



Informe 7/2002, de 12 de julio, de la Comisión Permanente, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

Asunto: Criterios de actuación para la selección de la empresa contratista en el procedimiento de adjudicación abierto.

La vocal representante del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas solicitó verbalmente, en la sesión de esta Comisión Permanente de 4 de junio de este año, que este órgano se pronunciase sobre el hecho que algunos órganos de contratación establecen como criterio de adjudicación, especialmente en contratos de obras, la experiencia previa de las empresas licitadoras, cosa que considera contrario a la Recomendación que formuló este órgano consultivo el año 1997.

Con posterioridad, mediante escrito de 18 de junio de 2002, el Presidente de la Cámara de Contratistas de Obras de Cataluña y vocal de esta Junta Consultiva, después de realizar una serie de consideraciones sobre las desviaciones y errores que la mencionada organización manifiesta detectar en los pliegos de cláusulas administrativas reguladoras de los contratos licitados por las Administraciones Públicas catalanas, especialmente en materia de criterios de acreditación de solvencia y criterios de adjudicación, así como de realizar un exhaustivo análisis jurídico de la regulación que sobre esta materia hace la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, solicita dictamen sobre "la interpretación y el alcance del concepto *criterios objetivos que deben servir de base para la adjudicación* recogido en el apartado 1 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del concepto *por la ponderación que se les atribuya* fijado en el apartado 2 del mismo precepto legal".

Dado que ambas solicitudes de pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen aspectos coincidentes, se considera conveniente formular un informe general que analice y ofrezca criterios de actuación para la selección de la empresa contratista.

El tema abarca multitud de aspectos que adquieren matices diferentes en función del procedimiento de adjudicación de que se trate y ya que probablemente el procedimiento de adjudicación abierto constituye el procedimiento más utilizado por los órganos de contratación, las reflexiones que se contienen en este informe se refieren al procedimiento de adjudicación abierto.

De acuerdo con las funciones que establece el artículo 5 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, es procedente que la Comisión Permanente emita un informe sobre la base de las siguientes



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Aspectos generales

Los contratos que celebran las Administraciones Públicas son instrumentales para la consecución de un interés público. La correcta ejecución del objeto contractual conecta, directa o indirectamente, con la satisfacción del interés general que constituye un principio de actuación de las Administraciones Públicas (art. 103.3 de la Constitución).

La correcta selección de la empresa contratista constituye una de las actuaciones claves para una adecuada ejecución del objeto contractual. La Administración contratante, el órgano de contratación, debe proceder a seleccionar la empresa que reúna las mejores potencialidades y formule la mejor proposición para la ejecución del objeto contractual que se licita.

La finalidad de este informe es orientar sobre cuáles son los criterios de actuación para la selección del empresario adjudicatario de un contrato administrativo, de acuerdo con la normativa vigente.

Las Administraciones Públicas rigen su actividad con plena sumisión a la ley (art. 103.1 de la Constitución).

España, como estado miembro de la Unión Europea, se somete voluntariamente a las normas jurídicas que emanan de los órganos políticos y legislativos comunitarios.

La Comunidad europea ha elaborado directivas comunitarias, cuyo objeto fundamental es el establecimiento de unos criterios de actuación comunes y uniformes de todos los estados miembros para la adjudicación de los contratos públicos.

Las Directivas 92/50/CEE relativa a los contratos de servicios, 93/36/CEE para los contratos de suministros y 93/37/CEE para los contratos de obras, modificadas por la Directiva 97/52/CEE y la Directiva 93/38/CEE sobre los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, se titulan *de coordinación de los procedimientos de adjudicación*.

Los estados miembros de la Unión Europea deben incorporar en sus ordenamientos jurídicos las directivas comunitarias, recogiendo sus objetivos generales y mandamientos concretos, y deben garantizar efectivamente su plena aplicación de una manera clara y precisa, pero con libertad de actuación para cumplir aquellas finalidades (ver Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993, asunto C-71/92, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, Considerando 23).

Como es sabido, las directivas comunitarias en materia de contratos públicos operan a partir de determinados umbrales económicos, de forma que por debajo de estas cuantías los



estados pueden regular la contratación de sus administraciones sin atenerse a los mandatos de las mismas directivas, aunque deben ajustarse a los principios generales del Tratado (Ver Auto del TJCE, Sala Segunda, de 3 de diciembre de 2001, asunto C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, Considerando 20 y siguiente).

En España, el legislador estatal ha optado por incorporar las regulaciones de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos mediante la transcripción literal de sus preceptos y la inclusión de los mismos preceptos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Además, el legislador ha incorporado las regulaciones comunitarias, no sólo para aquellos contratos cuyos presupuestos de licitación corresponden con los umbrales que se determinan en las mencionadas regulaciones, sino que las ha hecho extensivas para todos los contratos.

Así, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy regulada en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), establece los procedimientos de selección de la empresa contratista, indicando unas actuaciones uniformes y siguiendo unos procedimientos de adjudicación que vienen configurados fundamentalmente en las propias directivas comunitarias que regulan la materia y que anteriormente se han referenciado.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no contiene regulaciones específicas en materia de selección de la empresa adjudicataria. Así, el núcleo fundamental de la regulación estatal sobre la adjudicación de los contratos por procedimiento abierto, restringido y negociado, sea su cuantía inferior o superior a los umbrales comunitarios, ya se encuentra en las propias directivas comunitarias.

Seguramente, esto es porque el legislador español se ha preocupado más por hacer una trasposición de las directivas comunitarias que no suscite las críticas de las autoridades comunitarias, como ya pasó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comisión Europea (en adelante, TJCE), de 17 de noviembre de 1993, asunto C-71/92. Para conseguir este objetivo, se acaba efectuando una transcripción literal de sus preceptos en la LCAP.

Las regulaciones del legislador español propias, específicas en materia de procedimientos de selección de la empresa contratista y que no corresponden estrictamente con las configuradas en las directivas comunitarias son de carácter residual.

Destacamos fundamentalmente la regulación del contrato menor prevista en el artículo 56 del TRLCAP, algunos supuestos que habilitan la utilización del procedimiento de adjudicación negociado (por causa de la cuantía económica, derivados del sistema de contratación centralizada, etc), el concurso con fases selectivas previsto en el apartado 2 del artículo 86 del TRLCAP e introducido mediante la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y el concurso para la contratación de equipos o sistemas para el tratamiento de la información, previsto en el artículo 184.



2. La normativa vigente

El procedimiento de selección de la empresa contratista, en términos generales, se rige por los principios de publicidad y concurrencia empresarial, igualdad de trato, no discriminación, transparencia y objetividad. Así se recogen en el artículo 11 del TRLCAP, si bien es cierto que los principios de publicidad y concurrencia pueden ser atenuados en determinados supuestos que fija el propio TRLCAP y que lógicamente corresponden con contratos de menor entidad económica o en los que concurren circunstancias excepcionales.

Para la selección de la empresa contratista en el procedimiento abierto, el planteamiento general de las directivas comunitarias y, en correspondencia, del TRLCAP, es proceder mediante dos fases claramente separadas en el tiempo y con unos objetivos y unas actuaciones diferentes en cada fase.

La primera fase de actuación pretende la selección de las empresas licitadoras que tengan unas determinadas potencialidades económico-financieras y técnicas, es decir, una suficiente solvencia que permita augurar que la empresa reúne condiciones para ejecutar adecuadamente el objeto contractual.

Con posterioridad, y respecto las empresas que hayan acreditado la solvencia adecuada (además de su personalidad jurídica y otros requisitos de capacidad de obrar), la segunda fase tiene como objeto, exclusivamente, seleccionar la mejor oferta o proposición entre las presentadas por las empresas licitadoras. Los criterios de análisis solamente pueden ser en esta segunda fase -en función de la forma de adjudicación previamente determinada por el órgano de contratación- el precio más bajo ofertado (si se trata de una subasta) o la proposición económicamente más ventajosa (si se trata de un concurso).

Todos los órganos de contratación deben seguir este procedimiento, el cual se constituye como un auténtico código uniforme de actuación.

Efectivamente, así se regula, por ejemplo, en la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. El Título IV, *reglas comunes de participación*, se inicia con un artículo 18 en que se manifiesta que los poderes adjudicadores deben verificar, en primer lugar, la aptitud de los contratistas de acuerdo con criterios de capacidad económica, financiera y técnica que se detallan en los artículos 26 a 29.

Además, establece que una vez verificada la aptitud de los contratistas, la adjudicación del contrato se efectuará de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 30, es decir, o bien únicamente el precio más bajo o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, diferentes criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo: el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.



El TRLCAP no contiene una regulación bien sistematizada del procedimiento de adjudicación de los contratos. Es evidente que la Ley de Contratos de las Administraciones Pública no es modélica en cuanto a su estructura interna y su técnica de elaboración. Es necesario recurrir a diferentes artículos ubicados en títulos diferentes para componer la lógica del sistema de adjudicación.

En relación con el objeto de este informe, destacamos el artículo 15.1 (precepto de carácter básico) que establece que para contratar con las administraciones públicas las empresas deben acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional o la clasificación empresarial en los supuestos que la ley establece. Los medios de acreditación de la solvencia se fijan en los artículos 16 a 19 (preceptos de carácter básico).

El artículo 20.k), precepto de carácter básico, establece que es causa de prohibición para contratar el supuesto que la empresa no acredite la suficiente solvencia o la clasificación empresarial requerida.

Los artículos 73 y 74, preceptos de carácter básico, definen los procedimientos y las formas de adjudicación. El apartado 2 del artículo 74 afirma que en la subasta, la adjudicación debe hacerse al licitador que oferte el precio más bajo, afirmación que debe complementarse con la regulación sobre las ofertas anormalmente bajas del artículo 83 (en algunos aspectos, precepto no básico). El apartado 3 del artículo 74 afirma que en el concurso la adjudicación recae 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 el precio de la misma proposición.

El artículo 86 establece los criterios para la adjudicación del concurso, que será objeto de análisis posteriormente.

Probablemente, el precepto que indica más gráficamente que la mecánica del procedimiento de selección de la empresa contratista se divide en dos fases es el artículo 80, apartado 1 del Reglamento General de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Este apartado detalla que la documentación para las licitaciones se debe presentar en dos sobres, de forma que en un sobre se debe incluir, entre otros, los documentos acreditativos de la solvencia económica y técnica, y en el otro sobre independiente la proposición que debe contener todos los elementos que la integran e incluir los aspectos técnicos de la misma proposición. Como es sabido, la documentación que contiene el primer sobre (entre ellos, los acreditativos de la solvencia) será objeto de calificación por la mesa de contratación y, posteriormente, declaradas las empresas admitidas a licitación que hayan superado el proceso selectivo (art. 82 del RGLCAP), se procederá a la apertura del sobre de las proposiciones en acto público (art. 83 del RGLCAP).

Es necesario destacar que este apartado 1 del artículo 80 no tiene carácter básico, de acuerdo con la disposición final primera del RGLCAP pero, no obstante, el apartado 2 que



continúa refiriéndose a los sobres que se han descrito en el apartado anterior sí que tiene carácter básico. Parece evidente que la calificación de básico o n básico, al menos en el ejemplo que nos ocupa, es incoherente.

3. La primera fase de actuación. La acreditación de la suficiente solvencia económica y técnica

Los artículos 16 a 19 del TRLCAP relacionan los medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica de las empresas licitadoras.

Los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera se relacionan en el artículo 16 y, si bien se mencionan concretamente en la letra a) tres medios de acreditación, el apartado 2 de este artículo abre la posibilidad de que los licitadores puedan acreditar también su solvencia económica si justifican su imposibilidad de aportar los documentos previstos en la letra a) mediante otros sistemas.

Los medios de acreditación de la solvencia técnica están previstos en el artículo 17 para el contrato de obras, en el artículo 18 para el contrato de suministros y en el artículo 19 para el resto de contratos. Los medios que se relacionan en estos artículos tienen carácter exhaustivo, lo que quiere decir que los órganos de contratación están carentes de la posibilidad de pedir otras referencias comprobables. Son medios tasados, de forma que solo estos medios pueden ser requeridos como válidos para la acreditación de la solvencia técnica (Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute).

Podrán exigirse uno, diversos o todos los medios de acreditación. El órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente la solvencia económica y técnica o profesional de la empresa licitadora. En general, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para tener una visión más amplia de la capacidad de la empresa y permitir que exista una concurrencia empresarial suficiente.

Como se ha afirmado anteriormente, todos estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita.

Podemos afirmar, pues, que los medios de acreditación de la solvencia económica y técnica de las empresas licitadoras, regulados en los artículos 16 a 19 del TRLCAP, se refieren a consideraciones generales de la empresa como son la experiencia anterior de la misma empresa, el análisis de los contratos llevados a cabo en ejercicios anteriores y, si es el caso, acompañados de certificados de buena ejecución, las certificaciones acreditativas de que los procesos de producción o industriales de la empresa se ajustan a normas de calidad (certificaciones ISO), etc, para la ejecución del contrato. Así, la descripción del equipo técnico y las unidades técnicas participantes en el contrato; las titulaciones académicas y



profesionales de los responsables de la ejecución del contrato; la maquinaria, el material y el equipo técnico de que dispondrá el empresario para la ejecución del contrato.

Valorar, tanto la experiencia anterior de la empresa o la posesión de una certificación emitida por organismo competente sobre la calidad en los procesos de producción de la empresa, como la maquinaria que pondrá a disposición de la ejecución del contrato o los profesionales y sus titulaciones no valoran todavía la propuesta concreta de ejecución del objeto contractual que formula la empresa.

El requerimiento del órgano de contratación de una determinada solvencia económica, financiera, técnica y profesional de los licitadores tiene carácter selectivo. No se pretende exclusivamente recibir información de las empresas, sino valorar si tienen suficiente solvencia para la ejecución del contrato que se licita.

El órgano de contratación debe considerar la acreditación de la solvencia económica y técnica de las empresas licitadoras como un proceso selectivo que deben superar estas empresas que, en su defecto, las dejaría excluidas de la licitación. En estos términos se expresan los artículos 15.3 y 20.k) del TRLCAP y los artículos 11, 67 en sus apartados 3.b), 4.b), 5.b) y 6.b) y 82 del RGLCAP.

Es sabido que el artículo 25 del TRLCAP establece un sistema específico de acreditación de la solvencia económica y técnica en determinados contratos mediante la clasificación empresarial previa de las empresas licitadoras. El sistema de clasificación empresarial también establece unos mínimos selectivos mediante la fijación de la categoría del grupo y del subgrupo de actividad. Este procedimiento selectivo se ve reforzado con la modificación legal del artículo 15 del TRLCAP, operada mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Esta modificación, al margen de la confusa redacción del precepto, habilita que un órgano de contratación pueda requerir, además de la clasificación empresarial, la aportación de un nivel mínimo de medios materiales y personales para la correcta ejecución del contrato. Las empresas deberán aportar, además del certificado acreditativo de la clasificación empresarial, la información correspondiente para responder a este requerimiento, y el órgano de contratación puede excluir de la licitación una empresa si el compromiso de aportación de medios técnicos y humanos no corresponden con los requerimientos de la administración contratante.

En algunos casos, la acreditación de una suficiente solvencia para la ejecución del contrato no es considerada por algunos órganos de contratación como una primera fase de selección de las empresas más capaces. Algunos órganos de contratación consideran que la selección de las empresas se hace únicamente en el momento de la apertura de las proposiciones. Así, incluyen como criterios de adjudicación la experiencia anterior de la empresa, la calidad de sus profesionales, etc.

En base a estas argumentaciones, este criterio no es correcto. La primera fase selectiva se encuentra ya en el análisis de la solvencia económica y técnica de las empresas y en este



sentido, por tanto, el órgano de contratación deberá indicar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los niveles mínimos que, en relación con cada medio de acreditación, deberán cumplir las empresas licitadoras.

Esta determinación de los niveles mínimos deberá ser establecida por el órgano de contratación con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica.

Una exigencia de niveles mínimos de solvencia económica y técnica desproporcionada afectaría a la propia concurrencia empresarial y podría constituir causa de anulación de la validez de la licitación.

No parece posible que este órgano consultivo pueda establecer unos parámetros orientativos sobre los niveles mínimos que deberán requerirse para la acreditación de la solvencia suficiente. Debe depender necesariamente, tal y como se ha dicho, de las características del contrato.

Respecto la acreditación de la suficiente solvencia económica y a título de ejemplo, el RGLCAP ha establecido, en su artículo 35.e), unos valores mínimos de fondos propios en función de las categorías que resulten para la clasificación de los contratistas de obras.

4. La segunda fase de actuación. Los criterios de adjudicación y su ponderación

La selección del contratista se debe fundamentar, exclusivamente, en la valoración de las propuestas de ejecución del contrato presentadas por los licitadores. Los criterios de adjudicación que haya establecido el órgano de contratación deberán referirse exclusivamente a la consideración de aspectos relativos a la ejecución material del objeto contractual.

4.1 La subasta

Si la forma de adjudicación es la subasta, la valoración de las ofertas de las empresas que compiten se basa, exclusivamente, en el criterio del precio más bajo ofertado, si bien podrán rechazarse las ofertas anormalmente bajas.

La calificación definitiva de oferta anormalmente baja tan solo se puede realizar una vez el órgano de contratación ha requerido a las empresas que tienen esta calificación, una justificación de su oferta económica, y el órgano podrá excluir al licitador si los argumentos aportados no aseguran la viabilidad económica de la ejecución contractual (Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81; considerando 43 y siguientes de la Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2001, asunto C-285/99, Impresa Lombardini SpA).



El artículo 85 del RGLCAP establece, para la forma de adjudicación de la subasta, un nuevo sistema de determinación aritmética de oferta anormalmente baja que tiene en cuenta, con acierto, no solo la comparación entre los precios ofertados por los licitadores y el presupuesto de licitación, sino también la relación entre las propias ofertas. También se fija un criterio cuando solo hay un licitador. No obstante, el artículo 85, además de tener una redacción de difícil comprensión, tiene una regulación errónea. Así, el apartado 2, cuando regula el supuesto de concurrencia de dos licitadores, no establece que ninguna de las dos ofertas pueda ser inferior en 25 unidades porcentuales al presupuesto de licitación, requerimiento que se exige cuando se presentan uno o tres licitadores.

4.2 El concurso

En el concurso, los criterios de adjudicación que puede establecer el órgano de contratación son abiertos, pero solamente puede requerir aquellos criterios que permitan valorar la propuesta concreta de ejecución del objeto contractual que sea más ventajosa económicamente (considerando 36 de la Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19-2000, SIAC Construction Ltd).

Solamente la oferta económica más ventajosa se debe establecer como criterio de adjudicación.

Podemos afirmar rotundamente que cuando un órgano de contratación introduce como criterio de adjudicación consideraciones de otro orden infringe el código común de actuación que jurídicamente se ha regulado en las directivas comunitarias y en el TRLCAP y, en este sentido, rompe el principio de legalidad. Además, determinados criterios de adjudicación que se alejan del análisis de las propuestas de ejecución del objeto contractual que formulan las empresas licitadoras son factores que no tienen la objetividad que se exige en los actos de las administraciones públicas y en los que prevalecen elementos subjetivos de las empresas que desequilibran el trato entre las empresas.

La consideración de la experiencia empresarial previa de la empresa constituye un ejemplo flagrante de adjudicación de un contrato basada, no en la oferta concreta de ejecución del contrato que formula, sino en una calidad externa. Esta calidad no dice nada de las virtudes o defectos de la propuesta y, en este sentido, no tiene razón de ser como criterio de adjudicación. Es innegable que puede constituir, establecida y requerida con la proporcionalidad adecuada, un factor de consideración de la solvencia técnica en las licitaciones de contratos en los que legalmente no se requiera clasificación empresarial, pero en ningún caso puede ser considerada como un criterio de adjudicación de los contratos.

Estas reflexiones ya fueron formuladas por este órgano consultivo en la Recomendación 1/1997, de 23 de mayo, No obstante, algunos órganos de contratación siguen introduciendo la consideración de la experiencia anterior como un factor valorador de la idoneidad de la proposición de ejecución contractual. Como se ha dicho, esta consideración supone introducir un concepto ajeno al sistema de selección de la empresa adjudicataria que la



normativa ha establecido, lo que provoca la inseguridad entre las empresas licitadoras que ven la administración como un sujeto libre de normas en sus procedimientos de selección, es decir, una sensación de inseguridad jurídica.

Es imprescindible la trasposición en el ordenamiento jurídico español de la Directiva comunitaria de recursos 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989. Las empresas que concurren en las licitaciones públicas deben poder dirigirse a un órgano independiente del de contratación que pueda conocer con inmediatez y sumariidad las alegaciones que se formulen sobre, entre otras materias, las relativas al proceso de selección de la empresa adjudicataria y también con capacidad de paralización, si procede, del proceso licitador.

De acuerdo con la Comunicación interpretativa de la Comisión de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2001, COM (2001) 274 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, la pretensión de un órgano de contratación de tener en cuenta si los contratistas actúan dentro del marco de un sistema de gestión medioambiental (ISO 14001 o acreditación de un sistema de gestión y auditoría medioambiental de acuerdo con el Reglamento CEE - EMAS) debe ser considerado como un sistema de acreditación de la solvencia técnica del contratista, pero no como un criterio de adjudicación, ya que las acreditaciones antes referidas no evalúan la calidad intrínseca de las ofertas.

No obstante, se pueden incluir aspectos medioambientales como criterios de adjudicación cuando, como afirma la Comunicación de la Comisión Europea antes mencionada, supone una ventaja económica para la entidad contratante, la cual puede atribuirse al servicio u objeto de la licitación.

El artículo 74 del TRLCAP define el concurso de forma que si no se lee sistemáticamente con la regulación comunitaria puede llegar a interpretarse de forma errónea. El mencionado artículo afirma que *en el concurso, la adjudicación recaerá en los licitadores que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos sin atender exclusivamente el precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.*

Una posible interpretación del concepto de "proposición más ventajosa" que se utiliza en el artículo 74 del TRLCAP permite introducir criterios de adjudicación de todo tipo, siempre que permitan la selección de la mejor oferta, atendiendo a consideraciones relacionadas con el interés público general. Teniendo en cuenta que el mencionado precepto afirma que los criterios de adjudicación no tienen que atender necesariamente al precio, se podría deducir que los criterios de adjudicación pueden fundamentarse en consideraciones no económicas.

Esta interpretación es absolutamente errónea. Aunque el precio no fuese un factor de adjudicación, cualquier otro criterio de adjudicación es necesario establecerlo para poder seleccionar la oferta que sea mas ventajosa económicamente.



Ciertamente, la reducción del tiempo de ejecución puede ser el aspecto más ventajoso económicamente que pueda valorar el órgano de contratación, o bien los recambios existentes, la red de mantenimiento técnico, el bajo consumo de energía...

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la posibilidad de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, afirma en su apartado 3.1, que como regla general las directivas de contratos públicos imponen dos condiciones a los criterios susceptibles de aplicación a la hora de determinar la oferta económicamente más ventajosa: *en primer lugar, la de observarse el principio de no discriminación; en segundo lugar, deben suponer una ventaja económica para el poder adjudicador.*

Los criterios de adjudicación mencionados en el artículo 86 del TRLCAP (el precio, la fórmula de revisión, los plazos de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de recambios, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa) deben ser considerados a título de ejemplos. No obstante, cualquier otro criterio de adjudicación que un órgano de contratación indique en el pliego de cláusulas administrativas y en el anuncio de licitación deberá permitir considerar exclusivamente la selección de la oferta que resulte más ventajosa económicamente.

De acuerdo con las conclusiones del abogado general en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto Beentjes, se evidencia un factor común en los criterios de adjudicación cuando se fundamentan en el concepto de la proposición económicamente más ventajosa: se deberán referir a las características de la prestación que se debe realizar, o a las modalidades de ejecución, excluyéndose las consideraciones relativas al "prestatario".

En la mencionada sentencia, en la conclusión número 35 del abogado general se afirma que, para simplificar, se puede decir que *los criterios de adjudicación "a la oferta más ventajosa económicamente" se refieren al "producto" y no al "productor", a las calidades de "la obra" y no a las del contratista de las obras.* Así mismo, en los considerandos número 36 y 37, dice que *al hacerlo, la Directiva establece una neta distinción entre los criterios de verificación de la aptitud relativos a las calidades del contratista y los de adjudicación del contrato, que se refieren a las calidades de la prestación que ofrece, de la obra que se propone efectuar.*

El concepto "proposición económicamente más ventajosa" es un concepto jurídico indeterminado (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, fundamento de derecho cuarto) y sus expresiones concretas no siempre serán fáciles de precisar. Por este motivo, es objeto de debate si las consideraciones medioambientales o de carácter social podrían incorporarse como criterios de adjudicación y pueden formar parte de este concepto (considerando 49 de la Sentencia del TSJC de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/1998, Comisión contra la República Francesa). En todo caso, podemos afirmar que los criterios de adjudicación nunca podrán



referirse a las calidades del contratista como, por ejemplo, es el de la experiencia empresarial previa.

La Comunicación interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en estos contratos, COM (2001) 566 final, afirma en su apartado 1.4.1, relativo al concepto de oferta económicamente más ventajosa, que la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se mencionan como ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación del objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de forma objetiva, a fin de determinar aquella que mejor responda a sus necesidades en el marco de un contrato determinado. Cualquier criterio de adjudicación ha de permitir valorar las calidades intrínsecas de un producto o servicio. Los criterios de adjudicación deberán, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución.

4.3 La ponderación de los criterios de adjudicación

El apartado 2 del artículo 86 del TRLCAP establece que en el pliego de cláusulas administrativas se indicarán los criterios de adjudicación por orden decreciente de importancia y para la ponderación que les sea atribuida. Las exigencias que se establecen tienen como finalidad la objetividad de la Administración en la selección del contratista y la igualdad de trato de los licitadores.

A menudo, los órganos de contratación se limitan a fijar en los pliegos de cláusulas administrativas la puntuación máxima que se otorgará a cada criterio de adjudicación, pero sin decir los criterios de carácter objetivo que se seguirán para la puntuación concreta de cada oferta. Esta ponderación aritmética no garantiza la objetividad y la transparencia de la actuación administrativa. En el pliego de cláusulas administrativas es necesario establecer los elementos generales de calificación que se seguirán para el otorgamiento de la puntuación a cada criterio de adjudicación. Por tanto se debe indicar, además de una ponderación aritmética, una ponderación calificativa para cada criterio de adjudicación.

Esta operación será elemental para algunos criterios. Si establecemos que la reducción de los plazos de ejecución se considerará un criterio de adjudicación, se entiende claramente que se premiará la reducción del plazo. Tan solo se deberá cumplimentar con una precisión sobre como se otorgará la puntuación. El órgano de contratación tiene libertad para establecer el sistema, siempre que este sistema sea objetivo y garantice la no discriminación. Así, por ejemplo, deberá indicar hasta qué reducción de tiempo se considera merecedora de puntuación, o bien, la puntuación relativa según la puntuación que se ofrezca.

Respecto otros criterios, la determinación de la calificación deberá ser más motivada. Así, en ocasiones se establecen criterios de adjudicación referidos a "de otras mejoras", sin



especificar en qué sentido se entenderán como mejoras o qué aspectos generales se entenderán como mejoras. Se debería cumplimentar esta descripción tan indeterminada con elementos orientativos, como la formación complementaria, la mejor motricidad, más iluminación...

Con demasiada frecuencia se cumple formalmente la obligación legal (artículo 86.2 del TRLCAP) de indicar la ponderación de los criterios de adjudicación mediante una simple ponderación "aritmética", identificando la puntuación parcial máxima que se otorga al criterio de adjudicación en concreto.

Que el órgano de contratación no haga público en el pliego de cláusulas administrativas qué aspectos o consideraciones seguirá para la concesión de la puntuación a las ofertas de los licitadores supone una infracción jurídica grave que afecta al principio de objetividad que debe regir la actuación de las administraciones públicas. Cuando el pliego no establece la ponderación calificativa que se seguirá en la aplicación de los criterios de adjudicación, comporta que sea la mesa de contratación quien debe hacer y acordar esta ponderación, la cual no han conocido los licitadores.

Las empresas licitadoras formularán sus propuestas sin conocer qué aspectos serán premiados o, al contrario, considerados merecedores de inferior valoración, en relación con cada criterio de adjudicación. Este desconocimiento rompe la objetividad de las administraciones públicas, que pueden acabar adjudicando los contratos, tal y como acertadamente se afirma en el escrito de la Cámara de Contratistas de Obras de Cataluña, con arbitrariedad y subjetividad.

La función de la mesa de contratación no es establecer los criterios de calificación de ponderación. Estos criterios deben figurar en el pliego y lo que hará la mesa es aplicarlos en el análisis de las propuestas presentadas por los licitadores. Su función es la valoración de las proposiciones presentadas pero no la fijación de los criterios objetivos generales de ponderación.

No puede establecerse en este informe un sistema uniforme de ponderación de los criterios de adjudicación para todos los contratos o para un determinado contrato típico y, especialmente en relación con la consideración del precio (aunque sobre algún contrato, las prestaciones del objeto del cual tengan homogeneidad y sean de licitación recurrente pudiesen establecerse pautas comunes). En este sentido, es competencia de cada órgano de contratación precisar los factores, los sistemas, los criterios o las fórmulas matemáticas de ponderación para cada criterio de adjudicación que permitan la selección de la mejor empresa contratista.

Constituye una irregularidad alarmante que algunos órganos de contratación establezcan con superficialidad y vaguedad los criterios de adjudicación que serán el fundamento para la adjudicación del contrato. Esta superficialidad se constata con demasiada frecuencia, cuando en los pliegos de cláusulas particulares se mencionan sucintamente los títulos de los criterios de adjudicación y se fija exclusivamente la puntuación máxima a otorgar



correspondiente a cada criterio de adjudicación. No se especifican los factores, los criterios o las consideraciones de tipo cualitativo que el órgano de contratación quiere tener en cuenta para otorgar mayor o menor puntuación respecto cada criterio de adjudicación. Justamente, esta información que no se menciona es la garantía de que los criterios de adjudicación son objetivos y se determina su ponderación, tal y como exige el artículo 86.2 del TRLCAP.

La valoración de las ofertas por parte de la mesa de contratación no será, no obstante, un acto mecánico de otorgamiento de puntuación. Es evidente que concurrirá una discrecionalidad técnica para la consideración y la calificación de las diferentes propuestas de los licitadores, pero esta discrecionalidad operará sobre unos elementos reglados previamente determinados en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La garantía de la motivación de la propuesta de adjudicación se expresará en la propia acta o actas de las reuniones que celebre la mesa de contratación, tal como requiere el artículo 88.1 del TRLCAP, cuando regula que la mesa de contratación elevará al órgano de contratación la propuesta de adjudicación que estime pertinente que incluirá, en todo caso, la ponderación (Habría sido técnicamente más acertado hablar de valoración) de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Además, el ejercicio inadecuado de esta discrecionalidad técnica será siempre susceptible de ser revisado y eventualmente anulado en sede administrativa o judicial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma con rotundidad que el silencio del pliego sobre los criterios objetivos que se seguirán para la adjudicación del contrato rompe un principio básico de la contratación administrativa, en el sentido que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes.

Como última consideración, es necesario precisar que una adecuada selección de la empresa adjudicataria exige una rigurosa determinación de los medios de acreditación de la solvencia y sus niveles selectivos, así como de unos criterios de adjudicación y sus parámetros de ponderación. Esto se debe llevar a cabo con un conocimiento adecuado de las características técnicas del objeto del contrato, así como del mercado provisor.

Constituye una condición imprescindible que exista una colaboración entre los técnicos adscritos a las unidades que hayan instado la contratación objeto de licitación y los funcionarios o empleados públicos que auxilian al órgano de contratación en la tramitación del expediente administrativo, a los efectos de la más rigurosa determinación, en el pliego de cláusulas administrativas, tanto de la solvencia a exigir de las empresas licitadoras como de la fijación de los criterios de adjudicación y su ponderación.

Por tanto, a la vista de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contractación Administrativa adopta las siguientes



CONCLUSIONES

Primera. En el procedimiento abierto, la selección de la empresa contratista se debe realizar en dos fases claramente diferenciadas. La primera tiene como objetivo fundamental la acreditación, por parte de las empresas licitadoras, de la suficiente solvencia económica, financiera, técnica y profesional. La segunda fase, posterior en el tiempo, pretende el análisis de las ofertas o proposiciones de ejecución del contrato formuladas por los licitadores, mediante la aplicación de criterios objetivos de selección para proceder a la selección de la empresa contratista.

Segunda. El órgano de contratación debe precisar, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución del objeto contractual. La acreditación de la solvencia se constituye como un proceso selectivo, en el que se pueden incluir la experiencia anterior de la empresa, las consideraciones sobre la calidad en el procedimiento industrial o las certificaciones medioambientales.

Tercera. Los criterios de adjudicación en el concurso deben ser explícitos y claros y deben incluir su ponderación. En el pliego de cláusulas administrativas se debe expresar los elementos, los criterios y los factores de ponderación cualitativa y cuantitativa para la aplicación de los criterios de adjudicación y que la mesa de contratación aplicará, con la discrecionalidad que necesariamente concurre en la valoración técnica de las proposiciones de los licitadores.

Cuarta. Cada órgano de contratación deberá especificar los criterios de adjudicación que se utilizarán para la selección de la proposición más ventajosa económicamente. La experiencia anterior de la empresa no puede ser, en ningún caso, un criterio de adjudicación contractual.

Barcelona, 12 de julio de 2002