

Informe 28/95, de 24 de octubre de 1995. "Interpretación y aplicación que debe darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a los criterios para la adjudicación del concurso".

7.1. Contratos de informática. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática del Ministerio para las Administraciones Públicas, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

"Desde la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y ante la ausencia por el momento de un desarrollo reglamentario, en el ámbito de las tareas de informe técnico de los Pliegos de Condiciones que lleva a cabo la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI) se han suscitado determinadas dudas acerca de la interpretación y aplicación que deba darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley, referido a los criterios para la adjudicación del concurso. Estas dudas se han agudizado por el hecho de que distintos órganos de contratación (Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección General de Patrimonio del Estado, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Correos y Telégrafos, etc...) a los que la Comisión remite sus informes han sustentado puntos de vista diferentes en situaciones similares. Por ello, la Comisión acordó en su sesión plenaria de 21 de junio de 1995 solicitar dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con este asunto, solicitud que se detalla en los siguientes cinco puntos:

1º. ¿El precio debe figurar necesariamente en los Pliegos de Condiciones como uno de los criterios de adjudicación en los concursos que afectan a bienes y servicios informáticos?

La opinión dominante en el debate mantenido sobre esta cuestión entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta a la elección de los criterios más adecuados en relación con el objeto del contrato, entre los que cabe incluir o no el precio, ya que los que se citan expresamente en el artículo 87.1 tiene un carácter meramente orientativo según se desprende de la utilización de la expresión "tales como", lo que se refuerza al incluir al final de la lista de criterios recogidos la fórmula "u otros semejantes". Tampoco parece que la Ley imponga restricciones en lo que se refiere a la atribución a los criterios de la ponderación más conveniente de acuerdo con las necesidades de la Administración que se prevén satisfacer mediante la contratación.

2º. ¿Existe la posibilidad de utilizar como criterio único de adjudicación la "rentabilidad", entendida ésta como un cociente entre beneficios, prestaciones o utilidad y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios de nivel inferior dentro del propio Pliego de cláusulas administrativas particulares?

En lógica con lo comentado más arriba, la opinión mayoritaria entiende que es perfectamente compatible con lo establecido en el artículo 87 la utilización de la "rentabilidad" como criterio único de adjudicación, si bien considera conveniente para facilitar la transparencia perseguida por la Ley que el pliego detalle los subcriterios de nivel inferior, con sus ponderaciones, que vayan a servir para evaluar los beneficios, prestaciones o utilidad de cada una de las ofertas, además del método mediante el cual vaya a calcularse el coste económico de las soluciones presentadas. Esto último en coherencia con las previsiones del artículo XII (Pliego de condiciones), apartado 2, letra h) del

Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio que establece la inclusión en el Pliego de Condiciones de "los elementos del costo que se tendrán en consideración al examinar los precios de las ofertas".

En favor de este planteamiento, cabe tener en cuenta también los siguientes argumentos:

La consideración del precio en el cociente de una relación beneficios/costes que se trata de maximizar, aparte de ser una adecuada formulación matemática de la expresión "proposición más ventajosa" del artículo 75.3 de la LCAP, recoge métodos de análisis económico de inversiones ampliamente consolidados por el uso, tanto en el sector público como en el de la empresa privada o, incluso, por parte de los consumidores individuales. Por centrarnos en el sector público, uno de los métodos de análisis económico de las inversiones más extendidos lo constituye el análisis coste-beneficio. Este análisis acude al indicador beneficios/costes para conocer el grado de conveniencia entre diversas alternativas (ofertas, en nuestro caso) de inversión, de modo que se elige aquella que presenta un valor más elevado de este cociente. En este contexto, los costes a considerar no deberían incluir exclusivamente el precio de la oferta, sino también otros costes, tales como los de mantenimiento, consumos y otros costes identificables y cuantificables que estén directamente relacionados con la adquisición, para llegar a obtener los costes totales de operación a lo largo de la vida útil del objeto del contrato.

Aunque desde una perspectiva meramente formal es perfectamente admisible considerar el precio como un criterio más, con una ponderación determinada, desde una perspectiva técnico-económica ello puede presentar problemas en algunas situaciones, que han sido puestos de manifiesto en la literatura científica sobre la materia. Así, E.M. Timmrech en su obra "Computer Selection Methodology", al referirse al problema del coste en el contexto del modelo de ponderación lineal, dice lo siguiente: "... la consideración del coste continúa siendo un problema difícil en este enfoque ... Se han realizado intentos de incluir el coste en el árbol de criterios. Pero los pesos relativos entre coste y, p. ej., rendimiento del material, encontramos que tienen poco significado. Un enfoque más aceptable es mantener aparte los costes, obteniendo dos cifras para cada sistema candidato: la puntuación y el coste. El usuario decide entonces acerca del compromiso al que cabe llegar entre estas dos cifras". La tradición apoyada en el análisis económico que se ha seguido hasta la entrada en vigor de la LCAP en la Administración del Estado, dentro del sector de los bienes y servicios informáticos, es la de alcanzar este compromiso entre puntuación y coste por medio del citado cociente entre beneficios y costes o, en otras palabras, por medio de la rentabilidad. Se trata de ver ahora si ello es compatible con la redacción del artículo 87 de la Ley.

3º. ¿Se deduce de la Ley que los Pliegos de Condiciones deban recoger el método de valoración de cada uno de los criterios de adjudicación señalados?. ¿La Ley limita en algún sentido el método de valoración que deba emplearse con cada uno de los criterios indicados?

La opinión mayoritaria entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta al método de valoración a emplear con cada uno de los criterios indicados, pudiéndose utilizar las escalas de valoración o de medida de la utilidad

más adecuadas a cada caso y sin que sea preciso hacer constar este método de valoración en los Pliegos de Condiciones.

Un caso particular lo constituye el criterio "calidad" que figura expresamente recogido en el artículo 87.1 de la LCAP. Así, p. ej., una manera adecuada de valorar este criterio sería la de hacerlo mediante la toma en consideración de si la empresa oferente dispone o no de un certificado apropiado de aseguramiento de calidad, en el que se justifique la conformidad del licitador con las normas técnicas de seguro de calidad.

4º. ¿Cabe la posibilidad de utilizar "características de empresa" objetivas y relacionadas con el objeto del contrato, entre los criterios que servirán de base para la adjudicación del concurso, entendiendo por "características de empresa" aquellas que puedan reputarse directamente de la empresa licitadora o considerarse propias de ella, con independencia de la solución técnica concreta ofrecida en su proposición?

Entre éstas pueden citarse, a título de ejemplo, las siguientes: la red que mantiene la empresa para prestar servicio de mantenimiento u otros de post-venta, los medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa para el desarrollo de sus actividades, la participación en proyectos similares, la disponibilidad de una marca o certificado de calidad, los métodos y procedimientos de trabajo de la empresa, etc.

En este caso, la opinión de los que sustentan esta posibilidad está basada en los siguientes argumentos:

Entre los criterios mencionados expresamente, aunque sea a título ilustrativo, en el artículo 87.1 de la LCAP, figuran algunos que pueden ser considerados criterios o características de empresa. Este sería el caso, entre otros, de la calidad, la disponibilidad de repuestos o el servicio post-venta.

En el marco jurídico anterior al actual, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la "Consulta en relación con una propuesta de procedimiento para la introducción del coeficiente de implantación y cobertura sectorial en la evaluación de ofertas para bienes y servicios informáticos" que le había sido formulada por el Consejo Superior de Informática, lo que hizo mediante su dictamen 22/94, de 16 de diciembre. En la consideración número 3 del dictamen se decía "... en el concurso y en la contratación directa el órgano de contratación no podrá realizar ningún procedimiento selectivo de licitadores que no estén referidos al contenido formal de sus ofertas, salvo que en el pliego correspondiente haya determinado como criterios objetivos valorables de la selección de las mismas aquellos aspectos que se refieren a las características propias de la empresa". Entienden quienes sustentan este punto de vista que esta consideración puede mantenerse luego de la entrada en vigor de la LCAP, por lo que resultaría admisible recoger características de empresa como criterios de adjudicación del concurso en los correspondientes pliegos de condiciones, siempre y cuando tuvieran carácter objetivo y estuvieran, lógicamente, relacionadas con el objeto del contrato.

En el caso particular del desarrollo de programas a medida, un contrato típico de servicios en el campo de la informática, existen consideraciones técnicas adicionales a favor de la consideración de

"características de empresa" como criterios de adjudicación del concurso. En efecto, la ingeniería de "software" actual, a partir de los trabajos llevados a cabo por el Software Engineering Institute (SEI) de los Estados Unidos desde mediados de la década de los ochenta, que han dado lugar a la creación del Capability Maturity Model (CMM), parte del supuesto fundamental de que la calidad del "software" se determina en primer lugar por la calidad del proceso utilizado por la organización que lo desarrolla, esto es, por una característica de empresa. Análogas consideraciones se pueden realizar en el caso de otros contratos informáticos.

5º. ¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 87 del procedimiento negociado, o en este caso no es necesario incluir en el pliego de condiciones los criterios de adjudicación, aunque ello pudiera resultar conveniente en determinados supuestos?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como en el escrito en el que se formula la consulta se articulan las cuestiones que se suscitan en relación con el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en diversos apartados, en los que además, con independencia del último, se consignan los razonamientos pertinentes en orden a la solución que se propugna, parece conveniente estructurar el presente informe en los mismos apartados y por el mismo orden, exponiendo los criterios de esta Junta al respecto.

2. La primera cuestión que se suscita es la de si el precio debe figurar necesariamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como uno de los criterios de adjudicación en los concursos que afectan a bienes y servicios informáticos.

El artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los concursos establece únicamente tres requisitos que deben cumplirse, consistiendo estos en que los criterios sean objetivos, que figuren en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y que se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. El propio artículo 87 señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión "tales como" y haciendo alusión a "otros semejantes" lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva -pueden existir otros criterios objetivos- ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso, por lo que la primera conclusión que debe mantenerse es la de que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos.

La anterior conclusión debe, sin embargo, ser matizada, puesto que no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta. Por ello se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 87 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio.

3. La segunda cuestión que se suscita es la de la posibilidad de utilizar como criterio único de adjudicación la "rentabilidad" entendida como un cociente entre beneficios, prestaciones o utilidad y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios de nivel inferior dentro del propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

A esta cuestión ha de dársele una respuesta muy similar a la anterior, pues el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al contener una relación meramente ejemplificativa de criterios de adjudicación del concurso, ni limita, ni impone, al órgano de contratación la utilización concreta de los mismos. Sin embargo, debe matizarse, como hacíamos con anterioridad, que el supuesto de criterio único de adjudicación debe considerarse excepcional puesto que el artículo 87 parte de la existencia de una pluralidad de criterios al señalar que en el pliego se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, prescripción inaplicable al supuesto de utilización de un solo criterio. Por ello se entiende que la utilización por el órgano de contratación de un solo criterio, en casos excepcionales, deberá estar justificada debidamente en el expediente y, además, en el caso presente puede ser salvada convirtiendo en criterios lo que en el escrito de consulta denomina subcriterios.

A la misma conclusión se llega con la interpretación del artículo XII, apartado h) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio y del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministros y del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos de servicios. El artículo XII, apartado h) del Acuerdo sobre Contratación Pública no se refiere exclusivamente a "los elementos del costo que se tomarán en consideración al examinar los precios de las ofertas" sino que, especificando enunciativamente éstos (como los gastos de transporte, seguro e inspección y, en suministros y servicios, los derechos de aduana y demás cargas a la importación, los impuestos y la moneda de pago) con anterioridad se ha referido a "los criterios en que se fundará la adjudicación del contrato, incluidos los factores que se tendrán en cuenta en la evaluación de las ofertas". Por su parte, el artículo 26.1.b) de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y el artículo 36.1.a) de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios señalan que cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa se utilizarán "diversos" o "distintos" criterios que variarán en función del contrato, entre los cuales a título enunciativo el primer artículo citado menciona expresamente la "rentabilidad". Por ello puede concluirse que de la normativa internacional y comunitaria sobre la contratación pública, en la que necesariamente se inspira la legislación española, se desprende la conclusión de que los criterios de adjudicación del concurso han de ser varios, por regla general, y si excepcionalmente se utiliza un solo criterio como el de la rentabilidad, por el mismo carácter excepcional -y respetando siempre la objetividad- el órgano de contratación habrá de justificar la razón de su empleo, sin que pueda llegarse a especificaciones más concretas, dados los términos generales en que se plantea esta cuestión.

4. La tercera cuestión que se suscita es la de si los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben recoger el método de valoración de cada uno de los criterios de adjudicación señalados y si la Ley limita en algún sentido el método de valoración que deba emplearse, indicándose en el escrito de consulta que se entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta al método de valoración a emplear con cada uno de los criterios pudiéndose utilizar las escalas de valoración o de medida de la utilidad más adecuadas a cada caso, sin que sea preciso hacer constar este método de valoración en los Pliegos, y que el caso particular del criterio "calidad" una manera adecuada de valorarlo sería la toma en consideración de si la empresa dispone o no de un certificado apropiado de aseguramiento de calidad.

La cuestión suscitada ha de ser resuelta, en los términos generales en que se plantea, tratando de conciliar los principios de publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa y el grado de discrecionalidad que, en sentido técnico jurídico, ostenta el órgano de contratación en la resolución de concursos, evitando que el cumplimiento de los primeros haga imposible la actuación del órgano de contratación, convirtiendo en automática la resolución del concurso, carácter que, a diferencia de la subasta, carece en la legislación española.

Por ello se entiende que el cumplimiento del artículo 87.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien exige que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se indiquen los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración, pudiendo estimarse correcta la valoración de la "calidad" mediante la toma en consideración de los correspondientes certificados, pero siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 18.e) para los contratos de suministro y 19.g) para los de consultoría y asistencia y de servicios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Como cuarta cuestión, en el orden expositivo del escrito de consulta figura la posibilidad de utilizar, entre los criterios que servirán de base para la adjudicación del concurso, "características de empresa" objetivas y relacionadas con el objeto del contrato, entendiéndose por tales aquellas que puedan reputarse directamente de la empresa licitadora o considerarse propias de ella, con independencia de la solución técnica concreta ofrecida en su proposición.

Frente a la solución afirmativa que se propugna en el escrito de consulta esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa reiterando y desarrollando los criterios expuestos en su informe de 16 de diciembre de 1994 (Expediente 22/94) entiende que las denominadas "características de empresas" en la contratación administrativa, por tanto, en los contratos relativos a bienes y servicios informáticos, normalmente deben jugar en el momento de apreciar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la empresa. Como regla general, según se señalaba expresamente en el citado informe de esta Junta "el órgano de contratación no podrá realizar ningún procedimiento selectivo de licitadores que no estén referidos al contenido formal de sus ofertas" salvo, añadía -y con ello remarcaba su carácter excepcional- "que en el pliego correspondiente haya determinado como criterios objetivos valorables de la selección de las mismas aquellos aspectos que se refieren a las características propias de la empresa".

En relación con la conclusión anterior, que se mantiene, y la consulta que ahora se formula han de realizarse dos matizaciones para concluir el examen de esta cuestión.

La primera de ellas es la de que la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha supuesto alteración, en este extremo, de la normativa anterior, por lo que las conclusiones que se han propugnado son igualmente válidas antes y después de la entrada en vigor de la Ley.

La segunda matización que procede realizar es que considérese o no que son "características de las empresas", no son equiparables los criterios mencionados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como la calidad, la disponibilidad de repuestos o el servicio post-venta, que tienen legitimada su utilización por la simple enumeración en la Ley, con algunos de los que cita el escrito de consulta -medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa, participación en proyectos similares, medios y procedimientos de trabajo de la empresa- respecto de los que, hay que insistir, deben jugar normalmente al apreciar la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa.

6. Como última cuestión, sin razonar su solución, se plantea en el escrito de consulta si es aplicable lo dispuesto en el artículo 87 al procedimiento negociado o, por el contrario no es necesario incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios de adjudicación, aunque ello pudiera resultar conveniente en determinados supuestos.

La respuesta negativa -no es aplicable el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al procedimiento negociado- se infiere con toda claridad de los principios y preceptos de dicha Ley aplicables a los procedimientos de adjudicación, pues lo que caracteriza al procedimiento negociado es la ausencia de licitadores y se define en el

artículo 74.4 como aquel procedimiento de adjudicación al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato como uno o varios empresarios, resulta que, por esencia, es incompatible con el artículo 87 de la Ley que, ésta incluye además en la regulación del concurso, sin declararlo aplicable ni a la subasta, ni al procedimiento negociado.

La conclusión anterior no excluye, como es lógico, que en algún supuesto, se considere conveniente incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios de adjudicación.