

¿Adjudicar por concurso? o por qué lo mejor es enemigo de lo bueno

JOSÉ C. AYUSO ELVIRA
Coronel de Intendencia del Aire

«Nos sens nous trompent souvent»

Que, como reza el lema, nuestros sentidos nos engañan a menudo es algo no por conocido menos olvidado. Si no, que se lo digan al angelito que tradujo la frase del lema como «No sabemos tocar la trompeta seguido», tal y como cuenta el Profesor D. Luis Díez Jiménez en su «Antología del disparate».

¿Cuál resulta ser el procedimiento más *adecuado* para adjudicar la gran mayoría de los contratos en la Administración? Para muchos, la respuesta indiscutible es utilizar el CONCURSO pues asegura la publicidad y la concurrencia, garantizando la equidad en la selección del adjudicatario con un proceso preestablecido en los pliegos de cláusulas. Pues bien, es posible que no sea tan evidente. El que para muchos la respuesta sea indudable no impide

que, como en tantas otras cuestiones, tras una apariencia simple se oculten problemas conceptuales difíciles de solventar. Incluso sucede a menudo que, aunque se logre superarlos, su solución resulta poco satisfactoria, lo que es aún peor.

UN POCO DE CONTRATACIÓN

Ciñéndonos a los contratos de obras, de suministros y de asistencias técnicas (prestaciones de servicios, mantenimientos, etc.), que son los más importantes en la Administración Militar tanto por su número como por sus importes, la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - en adelante LCAP - prevé tres procedimientos de adjudicación para los contratos:

- Abierto (cualquier empresario puede ofertar).

- Restringido (sólo pueden ofertar empresarios preseleccionados, previa solicitud).

- Negociado.

En el primero y en el segundo caso se adjudican los contratos mediante subasta o concurso, quedando el procedimiento negociado relegado a un papel similar al que tenía la denominada en su día contratación directa, vilipendiada por muchos con la despectiva denominación de «*contratación a dedo*». Se considera su empleo de carácter excepcional y resulta preciso significar que las pautas de actuación marcadas por la LCAP difieren notablemente de las establecidas en su día para la contratación directa.

Pero ante todo, ¿qué se entiende por subasta y por concurso? ¿Y por procedimiento negociado? El cuadro I expresa las definiciones dadas por la LCAP. De estas definiciones, se desprende de forma evidente que la gran mayoría de contratos se adjudiquen por concurso. En algunas obras, cuya simplicidad técnica hace que el proyecto defina perfectamente las actividades y objetivos a alcanzar, y unos pocos suministros, sin otra característica relevante que su precio, se emplea la subasta. Como ya se ha dicho, los órganos asesores consideran excepcional la utilización del procedimiento negociado.

La mecánica que permite realizar la adjudicación por concurso es sencilla: instruido el expediente de contratación y tras su publicación oficial, se reciben las ofertas de los interesados; éstas pasan a ser consideradas por una MESA DE CONTRATACIÓN quien, tras estudiar el informe de una ponencia téc-

Cuadro I

SUBASTA (Artículo 74.2 LCAP):

La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.

CONCURSO (Artículo 74.3 LCAP):

En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la administración a declararlo desierto.

PROCEDIMIENTO NEGOCIADO (Artículo 73.4 LCAP):

En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.3.

El artículo 92.3 dice así: «En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

En todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación.»

nica en el que se realiza la valoración de unos criterios, eleva la correspondiente propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación. Dichos criterios han de ser recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas y han de ser *objetivos y afectados por ponderaciones*, según establece la propia LCAP en el artículo 86. Como es fácil comprender a la vista del proceso descrito, los criterios, y sus pesos, tienen un papel relevante en el proceso de decisión.

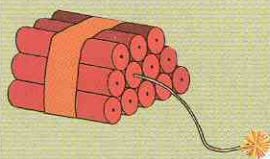
EL PECADO ORIGINAL

El significado y el alcance del calificativo "*objetivo*" aplicado a los criterios no ha sido precisado por la Ley, lo que no empece que muchos den por hecho, actuando en consecuencia, que su significado es: *concreto, medible y, por ende, cuantificable*. Y entonces... Entonces su papel es no sólo relevante sino también perverso, pues la MESA se ve impelida muchas veces a aceptar el "*dictamen*" proporcionado por la tiranía de los números. ¿No son acaso los criterios *objetivos*? ¿No son *atribuidas* las calificaciones por técnicos competentes en la materia? ¿No están *ponderados* y por tanto es posible cuantificar no sólo su importancia relativa sino también su *importancia absoluta*? La capital importancia que han adquirido los criterios de adjudicación alcanza incluso a los informes previos de fiscalización en los que es preciso constatar su existencia.

Así que, imperceptiblemente, muchos son poseídos poco a poco por los números, confundiendo la rigidez con el rigor en la reflexión a la hora de afrontar el trascendental hecho de elegir donde y cómo gastar. «Si hay criterios *valorados y ponderados*, diseñemos un procedimiento que resuma en una sola las valoraciones de las diferentes alternativas en todos los criterios; así, con una sola valoración *representativa* para cada alternativa, podemos clasificarlas ... ¡y ya está!: se propone al primero como adjudicatario». Ni que decir tiene que esta actitud resulta enormemente cómoda a la hora de realizar las propuestas de adjudicación, pues los resultados "*indiscutibles*" abrevian el trámite, simplifican las actuaciones, diluyen responsabilidades. Además, ¿quién osaría adjudicar en contra del

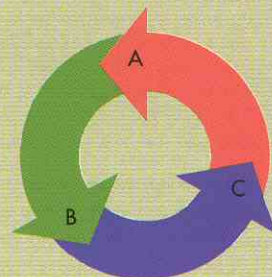
Cuadro II
La REGECAPA (Regiduría General de cartuchería, petardos y artificios) pretende adquirir 3000 kg. de mecha inerte de algodón para chisqueros (¡Expediente que no tiene carácter secreto pues entonces podría utilizar el Procedimiento Negociado!) y ha definido cuatro criterios, cada uno de ellos con su ponderación, para evaluar las ofertas: Uniformidad de la textura, Pureza del algodón, Resistencia a la tracción y Flexibilidad. Está previsto que las calificaciones sean simplemente Bueno (señalado con B), Regular (señalado con R) y Malo (señalado con M). Realizado un pormenorizado estudio de las tres ofertas formuladas por las Empresas Artificieros Unidos U.T.E. (Denominada A), Bompetar, S.A. (Denominada B) y Chispún, S.L. (Denominada C), nuestros expertos técnicos han obtenido el siguiente cuadro de resultados:

| | PESO | A | B | C | ORDEN |
|-----|------|---|---|---|-------|
| CR1 | 12 | B | R | M | A B C |
| CR2 | 8 | M | B | R | B C A |
| CR3 | 5 | R | M | B | C A B |
| CR4 | 4 | M | R | B | C B A |



Como queda expresado en el cuadro, cada criterio induce un orden entre los concurrentes. ¡Pero ocurre algo sorprendente! Si para cuantificar el hecho de que una opción se anteponga a otra, se suman las ponderaciones de los criterios en los que esto ocurre en efecto (procedimiento mayoritario), B se antepone a C (12+8 frente a 5+4), C se antepone a A (8+5+4 frente a 12) y A se antepone a B! (12+5 frente a 8+4). Este fenómeno se conoce como efecto Condorcet y no es extraña su aparición en absoluto cuando la selección se realiza con el procedimiento mayoritario que aquí se ha utilizado. De hecho, se presenta con casi toda seguridad a medida que aumentan los criterios y los concurrentes.

Podemos esquematizar el efecto Condorcet así:



resultado obtenido mediante esa *integración* de los criterios objetivos?

Obsérvese la paradoja: para muchas adquisiciones por concurso, si no todas, el plazo de tiempo necesario para instruir el expediente - esto es, recopilar toda suerte de documentos contables, pliegos, informes, resoluciones, etc. - puede superar en más de diez veces al período de tiempo empleado para adoptar la decisión sobre la adjudicación. ¿No indica acaso el sentido común que debiera ser al contrario? Y algo sorprendente: mientras la ley establece un plazo mínimo para la presentación de ofertas que oscila entre treinta y seis y cincuenta y dos días, el calendario de ejecución del presupuesto u otros factores obligan en la práctica a que las propuestas de adjudicación deban formularse en no más allá de diez días.

Es claro que hablar de criterios objetivos resulta un abuso de lenguaje. ¿Cómo puede de ser un criterio objetivo, si es un criterio y por tanto contin-

gente? Al tratar esta cuestión, muchos replican inmediatamente dando el *precio* como paradigma de "*criterio objetivo*", en el sentido que hasta aquí se le ha atribuido. ¡Craso error! Ciertamente una valoración numérica en euros parece indiscutiblemente objetiva. Pero supongamos que el precio límite de un concurso fuera de 100 euros; si un concurrente se compromete a realizar la prestación por 99 euros y esto se valora con un número, es decir una nota, ¿cómo valorar la oferta de 95 euros?, ¿y la de 80?, ¿y la de 60?, ... ¿y la de 1 euro?. ¿A partir de qué precio hay que valorar con cero ... *objetivamente*? Esta cuestión se resuelve siguiendo un procedimiento específico diseñado en la LCAP para tratar las bajas temerarias y que *condiciona* la adjudicación transformando todo el proceso en una especie de negociación. ¡Luego el precio no es criterio *objetivo*!

Ciertamente, cabría no ser tan extremadamente exigente y establecer unas



Cuadro III

La AGRUCRECO (Agrupación de Cría y Remonta Colombófila) desea adquirir suficiente mezcla de triguillo y cañamón para afrontar la agitada campaña de remonta que se avecina, a la vista de las solicitudes de propietarios de palomas a las que beneficiar. Para ello instruye un concurso cuyos criterios, cada cual con su ponderación, son: Adecuación de la proporción de la mezcla, Grado de impurezas, Adecuación del tamaño del grano y Grado de humedad. Las calificaciones serán simplemente Bueno (B), Regular (R) y Malo (M). Las ofertas presentadas por Áridos del Norte S.A.L.(A), La Bella

Trigueña S.C.L.(B) y Cañamones Policarpo Jiménez (C), han merecido las calificaciones que se expresan en el siguiente cuadro:

| | PESO | A | B | C | ORDEN |
|-----|------|---|---|---|-------|
| CR1 | 8 | B | R | M | A B C |
| CR2 | 5 | R | B | M | B A C |
| CR3 | 2 | M | B | R | B C A |
| CR4 | 9 | M | R | B | C B A |

Nuevamente, cada criterio induce un orden, pero ahora la selección mayoritaria utilizada en el ejemplo del CUADRO II sí proporciona un resultado: B es preferible respecto a A (5+2+9 frente a 8), A es preferible respecto a C (8+5 frente a 2+9) y B es preferible respecto a C (8+5+2 frente a 9), así que resultaría seleccionada la oferta de La Bella Trigueña. (Procedimiento mayoritario).

Pero, ¿qué ocurriría si sólo tuviéramos en cuenta los ganadores en cada criterio? C gana en el criterio 4 (ponderación 9), B en los 2 y 3 (5+2 = 7) y A en el 1 (ponderación 8). Así que con esta perspectiva el seleccionado habría de ser Cañamones Policarpo Jiménez. (Procedimiento a una vuelta).

Si, por el contrario, lo que hacemos es eliminar en primera instancia al concurrente peor colocado, esto es B (7 frente a 8 y 9), y después elegimos entre los otros dos, resulta que A obtiene 8+5 = 13, frente a C que obtiene 2+9 = 11. Así pues el seleccionado sería Áridos del Norte. (Procedimiento a dos vueltas).

pautas mediante las que un grupo de criterios cuasi-objetivos, como cabe considerar ciertamente al precio, fuera utilizado habitualmente para valorar las ofertas. De hecho, la propia Ley sugiere un conjunto de ellos (alguno tan inefable como la calidad o la rentabilidad).

Pero en tal caso, dados los criterios, establecidas unas ponderaciones y calificadas las ofertas de los concurrentes, resulta natural que surjan contradicciones entre las diversas ordenaciones que procuran todos y cada uno de ellos. Por tanto, ¿qué procedimiento habría que utilizar para obtener una sola ordenación "resumen" que asegure la adecuada selección?

LA SOLUCIÓN ES QUE NO HAY SOLUCIÓN

Pues bien, no existe ningún procedimiento satisfactorio. Esto no constituye una cuestión opinable, sino nada más y nada menos que un teorema demostrado por el premio Nobel de economía Kenneth Arrow y que exponemos más adelante en una forma simplificada. Pone de manifiesto uno de esos fenómenos que cuando los sabios los muestran al común de los

mortales, nos estallan en la cara por sorpresa, causando estupor en unos casos, rechazo infantil en otros, admiración las más de las veces. En muchos casos se exclama incluso con algo de desfachatez: ¡Pero si es lógico!

Y es que la pretensión de utilizar un criterio síntesis de todos los demás, establecido con una perspectiva puramente determinista, exige una pérdida de información que proporciona una óptica raquítica e inexacta del "estado de situación". La naturaleza es compleja en sí misma y simplificar su comportamiento arbitrariamente deforma inexorable y profundamente su percepción.

El primero en señalar que un procedimiento de síntesis de criterios puede presentar anomalías fue el marqués de Condorcet - revolucionario él, participante activo en las asambleas de la Convención y víctima, como tantos otros, de la propia Revolución - quien, con un fino instinto, observó cómo el procedimiento mayoritario para votar propuestas en las asambleas, que ofrece una síntesis de las opiniones individuales (es decir, criterios), daba lugar a contradicciones "lógicas", a situaciones sin salida. Se ilustra el efecto Condorcet mediante un ejemplo en el cuadro II.

Naturalmente, no cabe esperar que la selección de adjudicatarios se realice mediante el procedimiento de votación mayoritario que fue el estudiado por Condorcet. ¿Habría algún procedimiento que sea adecuado? El ejemplo de los cuadros III y IV, ilustra lo que ocurre en virtud del teorema de Arrow, que de forma muy simplificada puede enunciarse así:

«Cuando se toma en consideración más de un criterio, no existe ningún procedimiento de selección que cumpla las siguientes condiciones:

a) No eliminar a priori como ganadora a alguna de las opciones.

b) Garantizar la estabilidad en el orden de dos opciones si sus características relativas son las mismas aunque cambian las de las otras.»

Así pues, a pesar de que parece razonable exigir el cumplimiento de estas condiciones, nada menos que un teorema nos impone que no hay forma de establecer a priori de qué forma se define unívocamente cual es la opción "más ventajosa". ¡De manera que el concurso queda descalificado como sistema "ideal" de adjudicación utilizando como intermediarios los malhadados criterios "objetivos"! Ofertas hay, redactadas con el único objeto de obtener las mejores notas en los criterios. ¡El papel lo soporta todo!

Resulta significativo que, desde la perspectiva del teorema, si el criterio utilizado en el proceso fuera único, podría quedar garantizado el cumplimiento de las dos condiciones (¡la subasta!).

UNA ALTERNATIVA AL PARECER SENSATA

Pero, ¿se pretende aquí descalificar a los concursos? ¡En absoluto! Véanse en el cuadro V los supuestos que para su utilización prevé la LCAP. Es mediante el comentario inicial del artículo 85 como se justifica la utilización casi universal del concurso. Sin embargo, parece claro que el contexto de aplicación hace referencia *fundamentalmente* a casos en los que la contratación requiere el aporte de ideas, soluciones, alternativas por parte de los futuros contratistas, que han de juzgarse desde determinados puntos de vista por parte de la Administración - los criterios - marcando ésta las pautas sobre las que

SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL CONCURSO (Artículo 85 LCAP)

Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes casos:

- Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.
- Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

ganos fiscalizadores y asesores.

Alguno podría pensar, a la vista de los ejemplos y de los comentarios anteriores, que se pretende sugerir la existencia de manipulaciones en los concursos. Nada más lejos de la realidad. Los medios de fiscalización existentes garantizan suficientemente el control. Lo relevante, lo inquietante, es que, muy en contra del objetivo marca-

do por la LCAP en el uso del concurso - elegir la proposición más ventajosa - la práctica de esta forma de adjudicación no garantiza en modo alguno que el resultado final sea en verdad el más conveniente para la administración.

Y si la utilización generalizada del concurso no resulta adecuada, ¿qué procedimiento utilizar? Pues ... el Procedimiento Negociado, aún a riesgo de recibir críticas. ¿Por qué causas se considera extraordinario el procedimiento negociado? Ciertamente habría que establecer nuevos usos. Se le suele tildar de no ser público, transparente ni equitativo. Sin embargo la realización de publicidad cuando corresponda, es decir casi siempre, y el diseño reglamentario de un auténtico proceso de negociación que completara con protocolos preestablecidos lo dispuesto en el artículo 92.3, permitiría razonar hasta lo exhaustivo la propuesta de adjudicación. El intercambio de información, los compromisos expresos alcanzados e incluidos en el expediente, permitirían asegurar que se alcanza una decisión adecuada. Pero, ¿quién le pone el cascabel al gato?

Lo que en cualquier caso parece evidente es la necesidad de sustituir la brutal dictadura de los fríos -¡e inaprensibles!- números por la solución más inteligente del contraste de opiniones, la comprobación de datos, el intercambio veraz de información. Estas prácticas, por un lado, dignifican indudablemente la función de la MESA y, por otro, proporcionan coherencia al proceso.

En todo caso, no se debería olvidar algo que, sin menoscabo de los méritos científicos de Condorcet y Arrow, nuestro refranero, a veces tan mostrenco, había intuido con gran sabiduría: **Lo mejor es enemigo de lo bueno** ■

desea concretar la contratación. Este mismo punto de vista respecto a los concursos era el que ofrecía la antigua Ley de Contratos del Estado.

En concreto, para muchos suministros en los que el precio no es el único factor relevante y para la gran cantidad de asistencias técnicas que no son especialmente complejas, el concurso resulta especialmente inadecuado. Y esto, sobre todo, por el procedimiento utilizado para la selección de adjudicatarios, tal y como los ejemplos nos han mostrado. De ahí que, con frecuencia, los concurrentes exijan información sobre los resultados de las evaluaciones, desconcertados desde su perspectiva ante las propuestas de adjudicación realizadas (Condorcet exclamaría aquí: ¡Et pour cause!) y mostrando su desacuerdo, no solo con tal o cual aspecto de la evaluación, sino también con la forma de realizar la selección. Incluso en ocasiones, y por los mismos motivos, plantean estas mismas discrepancias los ór-

Cuadro IV

Al responsable administrativo de la contratación de AGRUCRECO y viejo zorro en tal actividad, no le acaba de convencer la postura de la empresa Áridos del Norte: parece dispuesta a llevarse el concurso como sea: «¡Si no nos lo adjudican es que no saben de cañamones!». Así que para prevenir reclamaciones relativas a la forma de calificar (bueno, regular y malo), requiere a la ponencia técnica que elabore un cuadro numérico con notas que "enriquezca" la información. El cuadro obtenido, que responde a las ordenaciones obtenidas con las calificaciones bueno, regular y malo, es el siguiente:

| | PESO | A | B | C |
|-----|------|-------|-------|-------|
| CR1 | 8 | 8,75 | 6,00 | 5,875 |
| CR2 | 5 | 13,00 | 14,00 | 10,00 |
| CR3 | 2 | 15,00 | 25,00 | 24,50 |
| CR4 | 9 | 3,889 | 4,00 | 5,556 |

¡Los números, los números, esos sí que son claros, concisos, concretos! Con ellos, pretende demostrar "objetivamente", si llega el caso, lo "indiscutible" de la selección. Utiliza para ello la media aritmética (que se denota con M). Pero no quiere conformarse sólo con eso. ¿Por qué no calcular todas las "medias" habidas y por haber para demostrar fehacientemente que la decisión ha sido correcta y evitar enojosas discusiones llegado el caso? Para ello se propone determinar, además de la media aritmética, la media armónica (M_a), la media geométrica (M_g) y la media cuadrática (M_c). Y no solo eso, sino que, preso de un repentino furor estadístico, decide utilizar una medida de tendencia central de carácter ordinal, ¡la mediana (M_e)! Cuando el capitán, encargado de elaborar los cálculos «por tenerlo más reciente», le presentó el cuadro resumen, creyó que le tomaba el pelo. ¡Las cinco "medias" median de distinta manera! ¡Y tanto!, cada una proporcionaba un orden diferente. Casi le alegró no

| | A | B | C | ORDEN |
|----|-------|--------|-------|-------|
| M | 8,333 | 8,500 | 8,167 | B A C |
| Ma | 6,406 | 5,969 | 6,736 | C A B |
| Mg | 7,333 | 6,925 | 7,240 | A C B |
| Mc | 9,228 | 10,532 | 9,692 | B C A |
| Me | 8,750 | 6,000 | 5,875 | A B C |

haber utilizado una sexta que podría haberle llevado a obtener el único orden que le restaba para completar los seis posibles.

