

LA PLURALIDAD DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Alfonso DE LA HOZ GONZÁLEZ



Todo necio confunde valor y precio

(Proverbios y Cantares, LXVIII. Antonio Machado)



ON motivo de algún artículo anterior, recuerdo haber escrito que «la contratación es cosa de todos», lema que entusiasmó a mis lectores, a los que tanto quiero y a los que tanto debo. Y traigo a colación esta afortunada sentencia porque son muchos los órganos proponentes que acuden a mi puerta en busca de criterios de valoración que sirvan de complemento al precio, pues la normativa vigente así lo establece. En algunas ocasiones no es posible acudir a otros criterios, pero para la generalidad de los casos *La loi c'est la loi*, que era el título de una maravillosa película franco-italiana, en la que un pícaro contrabandista, interpretado por el legendario Totó, trataba de burlar la ley que representaba un escrupuloso y puntilloso gendarme al que daba vida el no menos recordado Fernandel. En definitiva, la ley es la ley.

Una de las principales innovaciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), es el anuncio entre sus normas generales de que la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio (Artículo 131.2).

Posteriormente, el artículo 145 desarrolla los requisitos y las clases de criterios de adjudicación, proclamando nuevamente lo reseñado en el Artículo 131.2; lo que no resulta óbice para que, en el Artículo 147, se permita la utilización de un solo criterio de adjudicación, «que deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida».

Breve reseña histórica de los criterios de adjudicación

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, posteriormente transformada en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, distinguía entre la subasta y el concurso, otorgando «la adjudicación del contrato al postor que ofertara el precio más bajo» (Artículo 82), en el caso de la primera, y atribuyendo al segundo «la selección del empresario en el caso de que no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo» (Artículo 85).

La subasta y el contrato no eran figuras nuevas en nuestra legislación, pues ya se habían contemplado en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

Con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), transformada posteriormente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LCSP, se produce la puesta de largo de los criterios de valoración, ya que se constata un mayor desarrollo normativo de esta figura, al tiempo que se reconoce cierta discrecionalidad para establecer uno o varios criterios, salvo para ocho casos tasados «en los que procederá la valoración de más de un criterio» (Artículo 150.3).

Sin embargo, la anterior LCSP tenía como objetivo determinar «la oferta económicamente más ventajosa», lo que orillaba otros parámetros, como la calidad o la eficacia. La transposición de las directivas europeas ha motivado que en la vigente LCSP se añadan nuevos criterios de adjudicación, así como la incorporación del concepto «ciclo de vida», abriendo además el camino para lo que se ha venido a llamar «contratación pública estratégica», que consiste en la aplicación de diversas políticas, a través de la contratación administrativa, mediante la inclusión de criterios cualitativos que contemplen aspectos sociales y medioambientales.

La legislación vigente

Además de ser la que se aplica al indiferente, la actual LCSP desarrolla en su extenso Artículo 145 los requisitos y las clases de los criterios de adjudicación.

En primer lugar, alude a la pluralidad de criterios económicos y cualitativos, cuya combinación constituye la mejor relación calidad-precio y, por otra parte, se refiere a la mejor relación coste-eficacia, que no solo nos remite al precio, sino también a su rentabilidad, introduciendo el concepto «ciclo de vida», que se desarrolla en el Artículo 148.

En cuanto a los criterios que fundamentan la mejor relación-precio, deben cumplir los siguientes requisitos:

- Estar vinculados al objeto del contrato.
- Formularse con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- Garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, teniendo que ir acompañadas de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

En todo caso, la pluralidad de criterios se exige para ocho casos tasados, que contemplan casi todos los tipos de contratos reconocidos por la LCSP.

Otra de las novedades más relevantes se refiere a los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, verbigracia los proyectos de los arquitectos, en los que «los criterios relacionados con la calidad deberán representar al menos el 51 por 100 de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas».

Por último, el punto 7 del Artículo 145 define las mejoras como «las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato». En el caso de que se utilicen las mejoras como criterios de adjudicación, deben especificarse suficientemente y en ningún caso deben superar el 2,5 por 100 de la valoración.

El artículo 147 de la LCSP desarrolla ampliamente la aplicación de los criterios de adjudicación, estableciendo que «salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada».

En cuanto a los criterios de desempate, se regulan en el Artículo 148, haciendo especial hincapié en los aspectos sociales o asistenciales evaluables, llegando en última instancia al sorteo.

Ofertas anormalmente bajas

El artículo 149 de la LCSP reconoce con esta denominación aquellas ofertas que a juicio del órgano de contratación resulten inviables por haber sido formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas. Durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, recibían el nombre de bajas desproporcionadas o temerarias, y la anterior LCSP se refería a las mismas como ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Pese a los sucesivos cambios legislativos, sigue vigente el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), cuyo Artículo 85 establece los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, si bien el Artículo 90 del mismo reglamento lo considera inaplicable para los concursos.

Con la vigente LCSP podemos encontrarnos ante dos situaciones:

- Si existe un solo criterio de adjudicación, salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, es decir, los reseñados en el Artículo 85 del Reglamento y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.
- Cuando se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, se aplicará lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Y es en este último caso cuando tuve la ocasión de entrar en amistoso conflicto con mi órgano fiscalizador de cabecera quien, en el último borrador del informe sobre el control financiero permanente, en una de sus recomendaciones nos animaba a realizar fotocopias de los folios para aumentar sus existencias.

Sostenía mi amigo, y sin embargo siempre vigilante inspector de mis acciones, que debía tener en cuenta todos y cada uno de los criterios de adjudicación para establecer los parámetros que permitieran identificar las ofertas anormalmente bajas, pues «en los procedimientos de licitación en los que se establezca una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine, en su caso, bajo qué parámetros objetivos puede apreciarse que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de incluir valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. En ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el Artículo 85 del RGLCAP», tal y como afirma en la primera de sus conclusiones el Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, organismo, por otra parte, de indudable prestigio en el terreno de la contratación administrativa, como bien saben quienes se dedican a estos menesteres.

Sin embargo, al no quedar satisfecho con la respuesta que se me ofrecía, recordé al entrañable y carismático Touriño Soñara, que en situaciones como esta solía recordar: «Aunque no lo parezca, soy muy desconfiado. Siempre cierro el coche con llave».

Aquella suspicacia permanente, que había llevado al legendario profesor de Aprovisionamiento de la Escuela Naval a resolver situaciones como aquella en

que le embarcaron los repuestos a paletadas en uno de tan mentados y proverbiales buques conocidos como «furietes» —no recuerdo si el *Intrépido* o el *Temerario*—, me llevó a cuestionar el informe aragonés, puesto que estaba fechado en 2014.

Evidentemente, en 2017 nos encontrábamos ante una nueva ley vigente y, como hemos comprobado, el texto era, cuando menos, interpretable. Así, en el caso de que exista una pluralidad de criterios de adjudicación (la norma general con la vigente LCSP), se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

¿Cómo debemos interpretar «la oferta considerada en su conjunto»? ¿Utilizando también aquellos criterios que dependen de un juicio de valor? ¿Tienen todos los criterios la suficiente relevancia para determinar la anormalidad de una oferta?

En ese sentido, el Expediente 119/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre identificación de ofertas anormalmente bajas cuando existen varios criterios de adjudicación, en relación con lo previsto en el Artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, nos ofrece una gran flexibilidad al relativizar la expresión «oferta considerada en su conjunto», y considera que «el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para cuando una oferta es anormalmente baja».

Como puede observarse, deben tenerse en cuenta los parámetros útiles, por lo que no es necesario que sean todos. Es más, el citado informe llega a permitir, para casos muy excepcionales y debidamente motivados, la remisión al Artículo 85 del RGLCAP «en el supuesto de que el resto de criterios consignados en el pliego careciesen de eficacia a los efectos de valorar la viabilidad de la oferta».

Conclusiones

El criterio único del precio base de licitación, salvo para casos muy determinados, ya es historia, y debemos acostumbrarnos a ello. La vigencia de la expresión «oferta económica más ventajosa» ha sido superada por la relación calidad-precio y coste-eficacia.

Previsiblemente, cada vez se exigirá con mayor rigor la presencia de criterios de adjudicación que tengan presentes aspectos sociales o medioambientales, por lo que debemos esforzarnos en aumentar nuestros conocimientos al respecto.

Y en cuanto a los parámetros que deben determinar las ofertas anormalmente bajas, debemos utilizar aquellos que sean susceptibles de medición y que tengan realmente influencia en la oferta considerada en su conjunto.