

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA  
C/ Miquelet, 5, 1a planta  
46001 VALÈNCIA  
Tel. 961 922 109  
Adreça electrònica: <secretaria\_JSCA@gva.es>.

Ref. .: SUB/SCC/mvt-asm.  
Assumpte : informe 11/2014.

## **INFORME 11/2014 DE 17 de FEBRER DE 2015. GARANTIA COMPLEMENTÀRIA COM A CRITERI D'ADJUDICACIÓ. LA VALORACIÓ DEL PREU EN FUNCIÓ DE LA BAIXA AL TIPUS DE LICITACIÓ.**

### **ANTECEDENTS**

En data 28 de novembre de 2014, ha tingut entrada en esta Junta Superior de Contractació Administrativa, una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Paterna a l'empara de l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, que literalment diu:

“Elena Martínez Guillem, alcaldessa de l'Ajuntament de Paterna, fent ús de les atribucions que a l'Alcaldia li conferix la llei.

El 24 d'octubre es va registrar l'entrada d'un escrit de la Junta Superior de Contractació Administrativa (JSCA) remés en resposta a la consulta formulada per l'Ajuntament a instàncies del licitador Modepran, referida a l'adequació de la totalitat del contingut dels plecs reguladors del servici d'arreglada i custòdia d'animals de companyia aprovats per la Junta de Govern el dia 14 de febrer de 2014.

La JSCA sol·licita de l'Ajuntament que especifique, amb concreció, sobre quins termes precisos, que puguen qüestionar l'aplicació de la normativa sobre contractes del sector públic, realitza la consulta.

És que per això que es formula nova consulta a la JSCA com segueix:

Adequació a la legislació en matèria de contractació pública de la inclusió, entre altres, dels següents criteris d'adjudicació i la seua ponderació com segueix:

- **Garantia complementària**

En els plecs administratius i tècnics diu: “amb caràcter complementari a l'aval obligatori exigit segons la Llei de Contractes, es valorarà de manera objectiva la quantitat econòmica depositada com a aval a tornar a l'any de la finalització del contracte com a garantia de la correcta prestació del

contracte en cada una de les seues prestacions. Obtindrà més puntuació aquella proposta que oferisca major quantitat econòmica. La resta d'ofertes seran assignades de manera proporcional". Puntuat amb un màxim 15 punts sobre 100.

- Proposta econòmica

S'assignarà la puntuació màxima a aquella que oferisca major baixa sobre el preu de licitació. Puntuat amb un màxim 70 sobre 100.

S'adjunta a esta una còpia dels plecs administratius i tècnics així com una còpia de la consulta del licitador Modepran.

L'alcalde, María Elena Martínez Guillem".

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

### **1. Garantia complementària com a criteri de valoració de les ofertes**

L'apartat H del annex II al Plec de clàusules administratives particulars indica: amb "caràcter complementari a l'aval exigít segons la Llei de Contractes, es valorarà de manera objectiva la quantitat econòmica depositada com a AVAL a tornar a l'any de la finalització del contracte com a garantia de la prestació correcta del contracte en cada una de les prestacions. Obtindrà major puntuació aquella proposta que oferisca major quantitat econòmica. La resta d'ofertes seran assignades de manera proporcional".

Els criteris en què es basaran les entitats adjudicatòries per a l'adjudicació dels contractes són:

- a) O bé únicament el preu més baix.
- b) O bé, en el cas en què l'adjudicació s'efectue a l'oferta més avantatjosa econòmicament, distints criteris que variaran en funció del contracte.

El concepte d'oferta econòmicament més avantatjosa ve referit, amb caràcter general, a la millor relació qualitat-preu, partint d'un concepte ampli de qualitat, com podria ser la millor relació entre la rendibilitat o el rendiment i el preu, la millor relació cost de manteniment-preu; en definitiva, la millor relació entre el preu i el valor real de la prestació per al poder adjudicatòri, apreciada comparativament entre les distintes proposicions presentades a una licitació.

En el contracte objecte de consulta, l'òrgan de contractació decidix adjudicar el contracte tenint en compte l'oferta més avantatjosa econòmicament en funció d'una pluralitat de criteris d'adjudicació.

La regulació dels criteris d'adjudicació, amb la finalitat de determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, es fa en la nostra legislació en l'article 150.1 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara en avant TRLCSP); disposa en l'article 150.1 el següent:

"Per a la valoració de les proposicions i la determinació de l'oferta econòmicament més avantatjosa, haurà d'atendre's a criteris directament vinculats a l'objecte del contracte, com ara la qualitat, el preu, la fórmula utilitzable per a revisar les retribucions lligades a la utilització de l'obra o a la prestació del servei, el termini d'execució o l'entrega de la prestació, el cost d'utilització, les característiques mediambientals o vinculades amb la satisfacció d'exigències socials que responguen a necessitats, definides en les especificacions del contracte, pròpies de les categories

de població especialment desfavorides a les que pertanguen els usuaris o beneficiaris de les prestacions a contractar, la rendibilitat, el valor tècnic, les característiques estètiques o funcionals, la disponibilitat i el cost dels reposats, el manteniment, l'assistència tècnica, el servei postvenda o altres semblants”.

Si bé l'enumeració que fa el text legal no és exhaustiva, i hi ha una llibertat d'elecció per part de l'entitat adjudicadora de fixar eixos criteris, no és menys cert que s'han de complir uns requisits essencials. Requisits, segons els quals, els criteris d'adjudicació no han de concedir a l'entitat adjudicadora una llibertat incondicional d'elecció d'un licitador. En este sentit ha de respectar els principis bàsics de la contractació pública, més concretament, el principi d'igualtat de tracte, que pretén afavorir el desenrotllament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació, imposa que tots els licitadors disposen de les mateixes oportunitats al formular els termes de les seues ofertes i implica, per tant, que estes estiguen sotmeses a les mateixes condicions per a tots els competidors. I el principi de transparència, que té essencialment per objecte garantir que no hi haja risc de favoritisme i arbitrarietat per part de l'entitat adjudicadora i controlar la imparcialitat dels procediments d'adjudicació, i implica que totes les condicions i modalitats del procediment de licitació estiguen formulades de manera clara, precisa i inequívoca en l'anunci de licitació o en el plec de condicions, a fi que, d'una banda, tots els licitadors, raonablement informats i normalment diligents, puguen comprendre el seu abast exacte i interpretar-los de la mateixa manera i, d'altra banda, l'entitat adjudicadora pugua comprovar que, efectivament, les ofertes presentades pels licitadors responen als criteris aplicables al contracte que es tracta. És per això que han de mencionar-se, en el plec de condicions o en l'anunci de licitació, tots els criteris d'adjudicació per orde decreixent de la importància que els siga atribuïda (STJUE de 16 de setembre de 2013, en l'Assumpte T-402/06, Comissió contra Regne d'Espanya).

En segon terme, els criteris d'adjudicació han d'estar necessàriament vinculats a l'objecte del contracte. D'això es desprèn que els criteris d'adjudicació utilitzats per les entitats adjudicadores han de ser criteris objectius relacionats directament i exclusivament amb les característiques de l'oferta i amb les qualitats intrínseques d'un producte o d'un servici.

En última instància, els criteris d'adjudicació i la seua forma o mètode d'aplicació han d'estar dirigits necessàriament a identificar l'oferta econòmicament més avantatjosa, és a dir, l'oferta que presente la millor relació qualitat-preu<sup>1</sup>.

1. Per exemple, sobre la definició d'oferta econòmicament més avantatjosa, la Sentència del TJUE, de 16 de setembre de 2013, en l'Assumpte T402-6, Regne d'Espanya contra Comissió Europea, manifestava:

“76. Respecte d'això, procedix recordar que, si bé l'article 36, apartat 1, lletra *a*, de la Directiva 92/50, sobre els contractes públics de servicis –i de manera anàloga, l'article 30, apartat 1, lletra *b*, de la Directiva 93/37, sobre els contractes públics d'obres– deixa a l'entitat adjudicadora l'elecció dels criteris d'adjudicació del contracte que pretenga aplicar; eixa elecció només pot recaure en criteris dirigits a identificar l'oferta més avantatjosa econòmicament (vegeu, en este sentit, la sentència del Tribunal de Justícia de 17 de setembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartat 59, i la jurisprudència que s'hi assenyalava). Doncs bé, l'oferta més avantatjosa econòmicament pot definir-se com aquella, entre les diferents ofertes realitzades, que presenta la millor relació entre la qualitat i el preu, tenint en compte els criteris justificats per l'objecte del contracte (vegeu, en este sentit i per analogia, la sentència del Tribunal General de 6 de juliol de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartat 48). Per consegüent, quan les entitats adjudicadores decidixen adjudicar el contracte a l'oferta més avantatjosa econòmicament, han d'avaluar les ofertes per a determinar quina és la que presenta la millor relació entre la qualitat i el preu; vegeu, per analogia, la sentència del Tribunal de Justícia de 10 de maig de 2012, Comissió/Països Baixos, C-368/10, apartat 86, en relació amb el considerant 46, paràgraf tercer, de la Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre la coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de servicis (DO L 134, p. 114)”.

Així ho confirmen les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 20 de setembre de 1988, en l'Assumpte C-31/87, Gebroeders Beentjes; STJUE de 17 de setembre de 2002, en l'Assumpte C-513/99, Concordia Bus Finland; STJUE de 12 de novembre de 2009, en l'Assumpte C-199/07, Comissió contra República Hel·lènica; i més recentment, STJUE de 9 d'octubre de 2014, en l'Assumpte 641/13 P, Comissió contra el Regne d'Espanya.

El contracte objecte de consulta s'adjudica en funció d'una pluralitat de criteris que per tant han d'estar encaminats a seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa. No obstant això, entre estos, com s'ha vist, figura, amb una ponderació de 15 punts, la prestació de garantia complementària; prestació que lògicament no forma part d'aquelles que definixen l'objecte del contracte.

A més, hem de tindre en compte que esta garantia té la seua regulació expressa en l'article 95 del TRLCAP com a complementària a la garantia definitiva i s'establix, a més, els límits econòmics entre els quals es pot exigir la seua constitució i la seua aplicació en casos especials. En efecte, disposa este precepte en el seu apartat 2 el següent: "En casos especials, l'òrgan de contractació podrà establir en el plec de clàusules que, a més de la garantia a què es referix l'apartat anterior, es preste una complementària de fins a un 5 per cent de l'import d'adjudicació del contracte, i la garantia total podrà aconseguir un 10 per cent del preu del contracte".

Per tant, ha de fixar-se necessàriament per l'òrgan de contractació en el plec de clàusules administratives sent, a més, que el seu import ve clarament fixat *ope legis* sense que ni el licitador el pugua fixar lliurement, ni l'òrgan de contractació pugua, així mateix lliurement, establir un altre distint o cap. A més, l'establiment d'una garantia complementària en els termes i amb les condicions regulades només és admissible en casos especials, la qual cosa hauria de justificar-se en l'expedient.

L'ajuntament consultant ha considerat com a criteri d'adjudicació una mesura addicional d'assegurament de l'execució del contracte i del possible rescabament de danys i perjuís en un hipotètic i no desitjat incompliment del contracte que, lluny de contribuir a identificar l'oferta més avantatjosa econòmicament per la relació qualitat-preu de les prestacions certes oferides i estar vinculada a l'objecte del contracte, constituïx una càrrega econòmica al contractista a l'hora de la preparació de la seua oferta i durant tota l'execució del contracte; la qual cosa, entre altres, podria influir en la decisió de l'empresa de licitar.

Efectivament, la vinculació de les prestacions que configuren l'objecte del contracte i la seua execució ve determinada al llarg del plec de condicions tecnicoeconòmiques destinades a la realització del servici d'arregleja i custòdia d'animals de companyia. Dificilment l'exigència d'esta garantia pot identificar-se amb les prestacions objecte del contracte i amb la finalitat pretesa en la licitació, i dificilment serà un criteri objectivable en la selecció de l'oferta que oferisca major relació qualitat-preu, atés que de cap manera pot ser tinguda en compte per a seleccionar comparativament la millor oferta per les prestacions oferides, sinó únicament per a afegir punts addicionals per raó del major import de la garantia. Això, a més, contravenint clarament el TRLCSP que estableix el quant, el com i el per què de l'exigència d'una garantia complementària que, en cas de decidir-ho així l'entitat adjudicadora, el seu establiment només pot fer-se als efectes previstos en

els articles 100 i 225.3 del TRLCSP.

Per tot el que s'ha exposat anteriorment, es considera que l'establiment de l'aportació de garantia complementària com a criteri d'adjudicació contravé allò que s'ha disposat en article 150 del TRLCSP.

## **2. Valoració del preu en funció de la baixa al tipus de licitació**

La segona qüestió plantejada per l'Ajuntament de Paterna en la seua consulta és la referida a l'adequació a la legislació en matèria de contractació d'un criteri d'adjudicació del contracte que valora les propostes econòmiques en funció de la baixa al preu màxim establert en la licitació, així com una ponderació d'este criteri del setanta per cent en el conjunt de criteris de valoració.

La valoració del preu ofert pels licitadors ha de sotmetre's a una regla essencial derivada de la pròpia finalitat de la licitació que no és una altra que promoure la concurrència d'ofertes per a seleccionar la més avantatjosa econòmicament. Eixa finalitat, unida als principis d'igualtat de tracte i no discriminació dels candidats, obliga a considerar preferible l'oferta del preu més baix entre qualssevol dos ofertes de prestacions equivalents, com a corol·lari també de que l'oferta econòmicament més avantatjosa és aquella que ofereix la millor relació qualitat-preu o, per utilitzar conceptes anàlegs, la major rendibilitat o rendiment per euro invertit.

El sistema utilitzat per a valorar les proposicions presentades a la licitació objecte de la consulta es basa en el mètode habitual de valorar cada un dels criteris independentment dels altres, per a després acumular o sumar les respectives valoracions obtingudes per cada un d'estos i obtenir així la valoració global de cada oferta, que determinarà, al seu torn, l'orde de la prelación o la preferència per a l'adjudicació del contracte.

Quan cada criteri es valora independentment dels altres, la valoració indicada ha de seguir en conseqüència regles pròpies, adequades i comunament acceptades o conegudes pels candidats per a mesurar i comparar els avantatges que cada oferta conté per a l'Administració. En el cas del preu, quan este està sent valorat independentment dels altres criteris, això implica que, entre dos ofertes qualssevol, serà preferible aquella de preu més baix i, en conseqüència, no podrà atorgar-se més punts o valorar millor la més cara. Per dir-ho amb una precisió major, la valoració o els punts atorgats a cada oferta ha de ser una funció decreixent respecte del preu, encara que la funció assenyalada pugui ser contínua o discreta i no estrictament decreixent (per trams o escalons). És a dir, en este últim cas pot acceptar-se que dos preus, la diferència dels quals és xicoteta o insignificant, obtinguen la mateixa puntuació per trobar-se en el mateix tram, escaló o nivell, però el que no pot succeir, en cap cas, és que una oferta més cara que una altra obtinga major puntuació o millor valoració que esta.

Doncs bé, en el cas que ens ocupa, podem afirmar que el sistema que valora el preu indirectament per mitjà de la valoració de les baixes al tipus de licitació complix la regla essencial que acabem d'exposar i, en conseqüència, s'ajusta en principi al que estableix la legislació de contractes del sector públic encara que ho faça per una via indirecta. L'article 150.1 del TRLCSP fa referència al preu com a criteri d'adjudicació i estableix, a més, que quan només s'utilitze este criteri, ha de ser necessàriament el del preu més baix. Però la baixa no és el preu ofert, sinó la diferència entre este i el tipus de licitació, la qual cosa és un concepte i criteri totalment distint que, quan existixen més

critèris d'adjudicació, ha d'utilitzar-se tenint en compte amb cura la ponderació relativa de tots estos.

Sense perjudi de la seua adequació a la legislació de contractes, la utilització de les baixes al tipus de licitació com a criteri d'adjudicació amb una ponderació molt majoritària en el conjunt de criteris, com és el cas que ens ocupa, corre el risc de tindre l'efecte no desitjat d'invalidar la resta de criteris o d'anul·lar pràcticament les ofertes pròximes al tipus de licitació, com si es tractara d'ofertes desproporcionades. Vegem un exemple hipotètic amb la ponderació del 70 per cent del criteri del preu en què hi hagueren hagut quatre ofertes amb les baixes següents:

	Baixa	Punts
Oferta A:	1%	7
Oferta B:	5%	35
Oferta C:	7%	49
Oferta D:	10%	70

Com pot observar-se en l'exemple, la valoració de les ofertes, en proporció a la seua baixa respecte del preu de licitació, conduïx al resultat que dos de les ofertes, la A i la B, queden automàticament excloses de la possibilitat d'adjudicació, i una tercera, la C, tampoc podria aspirar a l'adjudicació, excepte en el molt improbable supòsit que obtinguera pels altres criteris 21 punts més que la de preu més baix, del total de 30 que es poden obtindre pels criteris esmentats. Els preus oferits a penes s'allunyen entre si en uns pocs punts percentuals però, no obstant això, la seua valoració indirecta, a través de les baixes, atorga un avantatge tan gran a l'oferta de preu més baix que pràcticament invalida la resta de criteris.

Sens dubte, hauria d'haver-se previst i establert uns límits i mecanismes correctors davant de la possibilitat de que es donara el resultat que recullen les ofertes A i B que, abans de la valoració dels criteris de qualitat distints del preu, queden automàticament excloses de la possibilitat d'adjudicació, a pesar de complir les condicions de la licitació i haver efectuat una baixa al tipus i encara que les seues proposicions hagueren obtingut la major puntuació pels esmentats criteris de qualitat. Igualment haguera quedat exclosa automàticament una empresa que haguera ofert al tipus de licitació i, en este cas, hauria obtingut zero punts. Molt distint haguera sigut el resultat si s'haguera valorat el preu en compte de la baixa, és a dir, si per exemple s'haguera assignat 70 punts al preu més baix i als restants preus, els punts que de forma inversament proporcional els corresponguera i, en este cas, les diferències de punts obtinguts per totes les ofertes seria proporcional a les diferències dels seus preus i cap oferta haguera quedat descartada abans de valorar tots els criteris d'adjudicació.

Noteu també que, quan el preu és majoritàriament el criteri més rellevant i la seua valoració s'efectua proporcionalment a la baixa respecte al tipus, una de les conseqüències és que el licitador no pot saber com actuar en preparar la seua proposició. D'una banda se li està dient que, a més del preu, hi ha altres criteris d'adjudicació que resumidament podem cridar de qualitat i que l'òrgan de contractació considera també rellevants i a tindre en compte. Però, d'una altra, se li estimula a deixar de costat els criteris indicats perquè la valoració del preu, en funció de la baixa al tipus, obliga el licitador que aspire a no quedar exclòs de la possibilitat d'adjudicació a concentrar-se a oferir un preu que, si no és el més davall, almenys, no s'allunye a penes del preu més baix, el qual, a més, és desconegut abans de la licitació; circumstància que, si més no, afecta negativament el principi de transparència que regix el procediment de contractació, si no és contrària a este.

Vist tot això, haurem de concloure que, si bé és cert que el criteri de valorar indirectament els preus oferits pels licitadors a través de les baixes efectuades respecte al pressupost de licitació sí que s'ajusta a la legislació de contractes del sector públic, per quant atribueix una puntuació major o preferència, quant menor és el preu, també ho és que quan el preu és el criteri majoritari d'entre els que són tinguts en compte per a l'adjudicació el mètode assenyalat pot produir l'efecte no desitjat ni admissible en dret que ofertes que complixen plenament les condicions establides en el plec que regix la licitació queden de fet automàticament excloses del procediment per ser, simplement, la seua baixa inferior a la de l'oferta de preu més baix i, això, encara que els preus oferits siguin molt semblants o no s'allunyen molt entre si. En conseqüència, en el supòsit exposat haurien d'establir-se en els plecs els límits i les fórmules que eviten tals efectes contraris als fins perseguits amb la licitació i als principis que regixen la contractació del sector públic.

## **CONCLUSIONS**

### **PRIMERA**

Els criteris d'adjudicació han d'estar necessàriament vinculats a l'objecte del contracte de conformitat amb l'article 150 del TRLCSP. D'això es desprèn que els criteris d'adjudicació utilitzats per les entitats adjudicatòries han de ser criteris objectius relacionats directament i exclusivament amb les característiques de l'oferta i amb les qualitats intrínseques d'un producte o d'un servei.

### **SEGONA**

L'exigència de prelació de garantia complementària com a criteri d'adjudicació no pot identificar-se amb les prestacions objecte del contracte i amb la finalitat pretesa en la licitació, i difícilment serà un criteri objectivable en la selecció de l'oferta que oferisca major relació qualitat-preu, atés que de cap manera pot ser tinguda en compte per a seleccionar comparativament la millor oferta per les prestacions oferides, sinó únicament per a afegir major puntuació per raó de l'import més gran de la garantia. Això, a més, contravenint clarament el TRLCSP que estableix el quant, el com i el perquè de l'exigència d'una garantia complementària que, en cas de decidir-ho així l'entitat adjudicatòria, el seu establiment només pot fer-se als efectes previstos en els articles 100 i 225.3 del TRLCSP. Per la qual cosa es considera que l'establiment de l'aportació de garantia complementària com a criteri d'adjudicació contravé allò que s'ha disposat en article 150 del TRLCSP.

### **TERCERA**

Si bé és cert que el criteri de valorar indirectament els preus oferits pels licitadors a través de les baixes efectuades respecte al pressupost de licitació, sí que s'ajusta a la legislació de contractes del sector públic atés que atribueix una major puntuació o preferència com més baix és el preu, també ho és que, quan el preu és el criteri majoritari d'entre els que són tinguts en compte per a l'adjudicació el mètode assenyalat, pot produir l'efecte no desitjat ni admissible en dret que ofertes que complixen plenament les condicions establides en el plec que regix la licitació queden de fet automàticament excloses del procediment per ser simplement la seua baixa inferior a la de l'oferta de preu més baix i, això, encara que els preus oferits siguin molt semblants o no s'allunyen molt entre si. En conseqüència, haurien d'establir-se en els plecs els límits i les fórmules que eviten tals efectes contraris als fins perseguits amb la licitació i als principis que regixen la contractació del sector públic.

**Este informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern**

valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

La secretària

Vist i plau,  
El president de la Junta  
(per substitució, art. 1.ª, Orde  
d'11 de juny de 2001, DOGV 17.07.2001)

Margarita Vento Torres

Aprovat per la Junta Superior de Contractació Administrativa  
en data 17 de febrer de 2015.

La vicepresidenta,

Carmela Cots Soler