

Informe 27/98, de 11 de noviembre de 1998. "Ponderación del criterio del precio en concursos.

8.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Por la Presidenta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia del Ministerio de Educación y Cultura se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

Por el Servicio Jurídico del Ministerio de Educación y Cultura se ha facilitado a este Organismo copia del dictamen de 23 de enero de 1997, de la que, a su vez, se acompaña copia, que la Comisión Europea dirige al Gobierno español, a través del Ministro de Asuntos Exteriores, en la que, con respecto a un anuncio de licitación de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias para la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia, se indica que al haberse establecido en el pliego que se atribuirá la máxima puntuación a la oferta más cercana a la media aritmética de todas las presentadas, se infringe el apartado 1, letra a) del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Considera la Comisión Europea que en este caso el poder adjudicador estaría haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del artículo 37 de la Directiva, pues no se entiende que en la valoración del precio no se puntúe más la mejor oferta, sino la "más mediana", de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima de todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio del as otras, y no la más rápida.

Si bien el caso concreto se refiere a un contrato de consultoría ya asistencia, la tesis sería idénticamente aplicable a los contratos de obras en cuyos pliegos figurasen cláusulas de valoración de la oferta económica de idéntico o similar contenido a la que ha motivado el escrito de la Comisión Europea.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por esta Gerencia para la adjudicación de obras de concurso procedimiento abierto se dispone que: "En la valoración del concurso, la oferta económica se tendrá en consideración conjuntamente con los demás criterios, valorándose en función a la proximidad a la media resultante de todas las admitidas menos un 5%. Para el cálculo de dicha media se eliminarán aquellas ofertas económicas cuyo porcentaje de baja exceda en 5 unidades, en más o en menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las ofertas admitidas".

En los pliegos para la adjudicación de contratos de consultoría y asistencia se establece parecido criterio de valoración, con la diferencia de que la valoración se hará en función a la proximidad a la media de todas las ofertas admitidas, sin reducción de porcentaje alguno y que se eleva a 10 unidades el porcentaje de baja de las ofertas económicas que se eliminarán para el cálculo de dicha media.

Es significativo señalar que, en ambos casos, la eliminación de las ofertas que excedan en un determinado número de unidades del porcentaje de baja de todas las proposiciones admitidas viene referida únicamente a su no consideración para el cálculo de la media sobre la que se efectuará la valoración por la Mesa de contratación, sin que en modo alguno comporte la eliminación de estas ofertas del concurso, lo que supondría aplicar a esta forma de adjudicación el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado y el artículo 23 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que sería contrario a nuestro

ordenamiento legal que se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, tal como señaló esa Junta en su informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96).

Resulta evidente, pues, que lo manifestado por la Comisión Europea tiene directa incidencia en la contratación que este Organismo viene celebrando y al respecto cabe precisar, como primera consideración sobre este asunto, que se estima que la referida carta no es de obligado cumplimiento en sí misma, sino que abre la vía del artículo 169 del Tratado CEE, por lo que la Comisión, tras estudiar las observaciones que le hubiese manifestado el Gobierno español, podrá emitir un dictamen motivado al respecto y si el Gobierno no se atuviese a este dictamen, en el plazo determinado por la Comisión, ésta podría recurrir al Tribunal de Justicia.

Por otra parte, ese órgano consultivo ha considerado que el criterio de que sean objeto de mejor valoración aquellas ofertas que más se aproximen a la media o bien a esta media corregida en un determinado porcentaje cumple la exigencia de objetividad que ha de darse en el establecimiento de los criterios de adjudicación del concurso y en la valoración de los mismos, como textualmente señala en las consideraciones de su informe de 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97) posterior, por tanto, a la carta de la Comisión Europea.

En este mismo informe y relacionándolo con el ya citado de 5 de junio de 1996 se dictamina que "...sin perjuicio de 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, por lo que resulta imposible la propuesta de excluir proposiciones incursas en presunción de temeridad, sin perjuicio de que a las mismas les pueda corresponder una puntuación equivalente a 0 en la valoración del criterio del precio".

Por lo expuesto, y dada la incidencia ya puesta de manifiesto que la tesis sostenida por la Comisión Europea puede tener en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, por tanto, en la contratación no sólo de este Organismo sino de aquellos otros que utilicen fórmulas de valoración semejante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/191, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita de ese Organismo emita informe sobre las siguientes cuestiones:

11. ¿El escrito de la Comisión Europea de 23 de marzo de 1998 es de aplicación inmediata y como consecuencia de la tesis que en el mismo se manifiesta, se precisa la rápida modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para adaptarlos a dicha tesis?

21. Con independencia de la respuesta a la anterior cuestión ¿sería ajustado a la normativa comunitaria el establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como criterio de valoración de la oferta económica, que obtendría mayor puntuación la más económica de aquéllas cuyo porcentaje de baja no exceda en un determinado número de unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y la mínima aquéllas ofertas cuyo porcentaje de baja excediese en ese número de unidades a la media, fórmula ésta con la que se complementarían los criterios sostenidos en los informes ya citados de 5 de junio de 1996 y 20 de marzo de 1997?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada hay que realizar algunas consideraciones sobre las funciones de la Comisión Europea y de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dado que expresamente se consulta si el escrito de la Comisión Europea de 23 de marzo de 1998 -debe referirse al de 23 de enero de 1997- es de

aplicación inmediata y obliga a la rápida modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y la casi totalidad del escrito de consulta se centra en solicitar el criterio de la Junta sobre la opinión de la Comisión consignada en el citado escrito producido en expediente de infracción instruido con motivo de un anuncio de licitación de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias para la adjudicación, por procedimiento abierto, de un contrato de consultoría y asistencia para la redacción del estudio informativo titulado "Carretera de Agaete-San Nicolás de Tolentino-Mogán. Isla de Gran Canaria" afirmando la Comisión que al haber dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones y al haberlo aplicado así en la práctica, según consta en el informe de evaluación, que, al considerar al criterio de la oferta económica (precio) se valorarán especialmente las cuantías que más se aproximen a la media aritmética de todas las ofertas admitidas 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 (hace referencia a la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios).

2. La Comisión Europea despliega su actividad en el marco de las facultades y competencias que resultan de los Tratados, entre ellas, velar por la aplicación que la Comisión considera correcta del derecho comunitario en los Estados miembros, correspondiéndole la facultad de instruir expedientes de infracción que, previo el denominado "dictamen motivado", pueden desembocar en una demanda ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al que, en definitiva, compete definir la interpretación correcta del derecho comunitario.

Con ello se quieren resaltar, contestándose a la primera pregunta formulada, que las opiniones de la Comisión Europea, vertidas en un expediente de infracción instruido en un órgano de contratación no vinculan a otros órganos de contratación, ni obligan a una modificación inmediata de los pliegos, lo que deberá suceder si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia en sentido favorable a las pretensiones de la Comisión. Por otro lado, no existe obstáculo jurídico para que un órgano de contratación determinado, en este caso, la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia, acepte las opiniones y criterios de la Comisión Europea expuestos en el expediente de infracción instruido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias y proceda facultativamente, no preceptivamente, a modificar sus pliegos para acoger las tesis de la Comisión Europea.

3. En cuanto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la citada Junta, se desprende que le corresponde emitir informes con el carácter y alcance que resultan del artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, informes no vinculantes que, por tanto, no pueden pretender resolver, si existieran, discrepancias de un órgano de contratación con los criterios de la Comisión Europea.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pasa a abordar la cuestión de fondo suscitada, reiterando criterios ya expuestos en anteriores informes.

4. La cuestión de fondo suscitada -que es la de la valoración del criterio del precio en concursos- ha sido examinada por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 5 de junio de 1996 (Expediente 18/96) y 20 de marzo de 1997 (Expediente 8/97), a cuyos razonamientos resulta ahora procedente remitirse.

En dichos informes esta Junta razonaba sobre las diferencias entre subasta y concurso, tanto en las Directivas comunitarias como en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre el carácter flexible de la ponderación de los criterios de adjudicación del concurso, sobre la imposibilidad de aplicar a los concursos el criterio puramente matemático reflejado en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado y sobre la

única exigencia de las Directivas comunitarias y, por tanto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tanto en subastas, como en concursos, consistente en que el órgano de contratación antes de rechazar una oferta anormalmente baja verifique la composición de la oferta para comprobar la posibilidad de su cumplimiento.

Reiterando, por tanto, estos criterios en el supuesto presente esta Junta considera que la valoración del criterio del precio en el concurso no puede en absoluto identificarse con la valoración del mismo criterio en la subasta y que cuando las Directivas hablan de la oferta económicamente más ventajosa lo están haciendo en un sentido que no puede hacer referencia al precio que, incluso puede no existir, aunque sea un supuesto excepcional, en un concurso, como ha reconocido esta Junta en su informe de 24 de octubre de 1995 (Expediente 28/95), por lo que procede concluir que las fórmulas para la valoración del precio en concursos, siempre que cumplan el requisito de no poder descartar automáticamente aquéllas que puedan considerarse anormalmente bajas, no contradicen, ni la letra, ni el espíritu, de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los criterios de la Comisión Europea sentados en un expediente de infracción instruido a un órgano de contratación no vinculan a otros órganos de contratación, aunque estos últimos pueden aceptar libremente tales criterios.
2. Que, a diferencia de la subasta, en el concurso hay que admitir diversas fórmulas de valoración del precio, en el supuesto en que se utilice este criterio, siempre que no contradigan el requisito de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de no poder rechazar automáticamente propuestas anormalmente bajas sin proceder a su verificación y comprobación de su viabilidad.