

Informe 5/2012, de 28 de marzo, sobre la procedencia de establecer umbrales mínimos a aplicar en los criterios de valoración de las ofertas en los procedimientos abiertos.

I.- ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en petición de informe con el siguiente texto:

“Con motivo del control realizado por la Intervención General de la Junta de Andalucía (en adelante, IGJA) en ejecución del plan de auditoría 2010/2011, con arreglo al artículo 62, apartado 1, letra d), inciso i) del Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, sobre una muestra aleatoria de operaciones que fueron certificadas, solicitando su pago a la Comisión Europea, desde 1 de Enero hasta el 31 de Diciembre de 2010, se ha puesto de manifiesto una discrepancia entre el criterio aplicado por la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación en las tareas de verificación del artículo 13 del Reglamento 1828/2006, y el que mantiene la IGJA.

En concreto, en una de las operaciones auditadas a la empresa pública GIASA, se aplicaron unas cláusulas existentes en los pliegos de contratación que a juicio del organismo auditor, no son conformes con el ordenamiento jurídico, ni con el nacional ni con el europeo, por lo que hubo que “descertificar” dicha operación, tras ser calificada como irregularidad.

Posteriormente, la Comisión Europea a la vista del dictamen anual resultante, ha solicitado entre otras cosas, un informe a la DGFE y P en el que se analice por un lado, el alcance de la existencia de cláusulas similares en el resto de las operaciones certificadas en ese período por la Junta de Andalucía y por otro el seguimiento de las recomendaciones correctoras de las irregularidades que se contenían en el mismo, quedando así mismo interrumpido el último pago certificado .

A la vista de la citada discrepancia, este centro directivo ha examinado entre otras cosas los pliegos recomendados actualmente por esa Comisión Consultiva de Contratación Pública, tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para su utilización por las Consejerías y demás organismos de la Junta de Andalucía, y en el análisis realizado se observa que los mismos recogen cláusulas que podrían resultar semejantes a las que son objeto de la controversia.

A la vista de lo cual es preciso la aplicación de un criterio coincidente por el conjunto de los órganos de la Junta de Andalucía que evite las discrepancias y que asegure la legalidad del gasto certificado, por el perjuicio económico que de nos ser así representa para la Tesorería General



Por tanto y en virtud de las facultades de interpretación que tiene encomendadas esa Comisión Consultiva, en virtud del artículo 2.2 del Decreto 93/2005 de 29 de Marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública sometemos a su consideración la presente consulta.

Cuestión controvertida

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares utilizados por la antigua empresa pública GIASA, hoy Agencia de Obra Pública de Andalucía, se aplicaban unos criterios para la valoración técnica de las ofertas que se contenían en el sobre 2, una vez superada la fase de admisión y antes de proceder a la apertura del sobre 3 estableciéndose un umbral mínimo que determinaba la exclusión del concurso de aquellas empresas que se situaran por debajo del mismo.

En concreto la redacción era la siguiente:

“ANEJO Nº 6 CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA VALORACIÓN DE OFERTAS

1. Criterios de evaluación

Las ofertas serán valoradas desde el punto de vista técnico y del económico. Ambas ofertas se harán independientemente...

1.3 Evaluación global de las ofertas

b) ...las ofertas admitidas administrativa y técnicamente quedarán encuadradas en tres intervalos...

c) Las ofertas situadas en el intervalo de calidad técnica inaceptable, no serán tomadas en consideración para el cálculo de las ofertas anormalmente bajas ni para la determinación de la oferta más ventajosa, de manera que, en el caso de no existir ofertas en los otros dos intervalos, se procederá a declarar desierto el concurso, al no haber concurrido al mismo ofertas de calidad técnica suficientemente cualificadas...”

Criterio IGJA

La IGJA entiende en su informe que:

“La fijación de un umbral mínimo de calidad técnica por debajo del cual las ofertas quedan excluidas de la valoración económica, ..., es un criterio discriminatorio que vulnera el principio de concurrencia, al no permitir a dichas empresas continuar con el procedimiento y produce exclusión de aquellas empresas que han sido admitidas tras la selección. Dicha exclusión debería realizarse en un momento anterior, como en el proceso de admisión de las ofertas y no en el de aplicación de los criterios de adjudicación.”



Posteriormente, la IGJA ha realizado una ampliación de los argumentos utilizados en la conclusión anterior, que también se traslada a continuación:

Por un lado, considera que la fijación de un umbral mínimo de calidad técnica se trata de una práctica contraria a la normativa nacional, concretamente al artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, RDL 2/2000), que establece, en su apartado 2:

“Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden creciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido”.

En este sentido, la IGJA entiende que la norma anterior al decir “en su caso” se refiere exclusivamente a los procedimientos restringidos, donde sí puede operar dicho umbral mínimo para continuar en el proceso de selección, pero no puede aplicarse a procedimientos abiertos en el que la adjudicación, superada la fase de selección de las empresas, debe responder sólo a la aplicación objetiva de los criterios de adjudicación recogidos en el artículo 86.1.

Por otro lado, entiende que se trata de una práctica contraria a la normativa comunitaria, concretamente al artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE, porque considera que la adjudicación del contrato no se efectúa basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Criterio Dirección General de Fondos Europeos y Planificación

El criterio aplicado por esta Dirección General en el ejercicio de las funciones de verificación del artículo 13 del Reglamento CE 1828/2006, sobre la procedencia de cualquier gasto que vaya a ser incluido en la relación de solicitud de reembolso a la Comisión Europea, no concuerda con el de la IGJA descrito en el apartado anterior.

En efecto, entendemos que no nos encontramos en la fase de admisión de las ofertas sino en la de valoración de los criterios de adjudicación y que la existencia de estos umbrales excluyentes se encontraba perfectamente amparada en la redacción del artículo 86.2 del RDL 2/2000, de 16 de junio, aplicable en ese momento.

Creemos que el contenido de esta disposición se encuentra hoy recogida con mayor claridad en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, RDL 3/2011) y que la valoración técnica, a la que nos referimos, se corresponde con la aplicación de unos criterios de valoración de las ofertas que no



pueden ponderarse conforme a la mera aplicación de fórmulas, es decir, que no son criterios objetivos y por tanto, deben evaluarse de forma separada y con anterioridad a los que sí lo son, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150.2 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre:

“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.”

En opinión de la doctrina, el legislador pretende dar seguridad al principio de transparencia dado que, si se valoran al mismo tiempo los criterios “subjetivos” y los “objetivos”, éstos quedarían influenciados por los primeros y resultaría ineficaz su objetividad, por lo que son objeto y contenido del sobre nº 3 junto con la oferta económica, mientras que los otros se contienen en el sobre nº 2.

Además, habría que analizar si se ajusta a derecho la existencia de un umbral mínimo en esta fase del proceso, de forma que las ofertas que se sitúen por debajo del mismo quedan excluidas de la valoración económica.

Pues bien, en nuestra opinión esta legalidad queda suficientemente amparada con la aplicación del apartado 4 del mencionado artículo 150 del RDL 3/2011:

“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el procedimiento selectivo.”

Consulta:

Visto todo lo anterior elevamos a esa Comisión Consultiva de Contratación las siguientes cuestiones solicitando su pronunciamiento sobre las mismas:

¿Se considera que la cláusula utilizada por la empresa pública GIASA en los pliegos de contratación, es decir, la posibilidad de excluir a un licitador en la valoración técnica, se ajusta al ordenamiento nacional y, en su caso, al europeo?

¿Podemos considerar que esta cláusula es semejante a la contenida en el apartado 10.5 Apertura de Proposiciones y Anexo VII de los pliegos recomendados por esa Comisión Consultiva de Contratación Pública?

¿Se considera ajustado al ordenamiento jurídico, concretamente al artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE, el momento de aplicación del umbral mínimo de calidad técnica que determina la exclusión de las ofertas?”



II.- INFORME

La cuestión que plantea el órgano consultante se refiere a la procedencia de la articulación de la valoración de las ofertas en varias fases en un procedimiento abierto, así como la procedencia de establecer umbrales mínimos a aplicar en el criterio de calidad técnica para la valoración de las ofertas.

Tales cuestiones se han planteado como consecuencia de una discrepancia entre la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación de la Consejería Economía, Innovación y Ciencia, y a tal respecto hay que indicar que como ya esta Comisión Consultiva de Contratación Pública ha tenido ocasión de expresar en su Informe 7/2003, *“A esta Comisión Consultiva no le corresponde dirimir entre los informes contradictorios emitidos por otros órganos en el ejercicio de sus competencias en relación con los expedientes de contratación, ni los informes que emita desvirtúan el contenido de los mismos”*, así como que *“no le corresponde sustituir, rebatir o confirmar las actuaciones que a otros órganos le corresponda en los procedimientos de contratación”* (Informe 11/2009).

No obstante, ello no es obstáculo para que esta Comisión Consultiva realice unas consideraciones de carácter general sobre la cuestión planteada.

Dado que el contrato que da lugar a la controversia se adjudicó bajo la vigencia del 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 (TRLCAP), nos referiremos a su articulado en las consideraciones sobre la cuestión planteada, sin perjuicio de la posterior remisión a las normas contenidas en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

La primera cuestión se refiere a si la utilización de distintas fases de valoración de las proposiciones tal como se regula en el artículo 86.2 del TRLCAP se puede aplicar en la adjudicación de los contratos por procedimiento abierto o solamente en los restringidos.

En primer lugar hay que decir que el artículo 86.2 del TRLCAP, incluido en la sección 2ª: “Normas generales de procedimiento” del Capítulo VII: “De la adjudicación de los contratos”, se refiere a la valoración de las proposiciones, es decir, lo que en derecho comunitario se conoce como selección cuantitativa, y que se aplica indistintamente en el procedimiento abierto como en el restringido, y ello porque tal como establece el artículo 91.2, incluido en la sección 3ª: “Del procedimiento restringido”, *“Una vez presentadas las proposiciones la adjudicación se efectuará según las normas generales de esta Ley”*, es decir, en el procedimiento restringido la particularidad se encuentra en la fase de selección de los licitadores en atención a su solvencia, o como se dice en derecho comunitario selección cualitativa, y no en la de selección de las ofertas o selección cuantitativa.



La expresión “*en su caso*” contenida en el citado artículo 86.2 del TRLCAP no se puede entender referida a la selección previa del contratista que se efectúa en los procedimientos restringidos y ello, precisamente, porque la referencia a un umbral mínimo se contiene en un precepto dedicado a la aplicación de los criterios de adjudicación en el concurso, con relación a las ofertas ya presentadas, superada pues la fase de admisión en la que se tiene exclusivamente en cuenta la solvencia de las empresas y en ningún caso su oferta, por la sencilla razón de que no se han presentado todavía. Es más razonable pensar que el término “*en su caso*” se está refiriendo al supuesto de que el órgano de contratación, y a la vista de las características de un determinado contrato, (vaya a adjudicarse por procedimiento abierto o restringido) haya establecido diversas fases de valoración por cada criterio o grupo de criterios, y un umbral mínimo para continuar una oferta siendo objeto de valoración.

En el vigente TRLCSP el artículo 162 caracteriza el procedimiento restringido disponiendo que “...*sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.*”, regulando a continuación el procedimiento de esta selección, mientras que la valoración de las ofertas se regula en el artículo 150. Nótese que la expresión “*en su caso*” que se contenía en el artículo 86.2 del TRLCAP, y en el que se apoya la Intervención General para entender que se refiere exclusivamente al procedimiento restringido, ya no aparece en el artículo 150.4 del TRLCSP, no existiendo en este apartado ningún indicio que nos haga pensar que la utilización de distintas fases para la valoración de las ofertas es de aplicación exclusiva en tales procedimientos.

En el TRLCSP las “Normas generales” se contienen en la Sección 1ª del Capítulo I, Título I, del Libro III, y en las Secciones 2ª y 3ª, respectivamente, las peculiaridades del procedimiento abierto y restringido. Pues bien, los criterios de valoración de las ofertas se regulan en el artículo 150 de la Sección 1ª, sin que en las Secciones 2ª y 3ª se contenga disposición alguna que modifique tal regulación. En los artículos 160 y 161 (Sección 2ª) referidos al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación se contienen sólo reglas de actuación de los órganos que intervienen en el procedimiento, y es precisamente a estos artículos a los que se remite el artículo 168 (Sección 3ª) al regular la adjudicación en el procedimiento restringido.

De lo expuesto se deduce que en el TRLCSP los criterios de valoración de las ofertas están regulados en el artículo 150, siendo en su totalidad y sin distinción alguna de aplicación tanto en el procedimiento abierto como en el restringido.

La exclusión de los licitadores que no superen el umbral mínimo en la valoración de un criterio está ajustada a los textos legislativos antes citados, y ello porque en ambos se expresa que dicho umbral se exige al licitador “...*para continuar en el proceso selectivo.*”. Por tanto, cuando la valoración de las ofertas se realice en varias fases los licitadores que no hayan superado el umbral mínimo de



puntuación exigido referido en exclusividad a la calidad técnica de la oferta presentada deberán ser excluidos y no podrán continuar en el procedimiento.

A este respecto, procede destacar además que ni la Directiva 2004/18/CE ni la legislación nacional de aplicación contiene precepto alguno ni indicación sobre qué debe hacer un poder adjudicador cuando en un procedimiento abierto de licitación se constata, por parte del órgano que evalúa las ofertas, que la oferta técnica presentada por un licitador y sobre la que no está permitido solicitar aclaraciones y/o negociar aspecto alguno, es imprecisa, deficiente o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego correspondiente. Por tanto, ni la Directiva 2004/18/CE ni la legislación nacional de aplicación se oponen a la exclusión o rechazo de un licitador cuando la documentación que conforma su oferta técnica no cumple las especificaciones técnicas fijadas para la ejecución y/o desarrollo del contrato, es imprecisa o resulta inexacta.

En efecto, el hecho de que en un procedimiento abierto se especifique en los pliegos de condiciones (a los que han tenido acceso y conocimiento previo todos los licitadores interesados, de forma universal y en igualdad de condiciones) que por debajo de un umbral de calidad técnica, en aplicación de los criterios de adjudicación que afectan en exclusividad a la oferta técnica, se considere que la proposición presentada no reúne ni alcanza un nivel mínimo de calidad, no es contrario al principio de concurrencia, ni a los principios de transparencia, discriminación e igualdad de trato.

En cuanto a la acomodación al artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE de la exigencia en los pliegos de la superación de un umbral mínimo de calidad técnica para continuar en el procedimiento de adjudicación, hay que decir que la calidad técnica es precisamente un criterio vinculado al contrato que expresamente menciona el referido artículo al citar, entre otros, la calidad o el valor técnico de la oferta, y que a su vez se citan en el artículo 86.1 del TRLCAP y en el artículo 150.1 del TRLCSP, por tanto, en absoluto puede considerarse que se trata de un criterio discriminatorio.

Por otra parte hay que indicar que el citado artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE, está regulando los denominados criterios de selección cuantitativos y cuya valoración puede realizarse en diversas fases tal como se ha expuesto con anterioridad.

A este respecto cabe citar entre la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea la sentencia EVN y Wienstrom. C-448/01. 4-12-2003 que expresa que *“Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, en este sentido,*



las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00).”

”Se desprende de lo anterior que, siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.”.

Por último, hay que indicar que los modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares recomendados por la Comisión Consultiva de Contratación Pública incorporan una cláusula similar a la que es objeto de consulta.

III.- CONCLUSIÓN

El establecimiento de un umbral mínimo de puntuación para la valoración de la calidad técnica de una oferta en un procedimiento abierto y la imposibilidad de continuar en el proceso selectivo de los licitadores que no lo superen es conforme con lo que se establece en el artículo 86.2 de 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 y en el artículo 150.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como en el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE.

Es todo cuanto se ha de informar.

