



**Consulta sobre el margen de discrecionalidad del órgano de contratación para valorar el precio como criterio para la selección del contratista en los procedimientos de contratación que se adjudiquen mediante concurso. Informe 10/03, de 23 de diciembre**

TIPO DE INFORME: Facultativo

**INFORME**

**ANTECEDENTES**

El Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura dirige la siguiente consulta a esta Junta Regional de Contratación Administrativa:

*"¿De qué margen de discrecionalidad, dispone el órgano de contratación, en atención a la legislación vigente, para valorar el precio como criterio para la selección del contratista en aquellas licitaciones que se pretenda adjudicar mediante concurso?"*

De la documentación aportada por la Consejería solicitante interesa destacar los siguientes datos:

- 1) La Consejería de Educación y Cultura adquiere habitualmente material didáctico, convocando para ello las correspondientes licitaciones acudiendo al procedimiento abierto, adjudicándose mediante concurso. Entre los criterios ponderados para seleccionar a los distintos contratistas se menciona, en primer lugar, la oferta económica, la cual se puntuará con 10 puntos por cada 1% de rebaja sobre el precio de salida, no pudiendo superar la puntuación en este concepto el máximo de 100 puntos.
- 2) La Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Cultura considera que *"el informe nº 04/2003, de 27 de junio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa, relativo a la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, recomienda que en este tipo de expedientes la valoración imperante del mismo sea otorgar la puntuación máxima a la proposición que oferte un precio menor, de manera que podría establecerse como criterio de baremación del precio en este tipo de pliegos el siguiente: "Se otorgará la puntuación máxima a la oferta más baja", tomando esta como referente para valorar el resto y estableciéndose a continuación la correspondiente fórmula para el cálculo económico."*
- 3) Por su parte, la Intervención Delegada en la Consejería de Educación y Cultura, en su documento de fiscalización, advierte:

*"-Si los licitadores conocen a priori el tipo al que se obtendría la mayor puntuación económica, puede provocar que se abstengan de ofertar tipos que lo mejoren, por lo que la Administración no conseguiría los mejores resultados con el menor coste posible, en aras al principio de economía que debe informar todas las actuaciones de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución."*



*-Si algún licitador ofertase un tipo más bajo que el que obtendría la máxima puntuación, la aplicación del método de valoración estipulado en el pliego distorsionaría la ponderación que asimismo se estipula en dicho pliego y que viene exigida por lo establecido en el artículo 86.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Además, ello supondría una penalización prescindiendo totalmente del procedimiento establecido para apreciar las ofertas anormalmente bajas, desproporcionadas o temerarias.*

*Por todo lo expuesto, esta Intervención delegada entiende que hay que rechazar por inadecuadas todas las formulas de evaluación del criterio precio que no atribuyan una puntuación superior a la oferta económica inferior, penalizando así las ofertas más baratas y de alguna forma excluyéndolas en la practica sin cumplir el requisito de audiencia previa".*

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.** El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto regional 14/1996 de 24 de abril, modificado por Decreto 74/2002 de 19 de abril.

**2ª.** El art. 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula los criterios para la adjudicación del concurso, disponiendo:

*"1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla.*

*2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente 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 al licitador para continuar en el proceso selectivo.*

*3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.*

*Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.*

*4. En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las*



*proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias."*

**3ª** Frente al automatismo de la subasta, el concurso, como forma de adjudicación del contrato, está presidido por la discrecionalidad de la Administración a la hora de decidir el adjudicatario. Sin embargo, tal discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad, de ahí que, como límite a la misma, se exija que la adjudicación se haga en función de unos criterios de valoración establecidos previamente en el pliego y motivando, en todo caso, la resolución que se adopte.

Tales criterios de valoración, aparecen recogidos en el art. 86 del TRLCAP, en una lista que no constituye un "numerus clausus". El citado artículo se refiere al precio, la fórmula de revisión, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio post-venta u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano acordará aquella.

Interesa destacar que el órgano de contratación, a la hora de establecer en el pliego de tales criterios goza de una amplia facultad de decisión, pues puede elegir no sólo alguno de los consignados en el art. 86, sino, según el mismo artículo señala, "otros semejantes". En cualquier caso, debe exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato.

Ahora bien, una vez fijados en el pliego los criterios, por el carácter del mismo como "lex contractus", la Administración ha de adjudicar el contrato con sujeción a los mismos. Lo contrario, obviamente, colocaría a los licitadores en la inseguridad jurídica, al proponer sus ofertas en base a unos criterios y ver cómo se resuelve el concurso en función de otros, violándose así por la Administración el principio de confianza legítima en la actuación de la misma, así como el principio que prohíbe ir en contra de los actos propios.

Por otra parte, por imposición legal y también como correctivo de la discrecionalidad de la Administración en este punto, el apartado 2 del art. 86 ordena que en el pliego se "indiquen los criterios por orden decreciente de importancia" y "por la ponderación que se les atribuya". Suele ser habitual también que en los pliegos de cláusulas se haga constar igualmente el método de valoración de cada uno de los criterios o lo que es lo mismo, la concreta fórmula de atribución de puntos, aunque, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe de 24 de octubre de 1995 (núm. 28/1995) *"si bien la Ley exige que en los Pliegos figuren los criterios de adjudicación por orden descendiente y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración"*.

En concreto, y por lo que se refiere al precio como criterio de valoración, la misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 8/1997, de 20 de marzo, indica que *"no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquellas que*



*atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el Pliego".*

Por otro lado, el Informe 28/1995, de 24 de octubre, antes citado, establece que *"la posibilidad que tiene el órgano de excluir el precio como criterio de adjudicación de contratos, debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso justifiquen tal exclusión"* dada la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso (en el mismo sentido el Informe 29/1998, de 11 de noviembre).

En efecto, si bien es cierto que, en la decisión de un concurso, la elección de la proposición más ventajosa no se ha de hacer sólo con criterios económicos, sino atendiendo también a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato, cuando estos otros datos se producen en términos de igualdad, los principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos: en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración, exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esta solución; no entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, puesto que la expresión "más ventajosa" es un concepto jurídico indeterminado que en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 30-V-2000, al afirmar: *"en las decisiones basadas en el principio de discrecionalidad ha de partirse del supuesto de la existencia de diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección, mientras que en los supuestos en los que la habilitación legal para seleccionar se confiere mediante el mandato de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cuál es el de la "proposición más ventajosa", la decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectual en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cual de las ofertas presentadas es subsumible en el único supuesto de solución justa, que se corresponde con la necesidad de seleccionar entre aquéllas precisamente la única que pueda merecer la calificación de "proposición más ventajosa", lo que ha de verificarse de conformidad con los criterios establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso, que sirven de base para la adjudicación"*.

**4ª** Los criterios expuestos ya fueron objeto de análisis por esta Junta Regional de Contratación Administrativa, con motivo del informe nº 4/2003 de 27 de junio relativo a la valoración del precio como criterio de adjudicación de los contratos.

El referido informe, cuyas consideraciones jurídicas se dan por reproducidas en el presente, formulaba las siguientes conclusiones:

1. La adjudicación de los contratos mediante concurso se realizará atendiendo a una serie de criterios objetivos consignados en los pliegos de cláusulas administrativas. El art. 86.1 LCAP contiene una relación no exhaustiva de los mismos, entre los que se incluye el precio. La LCAP no prescribe forma de valoración alguna de los mismos, pero su aplicación habrá de conducir a la adjudicación del contrato a la proposición más ventajosa.



2. En atención a los principios de eficiencia y economía que deben cumplirse en la programación y ejecución del gasto público, esta Junta recomienda, siguiendo el criterio del resto de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, que la valoración imperante del precio como criterio de adjudicación de los concursos sea la de otorgar la puntuación máxima a la proposición que oferte un precio menor, desechando el método por el cual se puntuaba mejor la oferta que más se aproximase a la baja media de todas las ofertas presentadas.
3. Para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias en los concursos no resulta aplicable el sistema previsto para las subastas (art. 90 RLCAP), pero en todo caso queda prohibida la exclusión automática de las mismas, debiendo cumplirse con el requisito de ofrecer a los licitadores la posibilidad de justificar la pertinencia de sus proposiciones.
4. El art. 86.3.1ª LCAP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que se adjudiquen por concurso podrán recoger los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias, prevaleciendo el carácter potestativo de esta inclusión frente a la interpretación literal del art. 86.3.2º LCAP.

De acuerdo con la argumentación realizada por esta Junta, debemos concluir que la fórmula más adecuada para la evaluación del criterio precio consiste en aquella que atribuye una puntuación superior a la oferta económica inferior, tanto desde una perspectiva genérica de aplicación de los principios de buena administración como en razón a las consecuencias concretas puestas de manifiesto en el caso que nos ocupa tanto por la Asesoría Jurídica como por la Intervención Delegada.

No obstante, la flexibilidad con que el TRLCAP regula los criterios de valoración para la adjudicación de los concursos impide elevar la conclusión anterior a norma de inexcusable cumplimiento en todo caso, si bien cualquier otra fórmula que se utilice deberá revestir carácter excepcional frente al criterio expuesto, así como justificar suficientemente en el expediente administrativo las razones que aconsejan el empleo de la misma.

## **CONCLUSIÓN**

La regla general en orden a la valoración del precio como criterio para la adjudicación de los concursos debe ser atribuir la puntuación máxima a la proposición económica que oferte un precio menor. La utilización de otras fórmulas habrá de ser, en todo caso, excepcional y estar suficientemente justificada en el expediente administrativo.