una doble ponderación; una inicial, cuya cuantificación dependerá de un juicio de valor, y una posterior, en la que se llevará a cabo la asignación definitiva de la puntuación, a través de la aplicación una fórmula proporcional.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Cuestiones previas: Criterios de valoración de las proposiciones y la necesidad de ponderación. Preponderancia de criterios valorables mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la aplicación de fórmulas.

El Libro III del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) se refiere a la selección del contratista y adjudicación de los contratos, consagrando el artículo 150.1 que, una vez presentadas las ofertas por los aspirantes, la Administración debe valorarlas y determinar cuál es la «*económicamente más ventajosa*». La terminología no coincide exactamente con la empleada por la Directiva 2004/18/CE. Mientras que en ésta se distinguen como criterios de adjudicación el del «*precio más bajo*» y el de la «*oferta económicamente más ventajosa*», dependiendo de si sólo se

atiende al precio o, además, a otros parámetros a la hora de valorar las proposiciones (en la propuesta de nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Contratación pública, COM (2011) 896, publicada el 5 de abril de 2013 en el Diario oficial de la Unión Europea, se utilizan los términos «*coste más bajo*» y «*oferta económicamente más ventajosa*»), en la legislación española vigente se utiliza aquella expresión en un sentido más amplio: con independencia de cuál sea el criterio de evaluación empleado, en los dos casos se trata siempre de encontrar la «*oferta económicamente más ventajosa*».

Al concepto de ventaja «económica» debe dársele un significado muy amplio. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) en su Sentencia de 27 de septiembre de 2002 ha declarado al respecto que la legislación comunitaria «*no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora... [y ser utilizados] para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa*».

Ni la Directiva 2004/18/CE, ni sus precedentes, regulan explícitamente los supuestos en los que procede una solución u otra, aunque el TJCE ha considerado contrario al Derecho comunitario que una norma nacional imponga de manera abstracta y general a las entidades adjudicadoras la utilización exclusiva del criterio del precio más bajo para todos los contratos de obras, privando a éstas de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y las particularidades de tales contratos, aisladamente considerados, así como de elegir para cada uno de ellos el criterio más idóneo a fin de asegurar la libre competencia y garantizar de esta forma que se seleccione la mejor oferta.

El TRLCSP, por el contrario, sí que establece una regulación expresa. Del tenor de su artículo 150.1 se desprende que el órgano de contratación puede optar entre uno o varios criterios de adjudicación, si bien esta discrecionalidad queda limitada por lo establecido en el artículo 150.3 del texto legal, donde se

contemplan algunas circunstancias en las que necesariamente hay que aplicar varios criterios [letras a), b), c), d), e), f), g) y h)], y otras en las que debe atenderse únicamente al del precio más bajo [letra f), segundo inciso, y letra g), segundo inciso].

La Administración, con todo, sigue disponiendo de un considerable espacio de maniobra para elegir una solución u otra, gozando, igualmente, de discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un determinado contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno, siempre y cuando los mismos se ajusten a ciertos requisitos formales y materiales.

Ahora bien, no basta con predeterminar los criterios que se utilizarán para valorar las ofertas. El artículo 150.2 del TRLCSP exige que se detallen: *«Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo»*, y el artículo 150.4 del mismo texto legal 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».

La legislación estatal básica impone una cierta matematización de estos criterios, con el fin de incrementar su precisión y, subsiguientemente, la coherencia, la transparencia y las posibilidades de controlar la valoración de las ofertas contractuales, reduciendo así el peligro de que se cometan arbitrariedades.

Así, ha establecido, en primer lugar, la utilización preferente de criterios de adjudicación expresables mediante conceptos métricos y técnicas cuantitativas: *«En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos»* (art. 150.2.II TRLCSP).

Esta es la regla general. Sólo excepcionalmente y respetando ciertas cautelas procedimentales pueden prevaler los criterios sujetos a juicio de valor, añadiendo el artículo 150.2.II TRLCSP: *«Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos»*.

Por otro lado, también hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que en la valoración global de la oferta se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación empleados (artículo 150.4.I TRLCSP), a fin de que las valoraciones parciales efectuadas a la luz de cada uno de ellos puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Sólo por razones debidamente justificadas puede excepcionarse esta regla (artículo 150.4.II TRLCSP).

III. Posibilidad de distribuir la puntuación total de los criterios sujetos a evaluación previa mediante la aplicación de una fórmula proporcional, y repercusión en los criterios sujetos a evaluación posterior.

La consulta planteada por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte se refiere a la posibilidad de establecer, en el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares, sobre un mismo criterio de adjudicación, en el presente supuesto, sobre la denominada «oferta técnica», una doble asignación de puntuación; una inicial, constituida por la suma de las puntuaciones parciales otorgadas en cada subcriterio, atendiendo a criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor, y una posterior, en la que se lleva a cabo la asignación definitiva de la puntuación, a través de una fórmula proporcional, en la que obtendría la puntuación máxima la mejor oferta técnica y repartiendo los restantes proporcionalmente, mediante regla de tres. Todo ello, se apunta, con el fin de que no se desvirtúe el valor real que los aspectos técnicos tienen en la contratación realizada por el Departamento.

Alega el órgano solicitante que, en la baremación de los criterios sujetos a juicio de valor, no preponderantes pero sí de indudable trascendencia, no llegan a distribuirse la totalidad de los puntos previstos en los pliegos, dado que es prácticamente imposible que una misma oferta obtenga la máxima calificación en todos y cada uno de los distintos subcriterios que se toman en consideración (hasta 10 subcriterios en algunos casos), y que ello supone una reducción considerable en los márgenes de las puntuaciones otorgadas entre las ofertas técnicamente más adecuadas o ventajosas y las menos, lo que atentaría contra el principio de eficiencia en la utilización de fondos públicos, al tener las mejores ofertas técnicas o de ejecución ofertadas una relevancia significativamente menor de la que resultaría si se otorgasen las máximas puntuaciones a las ofertas mejor valoradas y las mínimas a las peor valoradas, considerando, asimismo, que de esta manera los contratos se adjudicarían realmente a la oferta económica y técnicamente más ventajosa para la Administración, lo que, en definitiva, supondría un importante ahorro para la misma.

Respecto a la primera afirmación; la práctica imposibilidad de que una oferta técnica obtenga la máxima puntuación (en todo caso, igual o inferior al 50 % si no se considera oportuno la designación de un comité de expertos o la encomienda a un organismo técnico cualificado) debido, a su vez, a la práctica imposibilidad de obtener la máxima puntuación en cada subcriterio, hasta 10,

puede deberse a varios factores, tales como la baja calidad de las ofertas, la excesiva rigurosidad en la valoración de las mismas, o el elevado número de subcriterios. Algunos de ellos no dependen del órgano de contratación; en concreto el primero, y no resultaría razonable ni admisible que, una oferta técnica con escasa puntuación, aunque la mayor entre las valoradas, obtuviera la máxima prevista para criterios sujetos a evaluación previa.

De hecho sería contrario al principio de eficiencia que en los criterios sujetos a juicio de valor, que se refieren a la calidad técnica de la oferta entendida en sentido amplio, se aplicará un segundo proceso de ponderación que ampliara la diferencia entre las puntuaciones absolutas obtenidas por las distintas proposiciones. Diferencia, mayor cuanto menor es la calidad de las ofertas. En los contratos administrativos, el Pliego de Prescripciones Técnicas fija las características de las prestaciones objeto del contrato, y la calidad o cantidad mínima suficiente para conseguir cubrir las necesidades del órgano de contratación. La valoración de las ofertas respecto de los aspectos técnicos no es sino un plus de mejora que debe de tenerse en cuenta a efectos de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, poniéndola en relación con el factor económico. El sistema que se propone conlleva ineficiencias, porque supondría en muchos casos pagar más por ofertas que no son significativamente mejores desde el punto de vista técnico.

Respecto a la segunda afirmación; que ello suponga un estrecho margen de puntuación entre ofertas técnicas, puede deberse, nuevamente a factores externos del órgano de contratación, como el hecho de que se trate de ofertas similares.

Respecto a la tercera afirmación, la eficiente asignación de recursos públicos se consigue mediante la adjudicación a la «*oferta económicamente más ventajosa*», esto es, la que, en su conjunto obtenga la mayor puntuación, lo que no conlleva (aunque sería lo deseable) que sea la oferta económica y técnicamente más ventajosa para la Administración, dado que, podría ser la oferta económica más ventajosa, pero no haber obtenido la puntuación mayor en los aspectos técnicos, o viceversa.

En todo caso, si se pretende primar la oferta técnica, bastaría con incrementar la puntuación relativa a criterios sujetos a evaluación previa.

La cuestión de fondo suscitada por el Departamento es la adecuación a derecho de distribuir la puntuación total de los criterios sujetos a evaluación previa, mediante la aplicación de una fórmula proporcional.

Hay que señalar a estos efectos que la legislación vigente no prohíbe expresamente la doble ponderación de criterios, si bien, pudiera deducirse implícitamente, dado que el TRLSCP tan sólo distingue dos tipos de criterios de adjudicación:

- a) aquellos en los que en su valoración intervienen juicios de valor y que se incluirán en sobre independiente y con previa apertura y
- b) aquellos cuya valoración pueda realizarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Respecto a la asignación de la mayor puntuación a la mejor oferta técnica, ni la normativa europea o nacional, ni dictámenes, informes o recomendaciones de órganos consultivos o fiscalizadores se pronuncian al respecto, a diferencia del criterio precio, en el que se coincide en la necesidad de otorgar a la oferta con mejor precio la mayor puntuación y asignar cero puntos a la oferta que coincide con el presupuesto de licitación. En este sentido, cabe citar el Informe 4/11, de 28 de octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en el que, textualmente, indica: *«la cuestión ha sido objeto de la tramitación por los servicios de la Comisión Europea de expediente de infracción de las Directivas comunitarias sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos, cuestión que se concreta en si es posible establecer en los criterios de valoración del precio en los contratos, cuando se aplique como sistema de adjudicación la pluralidad de criterios, que el precio más bajo no reciba la mayor puntuación, de entre aquellas proposiciones que hayan sido admitidas. En concreto el expediente de infracción estaba motivado porque en determinados procedimientos de adjudicación de contratos de obras, bajo la*

forma de concurso, recibía la mayor puntuación, en cuanto al precio, la oferta que se situaba en la media de todas las recibidas.

Como expusieron los servicios de la Comisión Europea y ya coincidió en su apreciación esta Junta Consultiva, según resulta de lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público, los diversos criterios han de ser valorados de forma independiente, en la consideración de que, en cuanto al precio se refiere, ha de recibir la mejor puntuación aquella proposición admitida de precio más bajo, toda vez que respecto de incidencia en la oferta económicamente más ventajosa, será la que cumpla tal característica.

Establecido este requisito, es evidente que la puntuación que reciba por tal concepto se ha de acumular a la puntuación que obtenga en los restantes criterios para fijar entre todos cual ha de ser considerada la oferta económicamente más ventajosa».

De ello, podemos deducir que la fórmula propuesta, ni está prohibida ni está permitida de forma expresa en la normativa de contratación vigente, aunque una interpretación hermenéutica de los principios de la contratación pública conduce a desaconsejar la fórmula que se propone de otorgar todos los puntos a la mejor de las ofertas presentadas, independientemente de su concreta evaluación técnica. Como se ha señalado, el sistema que se propone conlleva ineficiencias, porque supondría en muchos casos pagar más por ofertas que no son significativamente mejores desde el punto de vista técnico y, además, puede desvirtuar el resultado de la aplicación de los criterios no sometidos a juicio de valor.

III. CONCLUSIONES

I. El TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas, que se detallarán en el anuncio de licitación y en el pliego, así como su baremación,

estableciendo, como regla general, la preponderancia de criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas. Una ponderación superior en criterios cuya cuantificación dependan de un juicio de valor requerirá la constitución de un comité de expertos o la encomienda de la evaluación a un organismo técnico especializado.

II. La aplicación de la fórmula proporcional, en la que obtendría la puntuación máxima la mejor oferta técnica —repartiendo los restantes proporcionalmente, mediante regla de tres— ni está prohibida ni está permitida de forma expresa en la normativa vigente, aunque una interpretación hermenéutica de los principios de la contratación pública conduce a desaconsejar la fórmula que se propone de otorgar todos los puntos a la mejor de las ofertas presentadas, independientemente de su concreta evaluación técnica, al producir un distanciamiento entre ofertas técnicas, mayor cuanto menor es la calidad de las mismas, pudiendo desvirtuar el resultado de la aplicación de los criterios no sometidos a juicio de valor

Informe 16/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 26 de junio de 2013.