



Informe 42/12, de 7 de mayo de 2013. “Adecuación a la legalidad de fórmulas para valorar el precio como criterio de admisión de ofertas.”

Clasificación de los informes: 5. Cuestiones relativas al precio de los contratos.5.2.Precio de los contratos.11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.15. Oferta económicamente más ventajosa.15.2. Diversidad de criterios (concursos).

ANTECEDENTES

La Diputación de Pontevedra dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“La Diputación de Pontevedra, de conformidad con lo previsto en el artículo 87 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, cuida en sus licitaciones públicas que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, atendiendo al precio general del mercado y dejando un margen de beneficio razonable para la empresa.

Las circunstancias económicas actuales provocan que las empresas liciten por debajo del precio del mercado sin atender a estos márgenes, lo que desplaza de forma considerable la media aritmética de las ofertas.

Como medida correctora de esta circunstancia a la hora de valorar la oferta económica, en los pliegos de cláusulas económico administrativas particulares de esta Diputación se establecen dos tramos marcados en el 85% del presupuesto base de licitación.

En el primer tramo (ofertas inferiores al del precio base de licitación) se establece una puntuación de entre 40 y 45 puntos, mientras que en el segundo (ofertas superiores al 85% del precio base de licitación) la puntuación es de entre 0 y 40 puntos. La mayoría de los licitadores deducen que la mejor oferta es irse al 85%, pues matemáticamente es la óptima.

Cabe la posibilidad de que todos los licitadores presenten la misma baja del 15% que es el motivo por el que los técnicos dudan de si con esta medida correctora en los pliegos se están vulnerando los principios de la contratación, ya que se dirige la oferta económica con el fin de evitar un precio fuera del mercado. (Se adjunta informe técnico)

En concreto la cláusula es la siguiente:

“11.2.1) Valoración oferta económica, hasta un máximo de 45 puntos.

Se entenderá por ofertas admitidas todas aquellas que no quedaran excluidas una vez realizado el examen de la documentación administrativa contenida en el Sobre “A”, y el análisis técnico de la documentación contenida en el Sobre “B”.

Para la valoración de las ofertas admitidas administrativa y técnicamente se consideran dos posibles casos:

CASO 1. La oferta más baja OMB de las admitidas administrativa y técnicamente es inferior estrictamente AL 85% del Presupuesto Base de Licitación (PBL), es decir,

$$OMB < 0.85 \cdot PBL.$$

1. 1. Si el presupuesto ofertado por la empresa (Pro) es mayor o igual a la Oferta Más Baja (OMB) de las admitidas administrativa y técnicamente, y menor o igual al 85% del Presupuesto Base de Licitación (PBL), es decir, Si $OMB \leq Pro \leq 0.85 \cdot PBL$:



La fórmula a emplear la siguiente:

$$\text{Puntos oferta } i = 40 + 5 \cdot \frac{0,85 \cdot \text{PBL} - \text{Pro}i}{0,85 \cdot \text{PBL} - \text{OMB}}$$

1.2 Si el presupuesto ofertado por la empresa (Pro) es mayor estrictamente al 85% del Presupuesto Base de Licitación PBL y menor o igual al Presupuesto Base de Licitación (PBL), es decir,

Si $0,85 \cdot \text{PBL} < \text{Pro}i \leq \text{PBL}$:

La fórmula a emplear es la siguiente:

$$\text{Puntos oferta } i = 40 \cdot \frac{\text{PBL} - \text{Pro}i}{\text{PBL} - 0,85 \cdot \text{PBL}}$$

CASO 2. La Oferta Más Baja (OMB) de las admitidas administrativa y técnicamente es mayor o igual al 85% del Presupuesto Base de Licitación (PBL), es decir,

$$\text{OMB} \geq 0,85 \cdot \text{PBL}$$

La fórmula a emplear es la siguiente:

$$\text{Puntos oferta } i = 45 \cdot \frac{\text{PBL} - \text{Pro}i}{\text{PBL} - \text{OMB}}$$

Otra alternativa sería establecer la separación de los dos tramos no en un valor fijo sino en la media de las ofertas económicas admitidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita informe de dicha Junta Consultiva sobre cuál de los dos criterios, punto fijo de corte al 85% o punto de corte a la media aritmética, es el más conveniente para no vulnerar los principios de la contratación”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La entidad consultante plantea la cuestión de si resultan conforme con la legalidad, las fórmulas que están empleando para valorar el precio como criterio de admisión de ofertas. Estas fórmulas consisten en que a la hora de valorar la oferta económica, se establecen dos tramos marcados en el 85% del presupuesto base de licitación. Al tramo que se encuentre por debajo del 85%, esto es a las ofertas que se presenten que sean inferiores al 85% del presupuesto base de licitación, -denominado primer tramo-, se establece una puntuación de entre 40 y 45 puntos. Al tramo comprendido por encima del 85%, esto es, a las ofertas presentadas que se encuentren por encima del 85% del presupuesto base de licitación, -al que llama segundo tramo-, se les da una puntuación de entre 0 a 40 puntos. Como alternativa, la Diputación de Pontevedra se plantea el hecho de si resultaría más conforme con la legislación de contratación fijar el punto de corte no a ese porcentaje del 85%, sino en función de la media aritmética de todas las ofertas presentadas.

A todo ello, hay que añadir que se adjunta a la consulta un informe técnico en el que se hace constar que en el pliego de cláusulas administrativas del presente contrato, se atribuye una valoración de 50 puntos a los criterios evaluables mediante juicio de valor, y una puntuación igual de otros 50 puntos a los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas, entre los que se incluye la valoración de la oferta económica de hasta un máximo de 45 puntos y la valoración del plan de control de calidad de la obra, de hasta un máximo de 5 puntos.



2. Conforme se ha expuesto, atendiendo a la valoración de la oferta económica, se atribuye una valoración de 0 a 40 puntos a las ofertas que se presenten por encima del 85% del presupuesto base de licitación y de 40 a 45 a las que se encuentren por debajo de ese importe. Esto significa, en la práctica, que se atribuye más valor a las ofertas más baratas, mientras que las más caras o de precio superior, se le da menos puntuación, por lo que las empresas que las presenten tienen menos posibilidades, en principio, de resultar adjudicatarias del contrato. Esta situación no es contraria a las normas de contratación, ni a los principios que rigen esta materia. No hay ninguna norma que prohíba establecer estas fórmulas de valoración. Lo que permite la legislación contractual es dejar en libertad a cada órgano de contratación para poder establecer en el pliego los criterios de valoración que tenga por conveniente y la ponderación que corresponda a cada uno de ellos. Así, el artículo 115. 2 del Texto refundido de la Ley de Contratos con el Sector Público, (en adelante, TRLCSP) señala que: *“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”*. En el mismo sentido, el desarrollo de este precepto aparece dentro del artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos (vigente hasta tanto no se produzca la aprobación de un nuevo Reglamento), en el que se detalla el contenido del Pliego anterior y en el que se indica que estos pliegos deberán contener, entre otras menciones *“los criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia y su ponderación”* (artículo 67. 2. i)) y *“En su caso, cuando el contrato se adjudique mediante forma de concurso los criterios objetivos, entre ellos, el precio, que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada”* (artículo 67. 2. k)). De acuerdo con lo expuesto, sería correcto y jurídicamente admisible cualquiera de las dos opciones planteadas por la Diputación consultante.

3. No obstante lo anterior, el escrito de consulta pone de manifiesto el siguiente hecho: *“La mayoría de los licitadores deducen que la mejor oferta es irse al 85%, pues matemáticamente es la óptima”*, con lo que el comportamiento de los licitadores pasa a ser previsible/conocido no de un modo cierto pero sí aproximado. Esta circunstancia socava, en cierta medida, el espíritu y finalidad de la norma, esto es, que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor tenga lugar con total autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, sin ningún tipo de distorsión que pudiera venir del conocimiento de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes.

Adicionalmente, parece claro, así lo indica el escrito de consulta, que si la mayoría de los licitadores obtienen la misma puntuación por el criterio precio (40 puntos), van a ser el resto de criterios, principalmente los dependientes de un juicio de valor (50 puntos), los determinantes de cara a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En ese sentido conviene recordar que la Ley da preferencia o prioridad al establecimiento en los pliegos de criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, que si bien es cierto en el pliego que nos ocupa formalmente sería sí, sin embargo la realidad práctica podría evidenciar lo contrario.

Como consecuencia de ello, consideramos más correcto emplear como fórmula de valoración la que fija el punto de corte a la media aritmética, que podría tener mejor encaje con una valoración más general de todos los criterios evaluables. El órgano de contratación tiene libertad para establecer las fórmulas de valoración de ofertas que considere oportunas pero debería mantener una coherencia entre lo que se establece en los pliegos y las fórmulas que determinan en cálculo de las puntuaciones.

CONCLUSIONES:



Por lo expuesto, la Junta Consultiva considera que, lo necesario es que introduzca una fórmula que sea lógica y coherente. Por este motivo, lo más razonable es fijar una media aritmética de corte siempre respetando la discrecionalidad del órgano de contratación. A efectos del mecanismo del precio de mercado resulta más prudente incluir una media aritmética. Así, se advierte que fórmulas en las que el licitador puede saber previamente cuál es la puntuación que va a obtener, sin tener en consideración las demás, pueden degenerar en estrategias que lleguen a desvirtuar una correcta concurrencia.