

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5-1ª Planta
46001 VALENCIA
Tel. 961922109
E-mail: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 11/2014

INFORME 11/2014 DE 17 de FEBRERO DE 2015. GARANTÍA COMPLEMENTARIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN. LA VALORACIÓN DEL PRECIO EN FUNCIÓN DE LA BAJA AL TIPO DE LICITACIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 28 de noviembre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Paterna al amparo del art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“D^a ELENA MARTÍNEZ GUILLEM Alcaldesa del Ayuntamiento de Paterna, en uso de las atribuciones que a la Alcaldía le confiere la Ley.

El 24 de octubre se registró de entrada escrito de la Junta Superior de Contratación Administrativa remitido en respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento a instancia del licitador Modepran referida a la adecuación de la totalidad del contenido de los pliegos reguladores del servicio de recogida y custodia de animales de compañía aprobados por la Junta de Gobierno el día 14/02/2014.

La JSCA solicita del Ayuntamiento que especifique con concreción sobre qué extremos precisos, que puedan cuestionar la aplicación de la normativa sobre contratos del sector público, realiza la consulta.

Es que por ello, que se formuló nueva consulta a la JSCA como sigue:

Adecuación a la legislación en materia de contratación pública de la inclusión, entre otros, de los siguientes criterios de adjudicación y su ponderación como sigue:

- **Garantía complementaria.-** En los pliegos administrativos y técnicos se dice: “con carácter complementario al aval obligatorio exigido según la Ley de Contrato, se valorará de manera objetiva la cantidad económica depositada como aval a devolver al año de la finalización del contrato como Garantía de la correcta prestación del contrato en cada una de sus

prestaciones. Obtendrá más puntuación aquella propuesta que ofrezca mayor cantidad económica. El resto de ofertas serán asignadas de manera proporcional". Puntuando como máximo 15 puntos sobre 100.

- Propuesta económica.- Se asignará la puntuación máxima a aquella que ofrezca mayor baja sobre el precio de licitación. Puntuado con máximo 70 sobre 100.

Se adjunta a la presente copia de los pliegos administrativos y técnicos así como copia de la consulta del licitador MODEPRAN.

LA ALCALDESA

M^a ELENA MARTÍNEZ GUILLEM"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Garantía complementaria como criterio de valoración de las ofertas

El apartado H del anexo II al Pliego de cláusulas administrativas particulares indica: "Con carácter complementario al aval exigido según la Ley de Contratos, se valorará de manera objetiva la cantidad económica depositada como AVAL a devolver al año de la finalización del contrato como GARANTÍA de la correcta prestación del contrato en cada una de las prestaciones. Obtendrá mayor puntuación aquella propuesta que ofrezca mayor cantidad económica. El resto de ofertas serán asignadas de manera proporcional."

Los criterios en que se basarán las entidades adjudicadores para la adjudicación de los contratos son

- a) o bien únicamente el precio más bajo;
- b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato.

El concepto de oferta económicamente más ventajosa viene referido, con carácter general, a la mejor relación calidad-precio, partiendo de un concepto amplio de calidad, como podría ser la mejor relación entre rentabilidad o rendimiento y precio, la mejor relación coste de mantenimiento-precio, en definitiva, la mejor relación entre el precio y el valor real de la prestación para el poder adjudicador, apreciada comparativamente entre las distintas proposiciones presentadas a una licitación.

En el contrato objeto de consulta el órgano de contratación decide adjudicar el contrato teniendo en cuenta la oferta más ventajosa económicamente en función de una pluralidad de criterios de adjudicación.

La regulación de los criterios de adjudicación con la finalidad de determinar la oferta económicamente más ventajosa se hace en nuestra legislación en el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSF en adelante) dispone en su artículo 150.1 lo siguiente:

"Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como



la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

Si bien la enumeración que hace el texto legal no es exhaustiva, y hay una libertad de elección por parte de la entidad adjudicadora de fijar esos criterios, no es menos cierto que se deben cumplir unos requisitos esenciales. Requisitos según los cuales los criterios de adjudicación no deben conceder a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección de un licitador. En este sentido debe respetar los principios básicos de la contratación pública, más concretamente el principio de igualdad de trato, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Y el principio de transparencia que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, e implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata. Es por ello que deben mencionarse en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación todos los criterios de adjudicación por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida (STJUE de 16 de septiembre de 2013 en el Asunto T-402/06 Comisión contra Reino de España).

En segundo término, los criterios de adjudicación deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio.

En última instancia, los criterios de adjudicación y su forma o método de aplicación deben estar dirigidos necesariamente a identificar la oferta económicamente más ventajosa, es decir, la oferta que presente la mejor relación calidad-precio¹.

1 Por ejemplo, sobre la definición de oferta económicamente más ventajosa, la Sentencia del TJUE, de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T402-6, Reino de España contra Comisión Europea manifestaba:

“76 A este respecto, procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios -y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras- deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa

Así lo confirman las STJUE de 20 de septiembre de 1988 en el Asunto C-31/87 Gebroeders Beentjes; STJUE de 17 de septiembre de 2002 en el Asunto C-513/99 Concordia Bus Finland; STJUE de 12 de noviembre de 2009 en el Asunto C-199/07 Comisión contra República Helénica y más recientemente STJUE de 9 de octubre de 2014 en el Asunto 641/13 P, Comisión contra el Reino de España.

El contrato objeto de consulta se adjudica en función de una pluralidad de criterios que deben, por tanto, estar encaminados a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, entre ellos -como se ha visto- figura con una ponderación de 15 puntos la prestación de garantía complementaria, prestación que lógicamente no forma parte de las que definen el objeto del contrato.

Además, debemos tener en cuenta que esta garantía tiene su expresa regulación en el art. 95 del TRLCAP como complementaria a la garantía definitiva estableciéndose, además, los límites económicos entre los que se puede exigir su constitución y su aplicación en casos especiales. En efecto, dispone este precepto en su apartado 2 lo siguiente: "En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato."

Por tanto, debe fijarse necesariamente por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas siendo, además, que su importe viene claramente fijado *ope legis* sin que ni el licitador pueda libremente fijar el mismo ni el órgano de contratación pueda, asimismo, libremente, establecer otro distinto o ninguno. Además, el establecimiento de una garantía complementaria en los términos y con las condiciones reguladas solo es admisible en casos especiales, lo cual debería justificarse en el expediente.

El Ayuntamiento consultante ha considerado como criterio de adjudicación una medida adicional de aseguramiento de la ejecución del contrato y del posible resarcimiento de daños y perjuicios en un hipotético y no deseado incumplimiento del contrato que, lejos de contribuir a identificar la oferta más ventajosa económicamente por la relación calidad-precio de las prestaciones ciertas ofertadas y estar vinculada al objeto del contrato, constituye una carga económica al contratista a la hora de la preparación de su oferta y durante toda la ejecución del contrato, lo que entre otras cosas podría influir en la decisión de la empresa de licitar.

Efectivamente, la vinculación de las prestaciones que configuran el objeto del contrato y su ejecución viene determinada a lo largo del pliego de condiciones técnico-económicas destinadas a

económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]."



la realización del servicio de recogida y custodia de animales de compañía. Difícilmente la exigencia de esta garantía puede identificarse con las prestaciones objeto del contrato y con la finalidad pretendida en la licitación y difícilmente va a ser un criterio objetivable en la selección de la oferta que ofrezca mayor relación calidad precio, dado que en modo alguno puede ser tenida en cuenta para seleccionar comparativamente la mejor oferta por las prestaciones ofrecidas, sino únicamente para añadir puntos adicionales por razón del mayor importe de la garantía. Ello, además, contraviniendo claramente el TRLCSP que establece el cuánto, cómo y por qué de la exigencia de una garantía complementaria que, en caso de decidirlo así la entidad adjudicadora, su establecimiento sólo puede hacerse a los efectos previstos en los artículos 100 y 225.3 del TRLCSP.

Por todo cuanto antecede se considera que el establecimiento de la aportación de garantía complementaria como criterio de adjudicación contraviene lo dispuesto en artículo 150 del TRLCSP.

2.- Valoración del precio en función de la baja al tipo de licitación.

La segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento de Paterna en su consulta es la referida a la adecuación a la legislación en materia de contratación de un criterio de adjudicación del contrato que valora las propuestas económicas en función de la baja al precio máximo establecido en la licitación, así como una ponderación de este criterio del setenta por ciento en el conjunto de criterios de valoración.

La valoración del precio ofertado por los licitadores ha de someterse a una regla esencial derivada de la propia finalidad de la licitación que no es otra que promover la concurrencia de ofertas para seleccionar la económicamente más ventajosa. Esa finalidad, unida a los principios de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, obliga a considerar preferible la oferta del precio más bajo entre cualesquiera dos ofertas de prestaciones equivalentes, como corolario también de que la oferta económicamente más ventajosa es aquella que ofrece la mejor relación calidad-precio o, por utilizar conceptos análogos, la mayor rentabilidad o rendimiento por euro invertido.

El sistema utilizado para valorar las proposiciones presentadas a la licitación objeto de la consulta se basa en el método habitual de valorar cada uno de los criterios independientemente de los demás, para luego acumular o sumar las respectivas valoraciones obtenidas por cada uno de ellos y obtener así la valoración global de cada oferta, que determinará a su vez el orden de la prelación o preferencia para la adjudicación del contrato.

Cuando cada criterio se valora independientemente de los demás, dicha valoración debe, en consecuencia, seguir reglas propias, adecuadas y comúnmente aceptadas o conocidas por los candidatos para medir y comparar las ventajas que cada oferta contiene para la Administración. En el caso del precio, cuando éste está siendo valorado independientemente de los demás criterios, ello implica que entre dos ofertas cualesquiera será preferible aquella de precio más bajo y, en consecuencia, no podrá otorgarse más puntos o valorar mejor la más cara. Por decirlo con una mayor precisión, la valoración o los puntos otorgados a cada oferta ha de ser una función decreciente respecto del precio, aunque dicha función pueda ser continua o discreta y no estrictamente decreciente (por tramos o escalones). Es decir, en este último caso, puede aceptarse que dos precios cuya diferencia es pequeña o insignificante obtengan la misma puntuación por encontrarse en el mismo tramo, escalón o nivel, pero lo que no puede suceder en ningún caso es

que una oferta más cara que otra obtenga mayor puntuación o mejor valoración que ésta.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, podemos afirmar que el sistema que valora el precio indirectamente mediante la valoración de las bajas al tipo de licitación cumple la regla esencial que acabamos de exponer y, en consecuencia, se ajusta en principio a lo establecido en la legislación de contratos del Sector Público aunque lo haga por una vía indirecta. El artículo 150.1 del TRLCSP hace referencia al precio como criterio de adjudicación y establece, además, que cuando sólo se utilice este criterio, ha de ser necesariamente el del precio más bajo. Pero la baja no es el precio ofertado, sino la diferencia entre éste y el tipo de licitación, lo cual es un concepto y criterio totalmente distinto que, cuando existen más criterios de adjudicación, debe utilizarse teniendo en cuenta cuidadosamente la ponderación relativa de todos ellos.

Sin perjuicio de su adecuación a la legislación de contratos, la utilización de las bajas al tipo de licitación como criterio de adjudicación con una ponderación muy mayoritaria en el conjunto de criterios, como es el caso que nos ocupa, corre el riesgo de tener el efecto no deseado de invalidar los restantes criterios o de anular prácticamente las ofertas cercanas al tipo de licitación como si de ofertas desproporcionadas se tratase. Veamos un ejemplo hipotético con la ponderación del 70% del criterio del precio en el que hubieran habido cuatro ofertas con las siguientes bajas:

	Baja	Puntos
Oferta A:	1%	7
Oferta B:	5%	35
Oferta C:	7%	49
Oferta D:	10%	70

Como puede observarse en el ejemplo, la valoración de las ofertas en proporción a su baja respecto del precio de licitación conduce al resultado de que dos de las ofertas, la A y la B, quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de adjudicación, y una tercera, la C, tampoco podría aspirar a la adjudicación salvo en el muy improbable supuesto de que obtuviera por los otros criterios 21 puntos más que la de precio más bajo, del total de 30 que pueden obtenerse por dichos criterios. Los precios ofertados apenas se alejan entre sí en unos pocos puntos porcentuales pero, sin embargo, su valoración indirecta a través de las bajas otorga una ventaja tan grande a la oferta de precio más bajo que prácticamente invalida los restantes criterios.

Sin duda, debería haberse previsto y establecido límites y mecanismos correctores ante la posibilidad de que se diera el resultado que cosechan las ofertas A y B que, antes de la valoración de los criterios de calidad distintos del precio, quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de adjudicación, pese a cumplir las condiciones de la licitación y haber efectuado una baja al tipo y aunque sus proposiciones hubieran obtenido la mayor puntuación por dichos criterios de calidad. Igualmente hubiese quedado excluida automáticamente una empresa que hubiere ofertado al tipo de licitación, en cuyo caso habría obtenido cero puntos. Muy distinto hubiera sido el resultado si se hubiera valorado el precio en lugar de la baja, es decir si por ejemplo se hubiera asignado 70 puntos al precio más bajo y a los restantes precios los puntos que de forma inversamente proporcional les correspondiera, en cuyo caso las diferencias de puntos obtenidos por todas las ofertas sería proporcional a las diferencias de sus precios y ninguna oferta hubiera quedado descartada antes de valorar todos los criterios de adjudicación.

Nótese también que, cuando el precio es mayoritariamente el criterio más relevante y su valoración



se efectúa proporcionalmente a la baja respecto al tipo, una de las consecuencias es que el licitador no puede saber cómo actuar al preparar su proposición. Por una parte se le está diciendo que, además del precio, existen otros criterios de adjudicación que resumidamente podemos llamar de calidad y que el órgano de contratación considera también relevantes y a tener en cuenta. Pero, por otra, se le estimula a dejar de lado dichos criterios porque la valoración del precio en función de la baja al tipo obliga al licitador que aspire a no quedar excluido de la posibilidad de adjudicación a concentrarse en ofertar un precio que, si no es el más bajo, al menos, no se aleje apenas del precio más bajo, *el cual, además, es desconocido antes de la licitación*, circunstancia que cuando menos afecta negativamente al principio de transparencia que rige el procedimiento de contratación, si no, es contraria a éste.

Visto todo ello, habremos de concluir que si bien es cierto que el criterio de valorar indirectamente los precios ofertados por los licitadores a través de las bajas efectuadas respecto al presupuesto de licitación sí que se ajusta a la legislación de contratos del Sector Público, por cuanto atribuye una mayor puntuación o preferencia cuanto menor es el precio, también lo es que cuando el precio es el criterio mayoritario de entre los que son tenidos en cuenta para la adjudicación dicho método puede producir el efecto no deseado ni admisible en derecho de que ofertas que cumplen plenamente las condiciones establecidas en el Pliego que rige la licitación queden de hecho automáticamente excluidas del procedimiento por ser, simplemente, su baja inferior a la de la oferta de precio más bajo y, ello, aunque los precios ofertados sean muy similares o no se alejen mucho entre sí. En consecuencia, en el supuesto expuesto deberían establecerse en los pliegos los límites y fórmulas que eviten tales efectos contrarios a los fines perseguidos con la licitación y a los principios que rigen la contratación del Sector Público.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los criterios de adjudicación deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato de conformidad con el art. 150 del TRLCSP. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio.

SEGUNDA.- La exigencia de prestación de garantía complementaria como criterio de adjudicación no puede identificarse con las prestaciones objeto del contrato y con la finalidad pretendida en la licitación y difícilmente va a ser un criterio objetivable en la selección de la oferta que ofrezca mayor relación calidad precio, dado que en modo alguno puede ser tenida en cuenta para seleccionar comparativamente la mejor oferta por las prestaciones ofrecidas, sino únicamente para añadir mayor puntuación por razón del mayor importe de la garantía. Ello, además, contraviniendo claramente el TRLCSP que establece el cuánto, cómo y por qué de la exigencia de una garantía complementaria que, en caso de decidirlo así la entidad adjudicadora, su establecimiento sólo puede hacerse a los efectos previstos en los artículos 100 y 225.3 del TRLCSP. Por lo que se considera que el establecimiento de la aportación de garantía complementaria como criterio de adjudicación contraviene lo dispuesto en artículo 150 del TRLCSP.

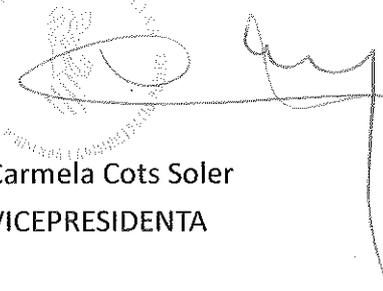
TERCERA.- Si bien es cierto que el criterio de valorar indirectamente los precios ofertados por los licitadores a través de las bajas efectuadas respecto al presupuesto de licitación sí que se ajusta a la legislación de contratos del Sector Público, por cuanto atribuye una mayor puntuación o preferencia cuanto menor es el precio, también lo es que cuando el precio es el criterio mayoritario de entre los que son tenidos en cuenta para la adjudicación dicho método puede producir el efecto no deseado ni admisible en derecho de que ofertas que cumplen plenamente las condiciones establecidas en el Pliego que rige la licitación queden de hecho automáticamente excluidas del procedimiento por ser, simplemente, su baja inferior a la de la oferta de precio más bajo y, ello, aunque los precios ofertados sean muy similares o no se alejen mucho entre sí. En consecuencia, deberían establecerse en los pliegos los límites y fórmulas que eviten tales efectos contrarios a los fines perseguidos con la licitación y a los principios que rigen la contratación del Sector Público.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

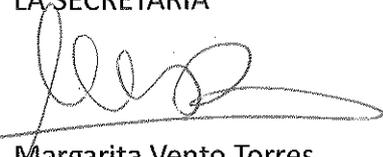
VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)




Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA


Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 17 de
febrero de 2015.