

INFORME 5/98, DE 26 DE JUNIO DE 1998
VALORACIÓN DEL PRECIO COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN.

ANTECEDENTES:

La Intervención General de la CAIB en escrito remitido a esta Junta Consultiva solicita informe respecto de los criterios generales a seguir en la ponderación y valoración del precio en los concursos, planteando la cuestión en los siguientes términos:

“Es en este punto, en cuanto a la ponderación donde surgen las dudas y nebulosas en su aplicación práctica.

Efectivamente, nos podemos encontrar básicamente con los supuestos siguientes, que corresponden a diferentes criterios de ponderación del precio en la adjudicación de contratos:

- 1. El precio es ponderado sin consideraciones especiales.*
- 2. El precio se pondera aplicando criterios estadísticos de la denominada Campana de Gaus.*
- 3. Formalmente el precio se pondera de tal manera que fácticamente se convierte en el único criterio.*
- 4. Variantes de los dos anteriores.*

El primero entendemos que es el supuesto “normal”, en el que la Ley de Contratos está pensando cuando establece en el art.86 el criterio general del concurso a que nos referíamos antes. Por tanto, no se plantea duda al respecto.

La duda, y por tanto la consulta y petición de informe, surge del resto de supuestos.

Formalmente se cumple el criterio general del artículo 86: El precio no es el único y exclusivo criterio de adjudicación. Pero vemos las siguientes consecuencias:

A) El supuesto núm. 2 (Campana de Gaus) valora igual las ofertas equidistantes de la media de todas las ofertas, estén por encima o por debajo de ésta. Es decir, da valoraciones iguales a ofertas sustancialmente diferentes (una es más cara que la otra). También infravalora las ofertas más económicas y asimismo si excluye a la más cara y a la más barata, está haciendo exclusión de la mejor oferta económica sin contrastar su viabilidad. Todo esto en cuanto a la valoración no de la oferta en su conjunto (ya que la esencia del concurso radica en que la oferta más ventajosa no sea la económicamente más barata) sino referido a que cuando se valora un determinado criterio (el precio) no se puntúa más la mejor oferta(que es la más económica) sino

otra(la mediana). Además hay que tener en cuenta que en función del valor que se asigne a los factores fijos de la fórmula, se puede variar notablemente el resultado.

B) El supuesto núm. 3 parece cumplir formalmente el criterio diferenciador del art. 86: hay más de un criterio además del precio. Pero la ponderación que se le da a este es de tal fuerza que impide que los otros criterios puedan contrarrestar el criterio precio. Esto se agrava si es muy difícil encontrar diferencias entre las ofertas recibidas respecto de los otros criterios. Con la consecuencia final de que si bien formalmente se plantea la adjudicación por concurso, de hecho se trata de una subasta encubierta.

C) Las otras variantes responden a sistemas de ponderación que tienen en común que por valorar el factor precio introducen factores correctores que hacen que no se valoren todas las ofertas(dejando de valorar la más económica y la más gravosa, por ejemplo), o que no se valoren con el mismo criterio determinadas ofertas.

Efectivamente entendemos que no es una cuestión clara, por cuanto, si bien todos y cada uno de estos métodos formalmente cumplen la letra de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las consecuencias de su aplicación práctica parece que pueden provocar situaciones injustas y discriminatorias para algunos licitadores y, por tanto, vulnerar los principios de concurrencia e igualdad y no discriminación exigidos por la propia Ley a todo su contenido.

Por todo ello, pedimos informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto del/los criterio/s general/es a seguir en la ponderación y valoración del precio en los concursos y de la posibilidad de utilizar métodos como los descritos anteriormente.

El Informe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda que acompaña a la solicitud llega a la siguiente conclusión:

“De acuerdo con las consideraciones anteriores, la duda jurídica suscitada por la utilización de los diferentes métodos de valoración y ponderación de la oferta económica, que pueden derivar en la producción de situaciones injustas y en definitiva contrarias a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, así como la interpretación que haya de darse según las Directivas anteriormente expuestas y el informe de la Junta de Contratación del Estado, esta Asesoría Jurídica considera que la cuestión planteada por la Intervención General de la CAIB debe ser clarificada por la Junta Consultiva y, en la medida de lo posible, propone se establezcan unos criterios básicos a seguir en la actuación de las Unidades de Contratación de la CAIB.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD:

1º) La Solicitud de informe se efectúa por el Viceinterventor general de la CAIB en sustitución de la Intervención General de la CAIB a tenor del art. 2 del Decreto 36/1996, de 7 de marzo, y art. 3 de la Orden de 22 de Marzo de 1996, quien tiene legitimación para ello conforme al art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº 24 de 25-2-1997), y art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB (BOCAIB nº 133 de 25-10-1997).

2º) A la solicitud se acompaña un Informe Jurídico sobre la cuestión planteada, emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería, cumpliendo la preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.

3º) La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe solicitado, reuniéndose, pues, todos los requisitos previos de admisión.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

PRIMERA.- La cuestión planteada a la Junta Consultiva precisa de un análisis previo de las competencias y funciones que a la misma corresponden según el Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de su creación, pues no se solicita un informe acerca de la interpretación jurídica que se haya de dar a un determinado precepto o de la adecuación a Derecho de una concreta actuación, sino que se pide una regla a seguir en relación a uno de los criterios objetivos para adjudicar los concursos (el precio), o, dicho de otro modo, que se fijen los límites en los que puedan moverse los diferentes órganos de contratación a la hora de ponderar el precio en los concursos. En definitiva, se interesa una función normativa.

El Decreto de creación de la Junta Consultiva, en su art. 1, la configura como “órgano consultivo y asesor en materia de contratación”, y en su art. 2, apartados 1,3, 4 y 11, al establecer sus funciones dice que le corresponde:

“Informar sobre las cuestiones que le sometan en materia de contratación administrativa”.

“Vigilar la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en los contratos”

“Realizar estudios sobre contratación administrativa y proponer a los órganos de contratación, mediante recomendaciones, la adopción de las medidas que se deriven de los mismos”

“Elevar una memoria anual sobre la gestión contractual, en sus aspectos administrativos, económicos y técnicos, proponiendo la adopción de las medidas generales o particulares que se consideren convenientes”

No parece que tenga atribuida la Junta Consultiva ninguna capacidad normativa que pueda vincular a los órganos de contratación, pues su función se limita a “asesorar” “proponer” y “recomendar”. Y, en el presente informe, después de las apreciaciones que sobre el tema se expondrán en las consideraciones jurídicas que sigan a ésta, se concluirá con una mera recomendación a los órganos de contratación.

SEGUNDA.- Centrándonos en los supuestos que el escrito de la Intervención enumera del 1 al 4, en realidad sólo se plantea la necesidad de un criterio de ponderación y valoración del precio cuando se aplica la denominada “Campana de Gaus” o cuando la ponderación del precio es de tal magnitud que prácticamente se convierte en el único factor determinante de la adjudicación.

La Ley en su art. 86, define lo que se entiende por concurso, como forma de adjudicación opuesta a la subasta, indicando expresamente que la oferta a seleccionar no se efectúe exclusivamente en atención al precio más bajo. De este enunciado ya se desprende que cuando en un concurso la ponderación del precio es tan desmesurada que prácticamente se convierta en el único factor a tener en cuenta para la adjudicación del contrato, estaríamos en presencia de una subasta encubierta aplicando de hecho las normas de esta forma de adjudicación y eludiendo la que, en su caso, nos obliga a utilizar el concurso (por ej. art. 181 para suministro, o 209 para servicios, consultorías y trabajos específicos), dándose así los elementos definidores del fraude de ley recogidos en el art. 6.4 del Código Civil, siendo, en última instancia, los Tribunales de Justicia los que deberán determinar si ha tenido o no lugar dicha figura cuando algún licitador se considerara perjudicado por su aplicación y recurra a ellos.

En cuanto a la aplicación de la “Campana de Gaus” o valoración de las ofertas que más se aproximen a la media aritmética no parece que sea un sistema lógico ni coherente, pues se prima a la más mediana y no a la mejor. Trasladada esta forma de valoración a cualquier criterio de adjudicación del concurso, por ejemplo al plazo de ejecución o a la solución técnica, nos llevaría

al absurdo de puntuar más la solución técnica más próxima a la media en vez de la mejor, o puntuar menos al mejor y más corto plazo de ejecución.

Si lo pretendido por la utilización de la media aritmética es evitar puntuar las ofertas que pudieran estar incursas en bajas anormalmente desproporcionadas o temerarias habida cuenta que éstas solo se contemplan en las subastas, tampoco es necesario acudir a este subterfugio, pues la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado admite que en los pliegos de los concursos, mediante el juego de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, se puedan establecer sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas (informe 18/96 de 5 de Junio y 8/97 de 20 de marzo) y en nuestro ámbito Balear dichos sistemas ya se han incorporado a los Modelos Tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los Concursos aprobados recientemente por el Consejo de Gobierno.

Por su parte la Comisión Europea, en Dictamen Motivado de 23-12-1997 en relación al procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el Pliego, se valorarían en atención a las cuantías que más se aproximasen a las medias aritméticas de todas las ofertas admitidas ha advertido que tal forma de actuar desvirtúa la noción de “oferta económicamente más ventajosa”, instando al Reino de España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen.

Razona el Dictamen de la Comisión Europea que *“la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderándolos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del artículo 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana”*. En resumen, concluye el Dictamen, el poder adjudicador ha desvirtuado la noción de “oferta económicamente más ventajosa”, infringiendo así el apartado 1, letra a), del artículo 36 de la mencionada Directiva.

TERCERA.- Conectando la consideración jurídica precedente con la primera ésta Junta Consultiva entiende que cuando en los pliegos no se indique cual ha de ser la forma de valorar el criterio objetivo del Precio, se ha de evaluar por la Mesa de Contratación en uso de su discrecionalidad atendiendo a la ponderación que a dicho criterio se le haya otorgado en el Pliego y puntuando más a la oferta de más bajo precio, con respeto a las reglas de ofertas anormalmente bajas contenidas en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y a las Directivas Europeas que para cada tipo de contrato y en distintos artículos vienen a imponer la obligación a la entidad adjudicadora, antes de rechazarlas, de solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre la composición de la oferta y la comprobará teniendo en cuenta las explicaciones recibidas.

En el caso de que los Pliegos incluyan la forma de evaluar el precio, sería válida cualquier fórmula que partiendo del principio de puntuar mejor a la oferta mínima, distribuya de forma escalonada las puntuaciones inferiores a las ofertas superiores.

Por último y en función de ejercer la recomendación, que no la instrucción o imposición de conducta por tenerlo vedado a tenor del Decreto regulador según se ha dicho, el arco de ponderación en el que el precio debería moverse habría de estar comprendido entre no más del 80% del total de ponderación del resto de criterios de adjudicación y no menos del 20%, incluyéndose entre los criterios a valorar un mínimo de tres, y dejando constancia en el expediente de las motivaciones específicas o razonamientos que en un contrato concreto pudieran existir para extralimitarse de los indicados porcentajes en la valoración de este criterio.

CONCLUSIÓN:

En la valoración del Precio como criterio de adjudicación en los concursos el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas.