



INFORME 5/98, DE 26 DE JUNY DE 1998

## VALORACIÓ DEL PREU COM A CRITERI D'ADJUDICACIÓ

- a) Antecedents
- b) Presupòsits d'admissibilitat
- c) Consideracions jurídiques
- d) Conclusió

### ANTECEDENTS:

La Intervenció General de la CAIB en escrit remès a aquesta Junta Consultiva sol·licita informe respecte dels criteris generals a seguir la ponderació i valoració del preu en els concursos, plantejada la qüestió en els termes següents :

*"És en aquest punt, pel que fa a la ponderació on sorgeixen els dubtes i les nebulositats en la seva aplicació pràctica.*

*Efectivament, ens podem trobar bàsicament amb els supòsits següents, que corresponen a diferents criteris de ponderació del preu en l'adjudicació de contractes:*

1. El preu és ponderat sense consideracions especials.
2. El preu es pondera aplicant criteris estadístics de l'anomenada Campana de Gaus.
3. Formalment el preu es pondera de tal forma que fàcticament es converteix en l'únic criteri.
4. Variants dels dos anteriors.

*El primer entenem que és el supòsit "normal", en el qual la Llei de Contractes pensa quan estableix a l'art. 86 el criteri general del concurs a què ens referíem abans. Per tant, no es planteja dubte respecte a això.*

*El dubte, i per tant la consulta i la petició d' informe, sorgeix de la resta de supòsits.*

*Formalment es compleix el criteri general de l'article 86: El preu no és l'únic i exclusiu criteri d'adjudicació. Però veurem les conseqüències següents:*

- A. *El supòsit núm. 2 (Campana de Gaus) valora igualment les ofertes equidistants de la mitjana de totes les ofertes, estiguin per damunt o per davall d'aquesta. És a dir, dóna valoracions igual a ofertes substancialment diferents (una és més cara que l'altra). També infravalora les ofertes més econòmiques i així mateix si exclou la més cara i la més barata, està fent exclusió de la millor oferta econòmica sense contrastar la seva viabilitat . Tot això quant a la valoració no de la oferta en el seu conjunt (ja que l'essència del concurs radica en què la oferta més avantatjosa no sigui l'econòmicament més barata) sinó que es refereix al fet que quan es valora un determinat criteri (el preu) no es puntua més la millor oferta (que és la més econòmica) sinó l'altra (la mitjana). A més s'ha de tenir en compte que en funció del valor que s'assigni als factors fixos de la fórmula, es pot variar notablement el resultat.*
- B. *El supòsit núm. 3 sembla complir formalment el criteri diferenciador de l'article 86: hi ha més d'un criteri a més del preu. Però la ponderació que es dóna a aquest és de tal força que impedeix que els altres criteris puguin contrarestar el criteri del preu. Això s'agreuja si*

*és molt difícil trobar diferències entre les ofertes rebudes respecte dels altres criteris. Amb la conseqüència final que si bé formalment es planteja l'adjudicació per concurs, de fet es tracta d'una subhasta encoberta.*

- C. *Les altres variants responen a sistemes de ponderació que tenen en comú el fet que per valorar el factor preu introdueixen factors correctors que fan que no es valorin totes les ofertes (deixen de valorar la més econòmica i la més costosa, per exemple), o que no es valorin amb el mateix criteri determinades ofertes.*

*Efectivament entenem que no és una qüestió clara, per tal que, si bé tots i cadascun d'aquests mètodes formalment compleixen la lletra de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, les conseqüències de la seva aplicació pràctica sembla que poden provocar situacions jurídiques injustes i discriminatòries per a alguns licitadors i, per tant, vulnerar els principis de concurrència, igualtat i no discriminació exigits per la mateixa Llei a tot el seu contingut.*

*Per això, sol·licitam informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa respecte del/s criteri/s general/s a seguir en la ponderació i valoració del preu en els concursos i de la possibilitat d'utilitzar mètodes com els descrits més amunt.*

L'informe de l'Assessoria Jurídica de la Secretaria General Tècnica de la Conselleria d'Economia i Hisenda que acompanya la sol·licitud arriba a la conclusió següent:

*"D'acord amb les consideracions d'abans, el dubte jurídic plantejat per la utilització dels diferents mètodes de valoració i ponderació de l'oferta econòmica, que poden derivar en la producció de situacions injustes i en definitiva contraries als principis de concurrència, d'igualtat i no discriminació, així com la interpretació que s'hagi de donar segons les Directrius abans exposades i l'informe de la Junta de Contractació de l'Estat, aquesta Assessoria Jurídica considera que la qüestió plantejada per la Intervenció General de la CAIB ha de ser clarificada per la Junta Consultiva i, en la mesura del que sigui possible, proposa l'establiment d'uns criteris bàsics a seguir en l'actuació de les Unitats de Contractació de la CAIB".*

#### **PRESUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT:**

1. La Sol·licitud d'informe s'efectua pel Viceinterventor general de la CAIB en substitució de l'Intervenció General de la CAIB d'acord amb l'article 2 del Decret 36/1996, de 7 de març, i l'article 3 de l'Ordre de 22 de març de 1996, qui té legitimació per a això d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24 de 25-2-1997), i l'article 15.1 del Reglament d'Organització i Funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB (BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997).
2. A la sol·licitud s'acompanya un informe jurídic de la qüestió plantejada, emès pel Servei Jurídic de la Conselleria, complint el que es disposa a l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per a poder emetre l'informe sol·licitat, atès que es reuneixen, doncs, tots els requisits previs d'admissió.

#### **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES:**

**PRIMERA.** La qüestió plantejada a la Junta Consultiva precisa d'una anàlisi prèvia de les competències i funcions que corresponen a aquesta segons el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de la seva creació, atès que no se sol·licita un informe referent a la interpretació jurídica que s'hagi de donar a un determinat precepte o de l'adequació a Dret d'una concreta actuació, sinó que es demana una regla de continuació en relació a un dels criteris objectius per tal d'adjudicar els concursos (el preu), o, dit d'una altra manera, que es fixin els límits en què es puguin moure els diferents òrgans de contractació a l'hora de ponderar el preu en els concursos. En definitiva, s'interessa una funció normativa.

El Decret de creació de la Junta Consultiva, en el seu article 1, el configura com a "òrgan consultiu i assessor en matèria de contractació", i en el seu article 2, apartats 1,3,4 i 11, en establir les seves funcions diu que li correspon:

Informar sobre les qüestions que li siguin sotmeses en matèria de contractació administrativa.

Vigilar l'observació dels principis de publicitat, concurrència, igualtat i no discriminació en els contractes.

Realitzar estudis sobre contractació administrativa i proposar als òrgans de contractació, mitjançant recomanacions, l'adopció de les mesures que es derivin d'ells.

Elevar una memòria anual sobre la gestió contractual, en els seus aspectes administratius, econòmics i tècnics, proposant l'adopció de les mesures generals o particulars que es considerin convenientes"

No sembla que tingui atribuïda la Junta Consultiva cap capacitat normativa que pugui vincular els òrgans de contractació, doncs la seva funció es limita a "assessorar" "proposar" i "recomanar". I, en aquest informe, després de les apreciacions que del tema s'exposaran en les consideracions jurídiques que segueixin a aquesta, es conclourà amb una mera recomanació als òrgans de contractació.

**SEGONA** Centrant-nos en els supòsits que l'escrit de la Intervenció enumera de l'1 al 4, en realitat només es planteja la necessitat d'un criteri de ponderació i valoració del preu quan s'aplica l'anomenada "Campana de Gaus" o quan la ponderació del preu és de tal magnitud que pràcticament es converteix en l'únic factor determinant de l'adjudicació.

La Llei en el seu article 86, defineix el que s'entén per concurs, com a forma d'adjudicació oposada a la subhasta, i indica expressament que l'oferta a seleccionar no s'efectuï exclusivament en atenció al preu més baix. D'aquest enunciat ja es desprèn que quan en un concurs la ponderació del preu és tan desmesurada que pràcticament es converteix en l'únic factor a tenir en compte per a l'adjudicació del contracte, estariem en presència d'una subhasta encoberta aplicant de fet les normes d'aquesta forma d'adjudicació i eludint la que, en el seu cas, ens obliga a utilitzar el concurs (per exemple l'article 181 per a subministrament, o 209 per a serveis, consultoria i treballs específics), i es donarien així els elements definidors del frau de llei recollits a l'article 6.4 del Codi Civil, i seran en darrer lloc, els Tribunals de Justícia els que hauran de determinar si ha tengut o no lloc aquesta figura quan qualche licitador es considerés perjudicat per la seva aplicació i recorreixi a aquells.

Quant a l'aplicació de la "Campana de Gaus" o valoració de les ofertes que més s'aproximen a la mitja aritmètica no sembla que sigui un sistema lògic ni coherent, doncs preval la més mitjana i no la millor. Traslladada aquesta forma de valoració a qualsevol criteri d'adjudicació del concurs, per exemple al termini d'execució o a la solució tècnica, ens duria a l'absurd de puntuar més la solució tècnica més pròxima a la mitjana en lloc de la millor, o puntuar menys al millor i més curt termini d'execució.

Si el que es pretén per la utilització de la mitjana aritmètica és evitar puntuar les ofertes que poguessin estar sotmeses en baixes anormalment desproporcionades o temeràries atès que aquestes només es preveuen en les subhastes, tampoc és necessari recórrer a aquest subterfugi, doncs la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració de l'Estat admet que en els plecs dels concursos, mitjançant el joc dels criteris objectius per a l'adjudicació i la seva obligada ponderació, es puguin establir sistemes per a valorar adequadament les proposicions temeràries o desproporcionades (informe 18/96 de 5 de juny i 8/97 de 20 de març) i en el nostre àmbit de Clàusules Administratives Particulars dels Concursos aprovats recentment pel Consell de Govern.

Per la seva part la Comissió Europea, en Dictamen Motivat de 23-12-1997 en relació al procediment d'adjudicació d'un contracte de consultoria i assistència en el qual les ofertes econòmiques, segons el Plec, es valorarien en atenció a les quanties que més s'apropassin a les mitjanes aritmètiques de totes les ofertes admeses, s'ha constatat que tal forma d'actuació desvirtua la noció de l' "oferta econòmicament més avantatjosa", i s'insta al Regnat d'Espanya a adoptar les mesures necessàries per conformar-se al contingut del Dictamen.

Raona el Dictamen de la Comissió Europea que "l'opció de l'oferta econòmicament més

*avantatjosa suposa combinar diversos criteris tenint en compte les propostes que millor compleixin cadascun d'ells i ponderant-les , a poder ser d'acord amb uns coeficients prèviament establerts. Altra cosa és que, una vegada aplicats els coeficients, l'oferta resultant com a més avantatjosa des del punt econòmic no sigui la més barata, ni la millor tècnicament, ni la que millor servei tècnic ofereixi , sinó la que combini de forma òptima el conjunt de criteris. Però el que no s'entén, llevat que el poder adjudicador estigui fent un judici de valor sobre les ofertes més baixes, i eludeixi així les disposicions de l'article 37 de la Directiva 92/50/CEE, és que, en la valoració d'un determinat criteri, en aquest cas el preu, no es puntuï la millor oferta, si no la més mitjançera". Resumint, conclou el Dictamen, el poder adjudicador ha desvirtuat la noció de "oferta econòmicament més avantatjosa", i ha infringit així l'apartat 1, lletra a), de l'article 36 de l'esmentada Directiva.*

**TERCERA** Connectant la consideració jurídica precedent amb la primera aquesta Junta Consultiva entén que quan en els plec no s'indiqui quina ha de ser la forma de valoració del criteri objectiu del Preu, s'ha d'avaluar per la Mesa de Contractació en ús de la seva discrecionalitat d'acord a la ponderació que a dit criteri se li hagi otorgat en el Plec i puntuar més l'oferta de més baix preu, amb respecte a les regles d'ofertes anormalment baixes contingudes en els Plecs de clàusules administratives particulars i a les Directives Europees que per a cada tipus de contracte i en distints articles vénen a imposar l'obligació a l'entitat adjudicadora, abans de rebutjar-les, de sol·licitar per escrit les precisions oportunes sobre la composició de l'oferta i la comprovarà tenint en compte les explicacions rebudes.

En el cas que els Plecs incloguin la forma d'avaluar el preu, seria vàlida qualsevol fórmula que partint del principi de puntuar millor l'oferta mínima, distribueixi de forma escalonada les puntuacions inferiors a les ofertes superiors.

En darrer lloc i en funció d'exercir la recomanació, no la instrucció o imposició de conducta per tenir-la vedada d'acord amb el Decret regulador així com s'ha dit, l'arc de ponderació en el qual el preu hauria de moure's hauria d'estar comprès entre no més del 80% del total de ponderació de la resta de criteris d'adjudicació i no menys del 20%, incloent-se d'entre els criteris a valorar un mínim de tres, i deixant constància a l'expedient de les motivacions específiques o raonaments que en un contracte poguessin existir per a extralimitar-se dels indicats percentatges en la valoració d'aquest criteri.

## **CONCLUSIÓ:**

En la valoració del Preu com a criteri d'adjudicació en els concursos el principi imperant, és el de puntuar millor l'oferta menor cualsevol que sigui la forma o formules d'efectuarla, amb respecte al dret d'audiència de les ofertes anormalment baixes.