



**Informe 3/2005, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.**

**Assumpte: Consideració del preu i valoració de l'experiència en el procés d'adjudicació dels concursos**

**ANTECEDENTS**

Mitjançant un escrit de data 11 d'abril de 2005, la directora general de Programació Econòmica del Departament d'Economia i Finances sol·licita a la Junta un informe sobre l'adequació de les fórmules de preus mitjans a la normativa comunitària en matèria de contractació. Transcrit literalment, aquest escrit diu el següent:

En el marc dels controls als projectes del Fons de Cohesió, la Comissió europea ens ha manifestat que considera contrària a la normativa comunitària en matèria de contractació l'aplicació de fórmules "de preus mitjans", a l'hora de puntuar la variable preu de les ofertes presentades pels licitadors.

Segons la Comissió, únicament són vàlides aquelles fórmules que, a l'hora de puntuar la variable preu, garanteixen en tot moment que quan més baix és el preu d'una oferta major és la puntuació que aquesta obté.

Per contra, considera contrària a la normativa aquelles fórmules, denominades genèricament "de preus mitjans", en les que a partir d'un determinat nivell de preus (per exemple, a partir de la mitjana de les ofertes), les ofertes que presenten un preu més baix reben una puntuació inferior o igual que altres amb un preu més elevat.

Agrairé que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa manifesti la seva posició sobre si la utilització de fórmules de preus mitjans és contrària o no a la normativa comunitària en matèria de contractació, atès que en aquest moments diversos organismes de la Generalitat estan utilitzant aquestes fórmules i, per tant, podrien estar incomplint la normativa al respecte.

Amb la mateixa data, l'Interventor General de la Generalitat sol·licita també un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre aspectes similars als plantejats anteriorment. La transcripció literal d'aquest segon escrit és la següent:

Els departaments i empreses públiques de la Generalitat, en els concursos que celebren estableixen com un dels criteris d'adjudicació, el criteri del preu. Aquest criteri no es valora d'una forma homogènia, i en els plecs es fixen diferents fórmules de valoració que no sempre atorguen la màxima puntuació a l'oferta més econòmica.

En les directives comunitàries s'estableix com a principi atorgar la màxima puntuació a aquella oferta més avantatjosa econòmicament, i darrerament la UE en aquells contractes finançats pel FEDER o amb Fons de Cohesió aplica el criteri de finançar com a màxim el preu de l'oferta més econòmica, per la qual cosa, obliga a recalcular les ofertes.

En aquest sentit, en data 6 d'abril de 2005, la Direcció General de Política Regional de la Comissió Europea ha emès un informe sobre l'auditoria dels sistemes de Fons de Cohesió



realitzada a Catalunya, en el qual citant diverses Sentències del Tribunal de Justícia, entre elles, rebutja la utilització de valoració del criteri de l'experiència i la d'atorgar la màxima puntuació als preus mitjans com a criteri d'adjudicació, i conclou pel que fa als contractes que sobrepassin els llindars comunitaris que s'utilitzi una fórmula lineal d'avaluació dels preus que doni la màxima puntuació a l'oferta més baixa i que s'elimini el criteri d'experiència de l'avaluació tècnica.

En aquest mateix sentit la Direcció General de Fons Comunitaris del Ministeri d'Economia i Hisenda, en escrit de data 3 de febrer de 2005, i en relació als controls sobre projectes finançats per Fons Europeus ha efectuat diverses recomanacions relatives a la contractació administrativa amb l'objecte d'evitar possibles correccions financeres. Concretament, entre d'altres es recorda la recomanació de que no es pot considerar l'experiència com a criteri d'adjudicació, i es recomana evitar pràctiques, com la de preus mitjans, que siguin clarament discriminatòries contra les ofertes més econòmiques i la d'excloure proposicions amb presumptes baixes temeràries, sense ser escoltats.

Per tot això, es consulta a la Junta Consultiva de Contractació,

- 1) S'ha d'establir en els plecs que el criteri del preu sempre atorgui la màxima puntuació a l'oferta més econòmica?
- 2) Es pot establir-se una fórmula que tot i atorgant la màxima puntuació a l'oferta més econòmica, atorgui la mateixa puntuació a altres ofertes.
- 3) S'ha d'establir només aquest criteri en els contractes finançats amb fons europeus.
- 4) És convenient que el criteri preu obtingui una ponderació com a mínim de 50 sobre 100.

L'article 4.1 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, estableix que aquesta Junta informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li siguin sotmeses pels diferents departaments de la Generalitat mitjançant petició formulada pels secretaris generals dels departaments respectius; circumstància aquesta darrera que s'ha complert amb la conformitat expressada pel secretari general del Departament d'Economia i Finances i president de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, respecte de les peticions d'informe plantejades inicialment per dues unitats directives de dit Departament. Per la seva banda, l'article 11.3 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

### **I. Posició de les institucions europees**

1. Les dues consultes plantejades tenen un origen comú: les observacions i els advertiments formulats pels serveis de la Comissió Europea amb motiu de l'auditoria dels sistemes del Fons de Cohesió, realitzada entre el 6 i el 10 d'octubre de 2003 a la comunitat autònoma de Catalunya, sobre l'execució del Reglament núm. 1386/2002 de la Comissió. De l'anàlisi de la documentació aportada juntament amb les consultes i principalment dels escrits de la Comissió Europea de 17 de juliol de 2004 i 6 d'abril de 2005, dirigits al representant permanent d'Espanya davant la Unió Europea, en resulta la



posició de la Direcció General de Política Regional de la Comissió Europea en relació amb els dos objectes principals de la consulta.

En particular, en el darrer dels documents citats (el de 6 d'abril de 2005), la Comissió, després de manifestar que no comparteix les al·legacions efectuades per la representació espanyola en relació amb l'aplicació del criteri de l'experiència i amb l'aplicació del procediment del preu mitjà en la contractació pública, argumenta la seva posició, en síntesi, segons les raons següents:

- a) Perquè les directives comunitàries obliguen que l'adjudicació es dugui a terme únicament en funció d'un d'aquests dos mètodes: o bé el del preu més baix, o bé el de l'oferta econòmicament més avantatjosa. En tots els casos, els criteris d'adjudicació elegits només s'han de referir a l'avaluació dels elements econòmics i tècnics de les ofertes i, per tant, els criteris d'adjudicació previstos pel poder adjudicador han de referir-se directament i exclusivament a la prestació objecte del contracte i mai a la qualificació i la capacitat dels licitadors sobre la base de les experiències adquirides anteriorment. En conseqüència, el criteri de l'experiència no es pot utilitzar com a criteri d'adjudicació conforme a la legislació comunitària.
- b) Perquè l'aplicació del procediment del preu mitjà –que té com a efecte penalitzar, en igualtat de condicions, les ofertes més baixes enfront a les que s'apropen a la mitjana calculada- vulnera els principis fonamentals del dret comunitari. En aquest àmbit, desestima la interpretació de la legislació i de la jurisprudència comunitària efectuada en les al·legacions perquè: 1) Les sentències citades no es pronuncien sobre l'admissibilitat del procediment del preu mitjà, que és un procediment que penalitza les ofertes menys cares; 2) El sistema del preu mitjà no permet determinar l'oferta més avantatjosa econòmicament, d'acord amb la normativa comunitària de contractes (article 30 de la Directiva 93/37/CEE); 3) El sistema del preu mitjà implica el rebuig automàtic de les ofertes anormalment baixes en els procediments oberts quan el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea ha sostingut que les directives de contractes públics imposen que s'estableixi un procediment contradictori amb els licitadors per a justificar la viabilitat de les ofertes que resultin anormalment baixes.

No és la primera vegada que la Comissió es pronuncia sobre aquestes qüestions en relació amb el Regne d' Espanya. Cal recordar, en aquest sentit, el Dictamen motivat de 23 de desembre de 1997, dirigit al Regne d'Espanya en virtut de l'article 169 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, en relació amb el procediment d'adjudicació d'un contracte públic de consultoria i assistència per a la redacció de l'estudi informatiu de la "Carretera Agaete- San Nicolás de Tolentino- Mogán. Isla de Gran Canaria." Ja en aquest dictamen la Comissió, considerant que el contracte estava plenament sotmès a les disposicions de la Directiva 92/50/CEE, va entendre que l'establiment d'un sistema d'aplicació del criteri preu que primava l'oferta que més s'aproximava a la mitjana aritmètica i la previsió de determinats criteris referits a l'experiència dels equips tècnics i l'experiència de l'empresa en contractes similars preveient, a més, un tracte de favor pels licitadors que poguessin presentar una relació de serveis d'aquest tipus prestats a les Illes Canàries, resultava contrari al dret europeu de contractes.



Així mateix, la Comissió ja es va pronunciar llavors també sobre la presumpta intenció del poder adjudicador de fer un judici de valor sobre les ofertes més baixes sense tenir en compte les previsions de les directives europees al respecte, que sempre han establert un sistema específic de caràcter contradictori que permeti justificar, en el seu cas, la viabilitat d'aquestes ofertes. De fet, i com puntualitzava la Comissió, fins i tot si en el procediment no s'exclouen directament les ofertes més baixes, el simple fet de penalitzar-les, sense oferir a les persones que liciten afectades la possibilitat de defensar la viabilitat del seu preu, produeix a la pràctica el mateix resultat.

Convé recordar aquí que en les al·legacions presentades per Espanya en aquell procediment es va argumentar que en les normes de dret intern relatives al procediment equivalent al que preveuen les directives comunitàries de contractes com a "procediment d'adjudicació a l'oferta econòmicament més avantatjosa", és a dir, l'anomenat concurs en dret espanyol de contractes, no es contemplava cap previsió que obligués a afavorir l'oferta més econòmica. És més, es va al·legar que el sistema del preu mitjà era un sistema expressament previst en el "Catàleg de mesures per incrementar la transparència en la contractació d'obres públiques", aprovat per l'antic Ministeri d'Obres Públiques l'octubre de 1995 i que el sistema del preu mitjà responia també al mandat contingut en l'article 14 de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques<sup>1</sup>.

La posició de la Comissió no ha variat substancialment des de llavors. Com s'ha avançat, en l' escrit de 6 d'abril de 2005 la Comissió reitera els seus arguments i posicionaments i, en relació amb els expedients afectats (corresponents a contractacions de l'Agència Catalana de l'Aigua i de l'Agència de Residus de Catalunya), conclou sol·licitant a les autoritats catalanes que procedeixin a una nova avaluació dels licitadors, contracte per contracte, segons els requeriments següents:

- a) En relació amb els contractes que sobrepassen els llindars de les directives sobre contractes públics, la utilització dels preus mitjans se substituirà per una fórmula lineal d'avaluació dels preus que doni el màxim de punts a l'oferta més baixa i, a més, s'haurà d'eliminar el criteri de l'experiència de l'avaluació tècnica, i s'haurà de realitzar una nova ponderació dels aspectes tècnics i econòmics. El càlcul tindrà per objecte mesurar la divergència entre l'oferta seleccionada i l'oferta recalculada.
- b) En canvi, en relació amb els contractes que se situen per sota dels llindars de les directives sobre contractes públics, els càlculs prendran únicament en consideració una fórmula lineal d'avaluació dels preus, i a l'avaluació tècnica es mantindrà el criteri de l'experiència.

Més endavant comentarem amb més detall aquesta darrera previsió.

---

<sup>1</sup> En relació amb aquest procediment, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat va emetre l'Informe 27/1998, d'11 de novembre, al qual es fa referència després.



2. D'altra banda, tant en la fixació de la posició de la Comissió com en la justificació de les al·legacions formulades per les autoritats catalanes en el seu moment, s'han anat apel·lant a la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

S'ha d'indicar, d'entrada, que les sentències invocades són força explícites sobre el sentit d'atorgar la valoració de l'experiència en el procés de contractació (sempre com a criteri de solvència, però no d'adjudicació) però, en canvi, no es pronuncien expressament sobre el mètode del preu mitjà ponderat com a criteri o mètode aplicable en la fase de l'adjudicació d'un contracte públic.

Entre les sentències del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea que tracten en algun moment aquestes qüestions, cal destacar, en primer lloc, la Sentència de 20 de setembre de 1988, dictada en l'assumpte C-31/87 (Gebroeders Beentjes BV contra l'Estat dels Països Baixos), que constitueix el pronunciament capital en relació amb la consideració de l'experiència com a criteri de solvència, però que aborda també l'anàlisi dels criteris d'adjudicació. En aquest sentit, el Tribunal recorda que l'elecció dels criteris d'adjudicació per part dels poders adjudicadors només pot recaure sobre criteris dirigits a identificar l'oferta més avantatjosa econòmicament (fonaments 18 i 19). A més, també reflexiona el Tribunal en aquesta mateixa Sentència respecte de l'adopció pels Estats membres de normes materials o de procediment en el marc de la Directiva i precisa que s'han de respectar totes les disposicions aplicables del dret comunitari i especialment les prohibicions que es deriven dels principis consagrats pel Tractat en matèria d'establiment i de lliure prestació de serveis (fonament 20).

Resulten també d'interès a l'efecte de les qüestions plantejades, les reflexions del Tribunal de Justícia en la Sentència de 16 d'octubre de 1997, dictada en l'assumpte 304/96 (Hera SpA), pel que fa a la qüestió del tractament de les ofertes anormalment baixes, ja que es rebutja de manera taxativa la possibilitat d'excloure-les sense observar el procediment de verificació previst a aquest efecte. En el mateix sentit, el Tribunal ha reiterat uns anys més tard, en la seva Sentència de 27 de novembre de 2001, dictada en els assumptes acumulats C-285/99 i C-286/99 (Impresa Lombardini SpA, Impresa Generale di Costruzioni contra ANAS, Ente nazionale per le strade i Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA, i Impresa Ing. Mantovani SpA contra ANAS, Ente nazionale per le strade i Ditta Paolo Bregoli, respectivament), la impossibilitat d'excloure les ofertes anormalment baixes sense observar l'esmentat procediment de verificació que permeti justificar, en el seu cas, la viabilitat de dites ofertes.

Addicionalment, i en la Sentència del mateix Tribunal de 18 d'octubre de 2001, dictada en l'assumpte C-19/2000 (SIAC Construction Ltd) es contenen consideracions que resulten il·lustratives per als temes plantejats, en particular, quan el Tribunal recorda el deure de respecte al principi d'igualtat de tracte dels licitadors i, en concret, que els licitadors han de trobar-se en peu d'igualtat tant en el moment de preparar les seves ofertes com en el de ser valorades (considerants 33 i 34). Així mateix, pel que fa a la qüestió dels criteris d'adjudicació reitera que, no obstant la llibertat d'elecció d'aquests criteris per les entitats adjudicatòries, aquesta elecció només pot recaure sobre criteris dirigits a identificar l'oferta més avantatjosa econòmicament (considerant 36).



Aquestes consideracions es reiteren en la més recent Sentència del Tribunal de Justícia de 7 d'octubre de 2004, dictada en l'assumpte C-247/02 (Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici), on el Tribunal assenyala la necessitat que l'entitat adjudicadora compari les diferents ofertes i accepti la més avantatjosa, per tal de complir l'objectiu d'assolir el desenvolupament d'una competència efectiva.

## **II. Posició dels òrgans consultius interns**

Les qüestions que s'analitzen en aquesta consulta també han estat objecte d'atenció al llarg d'aquests anys per part de diversos òrgans consultius del conjunt de l'Estat. Com veurem a continuació, les perspectives d'anàlisi i les conclusions d'aquests òrgans han estat diverses i, en alguns casos, discordants.

1. Pel que fa a l'aplicació del criteri del preu en els concursos, i efectuant una anàlisi cronològica dels pronunciaments de diferents òrgans consultius, cal fer esment d'un primer pronunciament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, amb ocasió de l'Informe 28/1995, de 14 d'octubre, sobre la interpretació i aplicació que s'havia de donar al que es preveia llavors en l'article 87 (actualment, l'article 88) de la LCAP. En aquell Informe, la Junta va remarcar la importància del factor preu en l'adjudicació dels contractes mitjançant concurs, admetent però la possibilitat, excepcional i degudament justificada, de no incloure l'element preu en els criteris d'adjudicació dels concursos i fins i tot, amb els mateixos requisits d'excepcionalitat i justificació, la possibilitat d'aplicar un únic criteri d'adjudicació en els concursos.

En segon lloc, en l'Informe 18/1996, de 5 de juny, emès en relació amb la consideració de les ofertes anormalment baixes en el concurs i la possibilitat d'aplicació a aquestes del criteri determinat en l'article 109 del llavors vigent Reglament general de contractació de l'Estat, la Junta estatal va concloure afirmant que, d'acord amb el dret comunitari de contractes, no era possible apreciar les baixes temeràries o desproporcionades automàticament, sense verificar o comprovar el seu possible compliment.

En tercer lloc, cal destacar l'Informe 8/1997, de 20 de març, anterior al Dictamen de la Comissió Europea del mateix any que, entre d'altres extrems, afirmava que, amb caràcter general no poden utilitzar-se fórmules que no atribueixin una puntuació superior a les ofertes de preu inferior i una puntuació inferior a les ofertes de preu superior si bé, com a excepció a aquest regla, s'admetia l'ús de fórmules que no produïssin aquest resultat, quan figuressin expressament en el plec.

L'any 1998 la Junta estatal, consultada en relació amb l'aplicació dels pronunciaments de la Comissió Europea en el seu dictamen de 23 de desembre de 1997, a què abans s'ha fet referència, va emetre l'Informe 27/1998, d'11 de novembre, en el qual va indicar el caràcter voluntari del compliment de les indicacions en ell contingudes per als òrgans de contractació no implicats en l'expedient d'infracció del dret comunitari. Així mateix, la Junta estatal va afirmar la possibilitat d'admetre en el concurs diverses fórmules de valoració del preu, sempre que no contradiguessin el requisit de les directives



comunitàries i de la Llei de contractes de no rebutjar automàticament les propostes anormalment baixes sense verificar-les i comprovar-ne la viabilitat.

Finalment, en l'Informe 48/2001, de 30 de gener de 2002, la Junta ha afirmat el caràcter potestatiu de la inclusió de criteris per a l'apreciació de les baixes desproporcionades o temeràries en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes que s'adjudiquen per concurs.

D'entre les juntes consultives autonòmiques, la primera a pronunciar-se va ser la de la Comunitat Autònoma de Madrid, mitjançant l'Informe 4/1997, de 6 de maig. La mateixa Junta autonòmica s'hi ha tornat a referir posteriorment en l'Informe 1/2000, de 8 de febrer. Les conclusions d'aquests informes són que, segons el que disposa l'article 87 LCAP (actual article 86 TRLCAP) i també segons els principis d'economia i d'eficiència en la despesa pública, la valoració del preu en funció de la baixa mitjana resultant de totes les ofertes presentades no resulta adequada als interessos públics i que la valoració del criteri preu en els concursos s'ha de realitzar mitjançant l'aplicació de fórmules matemàtiques expressades en els plecs, que donin com a resultat una puntuació superior a les ofertes de preu inferior i una puntuació inferior a les ofertes de preu superior.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern Balear es va pronunciar respecte d'aquestes qüestions en l'Informe 5/1998, de 26 de juny, i va considerar que la valoració de les ofertes més pròximes a la mitjana aritmètica no semblava un sistema lògic ni coherent doncs es prima la més mitjana i no la millor. Així mateix, va exposar en aquell mateix Informe que, si el que es vol és evitar puntuar les ofertes anormalment baixes o desproporcionades, no cal acudir a aquests tipus de mecanismes i limitar-se a aplicar la LCAP.

En termes essencialment idèntics a la Junta de Madrid es va pronunciar també la Junta Assessora de Contractació Administrativa del Govern Basc en l'Informe 2/2000, de 5 d'abril. En aquest Informe, la Junta Assessora va indicar que, un cop admès per la Llei que es pugui determinar, en el seu cas, el caràcter desproporcionat o temerari d'una oferta econòmica quan la forma d'adjudicació sigui el concurs, la utilització de fórmules que atorguin una major puntuació a les proposicions que s'acostin a la mitjana, deixa de tenir sentit. Així mateix, cal destacar també d'aquest Informe el vot particular del vocal representant de la Oficina de Control Econòmic que fa constar expressament que, tot i compartir el pronunciament de Junta, creu que cal manifestar expressament que tampoc s'ha d'admetre la utilització d'aquesta pràctica en els expedients anteriors a la reforma de la LCAP de l'any 1999, i això perquè és una pràctica incompatible amb l'essència del concurs i la configuració d'aquesta figura en les directives comunitàries i en la Llei.

Cal destacar que l'autor del vot particular qüestiona que el preu més raonable sigui aquell més proper a una mitjana donat que, per definició, el preu de mercat és aquell en que conflueixen l'oferta i la demanda. De fet, entèn que l'Administració, amb la fórmula de la mitjana, està renunciant a promoure la competència entre els licitadors en tant que desapareix en aquests la motivació per baixar els preus i, fins i tot poden veure's motivats a pujar-los. El vot particular defensa que, en cap cas, la valoració del preu que tingui com a resultat l'atribució als preus més alts de més puntuació que l'atorgada als preus més



baixos, pot ser considerada com un mitjà adient per a la identificació de l'oferta més avantatjosa.

La Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, va tractar el tema mitjançant el seu Dictamen 1/2001, de 21 de maig. És un informe ampli i ben documentat, on s'estableix, com a directriu, que les fórmules de valoració del preu en els concursos han de complir, en tot cas, la condició que les ofertes més econòmiques no poden rebre una puntuació inferior a l'atorgada a ofertes menys econòmiques, si bé s'admet tot seguit que es puguin establir tècniques de valoració basades, per exemple, en trams, en índexs correctors o qualssevol altres que siguin considerades convenientes per l'òrgan de contractació, sempre que donin com a resultat la condició primera.

Finalment, aquesta mateixa Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya ha abordat també alguns aspectes de la problemàtica ara estudiada en informes precedents. En primer lloc, en l'Informe 2/2000, de 22 de febrer, en el qual, amb motiu de l'estudi de la modificació introduïda per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, de reforma de la LCAP, en relació amb l'apreciació de les ofertes anormalment baixes en els concursos, va assentar la necessitat d'efectuar una anàlisi de globalitat dels elements de cadascuna de les proposicions. Més tard, mitjançant l'Informe 7/2002, de 12 de juliol, de la Comissió Permanent, sobre els criteris d'actuació per a la selecció de l'empresa contractista en el procediment d'adjudicació obert, la Junta va manifestar que, d'acord amb el marc jurídic de la contractació pública –comunitari i intern-cal que en els concursos es valorin les ofertes amb la finalitat principal d'adjudicar el contracte a l'oferta més avantatjosa econòmicament. D'altra banda, en aquest mateix Informe, s'ha remarcat la necessitat que les empreses coneguin, mitjançant els plecs de clàusules, els aspectes que, dintre de cada criteri d'adjudicació, seran valorats, per evitar el desconeixement per part de les empreses d'aquests factors quan formulen les seves ofertes.

Finalment, fora ja de l'àmbit consultiu, cal tenir en compte també l'oposició manifestada per algun òrgan fiscalitzador respecte dels sistemes de valoració del preu de les ofertes en concursos que prenen com a referència la proximitat de les ofertes a la mitjana resultant de totes elles. En concret, el Tribunal de Comptes de l'Estat, amb ocasió l'Informe sobre el Compte de les Comunitats Autònomes de l'any 1996 es va pronunciar en aquest sentit d'oposició als sistemes del preu mitjà.

2. En contrast amb el tema de la valoració de les ofertes en funció del preu mitjà en concursos, la posició sobre la qüestió de la valoració de l'experiència de les empreses com a criteri d'adjudicació dels diferents òrgans consultius i la dels tribunals ha estat sempre unànime en el sentit d'estimar-se improcedent.

En general, totes les posicions al respecte estan basades en l'afirmació que l'experiència empresarial és, exclusivament, un criteri de solvència de les empreses. Així ho ha manifestat reiteradament aquesta Junta Consultiva. En primer lloc, en la Recomanació 1/1997, de 23 de maig de 1997, per la qual, en aplicació de la normativa i de la jurisprudència comunitària de contractes, i sobre la base de la diferència entre la verificació de l'aptitud dels contractistes per executar un contracte i l'adjudicació del



contracte, s'afirma que l'experiència ha de ser un element d'avaluació de la capacitat de les empreses, però no una circumstància ni un criteri que determini l'adjudicació d'un contracte. En segon lloc, en l'Informe 7/2002, de 12 de juliol, en el qual es va reiterar aquest pronunciament i, a més, es varen efectuar una sèrie de consideracions sobre el caràcter selectiu de l'aplicació dels criteris de solvència i, en particular, del criteri de l'experiència de l'empresa amb la finalitat principal de valorar si els licitadors poden executar un determinat contracte.

### **III. Valoració i repercussió de la utilització del criteri del preu mitjà en l'adjudicació dels contractes**

En el dret de contractes públics espanyol el concurs equival al procediment a què s'al·ludeix en les directives comunitàries: aquell en què l'adjudicació ha de recaure en l'oferta econòmicament més avantatjosa i, per tant, li són d'aplicació totes les consideracions i jurisprudència en relació amb aquest darrer procediment. És més, davant l'argument de la inexistència d'una norma jurídica que reguli l'aplicació del criteri preu en els concursos, cal tenir en compte la noció d'oferta econòmicament més avantatjosa. Amb caràcter general, respecte de la qüestió de què és i com cal aplicar al dret espanyol aquest concepte d'oferta més avantatjosa econòmicament ja es va pronunciar aquesta Junta Consultiva en el seu Informe 7/2002, de 12 de juliol. Així mateix, en aquest Informe es va manifestar que els criteris d'adjudicació han de ser aplicats d'acord amb un sistema conegut pels licitadors que sigui objectiu i que garanteixi la no discriminació (consideració jurídica 4.3)

Per tal de poder donar resposta a les preguntes formulades en els punts 1 i 2 de la consulta de l'interventor general, cal examinar, en primer terme, les característiques essencials de les fórmules que s'han utilitzat o s'utilitzen en els plecs de clàusules que han emprat o empen el criteri del preu mitjà. En aquest sentit, la Junta ha tingut coneixement de l'existència de dos sistemes de valoració del criteri preu dintre dels procediments d'adjudicació amb forma de concurs, que tenen resultats qualitativament diferents l'un de l'altre. Es tracta de dos sistemes que, tot i tenir una mateixa base –la determinació inicial del “preu mitjà” a partir de les ofertes presentades- tenen un resultat diferent en l'atorgament de puntuacions per l'element preu.

Ens referim, en primer lloc, al que podríem anomenar “sistema de preu mitjà simple”, és a dir, aquell sistema en el qual rep la màxima puntuació la proposició econòmica que més s'acosta al preu mitjà de les ofertes presentades. La resta d'ofertes reben la puntuació que proporcionalment correspon prenent com a referència l'esmentat preu mitjà. El resultat pràctic d'aquests sistema és que la valoració de l'element preu no suposa l'atorgament de més puntuació a l'oferta econòmicament més avantatjosa, sinó a la que més s'apropa a una quantitat (la mitjana aritmètica de les ofertes presentades o de les seves baixes respecte del pressupost de licitació) que, per descomptat, es desconeix a priori pels licitadors.

Aquest primer sistema del preu mitjà és el que va ser objecte d'atenció en el ja ressenyat Dictamen motivat de la Comissió Europea de 23 de desembre de 1997, dirigit al Regne



d'Espanya i, com hem vist que va indicar ja la Comissió, es tracta d'una fórmula que contravé obertament el dret comunitari de contractes.

En segon lloc, cal fer referència al sistema segons el qual, prenent també com a referència el preu mitjà de les ofertes presentades o de les baixes respecte del pressupost de licitació, s'aplica un esglaonat de puntuació que no és lineal i que suposa que l'oferta més baixa obtingui, conjuntament amb totes les ofertes que estiguin compreses dintre del primer tram de puntuació, la màxima puntuació. En segon lloc, s'aplica un segon tram de puntuacions –ara sí variables- per a les ofertes que se situen en un interval de quanties, que és considerat pels adjudicadors com la franja de preus òptims. Finalment, se sol identificar un tercer esglaonat, que s'aplica a les ofertes que se situen per sobre del darrer interval de l'esmentada franja de preus òptims, i que reben les puntuacions més baixes, ja siguin de forma variable o bé uniformement.

El principal aspecte a destacar d'aquest sistema és que l'oferta més baixa rep la puntuació màxima però, és igualment cert que la mateixa puntuació, la màxima, la reben també les ofertes que, essent superiors a la més econòmica, no arriben a un determinat llindar de preu. En altres paraules, a la pràctica suposa que hi hagi un llindar econòmic a partir del qual la rebaixa de l'import ofertat no suposa obtenir més puntuació. Així mateix, cal destacar també que, en funció de la major o menor amplitud de la franja de preus òptims que es determina a partir del preu mitjà, les diferències de puntuació obtingudes per l'element preu poden ser insignificants.

Cal tenir en compte que la flexibilitat en l'ús de criteris d'adjudicació en els concursos que es desprèn de l'Article 86.1 del TRLCAP i que, amb caràcter excepcional, pot arribar a suposar que no s'inclouï el criteri d'adjudicació del preu<sup>2</sup>, no pot justificar l'adopció de fórmules que suposin, directament o indirectament, que la oferta més baixa o les ofertes més baixes siguin descartades sense la tramitació del procediment establert per a les baixes temeràries o desproporcionades.

D'acord amb aquests elements, s'aprecia en aquest segon sistema de valoració segons el preu mitjà, tracte discriminatori respecte de l'oferta més baixa mentre que d'altres ofertes, econòmicament més altes, obtenen la mateixa puntuació per l'element preu i, a més, mentre que l'aplicació d'aquest sistema també pot suposar una manera indirecta d'eliminar, sense cap altre tràmit, potencials ofertes amb baixes desproporcionades. En aquest darrer cas, l'efecte discriminatori es produeix en la mesura en què la valoració de l'element preu pot resultar neutre o insignificant en la puntuació global del concurs i, en conseqüència, pot suposar, en el resultat de la licitació, la desestimació automàtica de l'oferta més econòmica.

S'ha d'assenyalar que sí que existeix, tant en la normativa comunitària de contractes com en la normativa espanyola de contractes, una prohibició molt clara respecte de l'apreciació automàtica de baixes desproporcionades o temeràries en les ofertes. És més, justament per això, la reforma de la LCAP efectuada per la Llei 53/1999, de 28 de

---

<sup>2</sup> En aquest sentit, l'Informe 28/1995, de 24 d'octubre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat.



desembre, va introduir un nou apartat, el 3, a l'anterior article 87 (ara 86) que preveu la possibilitat de l'apreciació de les baixes desproporcionades o temeràries en els procediments d'adjudicació amb forma de concurs<sup>3</sup>, amb la preceptiva indicació en els plecs dels criteris objectius que determinaran aquesta apreciació i, si el preu que s'ofereix és un criteri d'adjudicació, amb expressió dels límits de l'apreciació de la baixa<sup>4</sup>. D'altra banda, aquestes apreciacions de temeritat o baixes desproporcionades hauran de tramitar-se d'acord amb el règim general establert en l'article 83 de la LCAP.

En conclusió, la valoració del criteri del preu ha de dur-se a terme sense discriminacions, en el benentès que, per evitar l'adjudicació dels contractes a les ofertes que resulten temeràries o desproporcionades, l'ordenament jurídic preveu un mecanisme específic on es garanteixen els drets dels licitadors, tot vetllant per l'interès general. És més, l'obligació que té l'Administració pública de vetllar per l'adequació del preu dels contractes al preu del mercat no s'ha de materialitzar mitjançant fórmules directament o indirectament discriminatòries en la valoració del criteri del preu, sinó, entre d'altres, mitjançant l'adopció de les mesures adients en el càlcul i en la determinació dels pressupostos de licitació.

Com a argument addicional, cal recordar que l'òrgan de contractació determina els criteris d'adjudicació i també la seva ponderació, de manera que té la potestat d'establir per a cada contracte quins aspectes han de resultar més determinants en l'adjudicació. Si l'òrgan de contractació estima que l'element preu ha de tenir una incidència menor pot utilitzar justament la seva potestat de ponderació dels diferents criteris d'adjudicació, sense que resulti legítim, en canvi, neutralitzar la valoració del criteri del preu amb la introducció de fórmules, com la dels preus mitjans que, amb el pretext d'assolir el preu més proper al preu de mercat, desvirtuen o resulten incoherents amb la obligació que tenen els poders públics d'adjudicar els contractes a les ofertes més avantatjoses econòmicament.

Per últim, en relació amb quina ponderació concreta ha de tenir l'element del preu dintre del conjunt dels criteris d'adjudicació, aspecte al qual es fa referència en la darrera de les quatre qüestions plantejades per la Intervenció General, cal concloure que difícilment es pot donar una resposta jurídica a aquesta qüestió, partint de la base que, com hem vist, fins i tot podria donar-se el cas –excepcional i molt justificat– de la no inclusió d'aquest criteri d'adjudicació.

En tot cas, caldrà tenir en compte que es tracta d'una qüestió que no pot donar lloc a una regla general perquè, per definició, haurà de determinar-se en funció de les característiques de cada contracte. A títol d'exemple, l'Informe de la Comissió d'experts per a l'estudi i diagnosi de la situació de la contractació pública, del Ministeri d'Hisenda (2004), incorpora, en la seva conclusió trenta-tresena, la necessitat d'aprofundir en la

<sup>3</sup> Amb anterioritat a la modificació de la LCAP de l'any 1999, la Junta Consultiva de l'Estat ja s'havia pronunciat sobre la prohibició establerta en les directives comunitàries d'apreciar automàticament les baixes temeràries o desproporcionades en l'Informe 18/1996, de 5 de juny.

<sup>4</sup> L'exposició de motius de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, indica expressament que la reforma de la LCAP té com a finalitat, entre d'altres, la regulació més adequada dels supòsits de baixa temerària, i introdueix la seva possible apreciació en els concursos.



rellevància dels elements econòmics en els concursos i la recomanació de la determinació d'un ventall de ponderació dels criteris econòmics en els concursos, que podria oscil·lar entre el 45% i el 30%. No obstant això, insistim que, a parer de la Junta, aquesta no és una qüestió que pugui abordar-se des d'una perspectiva estrictament jurídica.

#### **IV. L' experiència com a criteri de solvència**

Com ja s'ha avançat, aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa ha manifestat almenys en dues ocasions la inviabilitat d'incloure el criteri de l'experiència com a criteri d'adjudicació dels contractes públics. Efectivament; en un primer moment mitjançant la Recomanació 1/1997, de 23 de maig, ja es va posar de manifest a tots els òrgans de contractació la necessitat d'aplicar el criteri de l'experiència empresarial com a criteri de selecció i no d'adjudicació, d'acord amb la normativa comunitària de contractes públics.

L'Informe 7/2002, de 12 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, sobre els criteris d'actuació per a la selecció de l'empresa contractista en el procediment d'adjudicació obert, insisteix en el seu apartat 3, que tracta la qüestió de l'aplicació del criteri de l'experiència de les empreses, en la consideració d'aquest element com a criteri de solvència de les empreses.

En l'àmbit europeu, la primera i més contundent Sentència del Tribunal de Justícia respecte d'aquest assumpte és l'esmentada Sentència de 20 de setembre de 1988, dictada en l'assumpte C-31/1987 (Gebroeders Beentjes Bv contra l'Estat dels Països Baixos), en la qual el Tribunal manifesta que el criteri de l'experiència específica és un criteri legítim de capacitat tècnica per verificar l'aptitud dels contractistes.

Per tant, respecte d'aquest tema, la Junta entén que no hi ha elements nous de debat i que procedeix efectuar una remissió en bloc a les consideracions jurídiques contingudes en la Recomanació 1/1997 i en l'Informe 7/2002 d'aquesta Junta.

#### **V. Normativa europea i l·lindars comunitaris. Els contractes finançats amb fons europeus.**

La tercera de les consultes plantejades per la Intervenció General en el seu escrit té a veure amb si els criteris examinats fins ara són d'aplicació general o només respecte d'aquells contractes que sobrepassin els l·lindars comunitaris. La preocupació expressada amb aquesta petició entronca amb l'origen immediat de la consulta que, com s'ha vist, és en els informes de la Comissió Europea amb motiu de l'auditoria de sistemes del Fons de Cohesió, realitzada a la Comunitat Autònoma de Catalunya.

Com s'ha indicat en l'apartat I d'aquest Informe, la mateixa Comissió sembla propiciar un tractament diferenciat a la utilització del criteri de l'experiència, en funció de si el contracte



està per damunt o per sota del llindar comunitari, mentre que no distingeix en relació amb la prohibició d'utilització del criteri dels preus mitjans.

Com a reflexió prèvia, s'ha de fer una referència a les consideracions efectuades per aquesta Junta Consultiva en l'Informe 7/2002, esmentat anteriorment. En la consideració jurídica 1 d'aquest Informe ja es va manifestar que, si bé les directives comunitàries de contractes públics operen a partir de determinats llindars econòmics, de forma que per sota d'aquestes quanties els Estats podrien regular la contractació de les seves administracions sense atènyer-se als mandats de les mateixes directives, d'acord amb els pronunciaments del Tribunal de Justícia, aquests contractes d'import inferior als llindars han d'ajustar-se als principis del Tractat.

Analitzant aquesta qüestió amb més detall, cal recordar ara que l'ordenament jurídic espanyol en matèria de contractes de les administracions públiques, des de l'aprovació de la LCAP l'any 1995, ha optat per l'aplicació de les normes del dret comunitari de contractes a tots els contractes, amb independència de la seva quantia. Aquesta va ser i és encara l'opció del/de la legislador/a espanyol/a, a diferència d'altres legisladors europeus –com a Alemanya– que varen establir un model de separació o de dualitat del règim jurídic per als contractes públics segons el qual als contractes situats per sobre dels llindars comunitaris els és d'aplicació la normativa comunitària de contractes, i als contractes situats per sota d'aquells llindars els és d'aplicació el règim jurídic de contractació pública específic del dret alemany.

En aquest sentit, als països que, com Espanya, han optat per una integració completa del dret comunitari en el seu dret intern de contractes els resulten d'aplicació totes les normes europees i també totes les interpretacions que en deriven efectuades pel Tribunal de Justícia en tots els seus contractes públics.

Per tant, les normes del dret comunitari que diferencien les fases d'acreditació de la solvència i d'adjudicació dels contractes i la impossibilitat d'aplicar el criteri de l'experiència com a criteri d'adjudicació, s'han d'aplicar, per coherència amb el sistema adoptat pel dret espanyol de contractes d'integració completa del dret comunitari, a tot tipus de contractes subjectes a la LCAP, amb independència de la seva quantia. En conseqüència, la prohibició d'aplicar l'experiència com a criteri d'adjudicació imposada pel dret comunitari de contractes, com altres pautes interpretatives que es puguin derivar de la jurisprudència del Tribunal de Justícia, són plenament aplicables a l'ordenament espanyol de contractes.

En aquest darrer sentit, cal recordar que el mateix Tribunal de Justícia ha manifestat que el fet que el/la legislador/a comunitari/ària hagi considerat que els procediments rigorosos en les directives no són adequats quan es tracta de contractes públics d'escàs valor econòmic, no vol dir que aquests estiguin exclosos del dret comunitari, sinó que resten sotmesos a les normes fonamentals del Tractat (Acte del Tribunal de Justícia de 3 de desembre de 2001, dictat en l'assumpte C-59/00, Bent Moustén Vestergaard – Spottrup Boligselskab). A aquest efecte, cal assenyalar que el Tribunal també ha declarat que la coordinació comunitària dels procediments d'adjudicació té, entre d'altres finalitats, la de protegir els interessos dels operadors econòmics establerts en un estat membre que



desitgin oferir béns i serveis a les entitats adjudicatadores establertes en un altre país i que, per tant, els principis com el d'igualtat de tracte dels licitadors i el de no discriminació han de ser respectats en tot cas (Sentència de 18 d'octubre de 2001, dictada en l'assumpte C-19/2000, SIAC Construction Ltd).

En un altre ordre de consideracions, i en relació amb el règim jurídic a què han d'ajustar-se els contractes que són finançats amb fons comunitaris, cal tenir en compte, que si l'ens que adjudica un contracte públic té, d'acord amb les directives comunitàries de contractes, la condició de poder adjudicador, haurà d'aplicar la normativa de contractació pública als contractes que dugui a terme, amb independència de la procedència del finançament d'aquells.

Seguint amb aquesta línia argumental, cal recordar finalment, que en el recent Informe d'aquesta Junta 2/2005, de 5 de maig, sobre l'aplicació de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea, de 13 de gener de 2005 (assumpte C-84/03) i de la modificació de la Llei de contractes de les administracions públiques mitjançant el Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública, es va advertir sobre la solució adoptada per l'esmentat Reial decret llei 5/2005 a l'hora d'aplicar la Sentència del Tribunal de 13 de gener de 2005, dictada en l'assumpte C-84/03 (la Comissió contra el Regne d'Espanya), concretament en allò que fa referència a l'article 3.1.c) del TRLCAP. Efectivament, com a una excepció al sistema espanyol d'integració total de la normativa europea de contractes en el dret intern de contractes, el Reial decret llei ha optat per aplicar règims jurídics de subjecció diferents als convenis de col·laboració interadministratius, en funció de si el seu import excedeix o no dels límits comunitaris de la contractació pública, obviant amb això l'aplicació de la doctrina dels mitjans propis o dels contractes *in house* i mantenint o, fins i tot ampliant, els supòsits d'utilització dels convenis entre totes les organitzacions públiques, encara que no existeixi una relació d'interdependència en el sentit que s'estableix en la jurisprudència del Tribunal de Justícia<sup>5</sup>.

Per tant, i d'acord amb les anteriors consideracions jurídiques, aquesta Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya formula les següents

## CONCLUSIONS

1. La legislació vigent en matèria de contractes, tant en l'àmbit comunitari com pel que fa al TRLCAP, no opta per cap model predeterminat d'avaluació del preu, però per aplicació d'aquest mateix marc jurídic, les administracions públiques han d'adjudicar els seus concursos a les propostes que resultin més avantatjoses econòmicament.

---

<sup>5</sup> Precisament la Sentència d'11 de gener de 2005, dictada en l'assumpte C-26/2003 (Stadt Halle contra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall) ha afegit noves exigències per a l'apreciació de la figura dels contractes *in house* o utilització de mitjans propis.



2. Tota valoració del preu, com a criteri d'adjudicació, ha d'atorgar la major puntuació a l'oferta més barata i només a aquesta. En conseqüència, una valoració del preu que atorgués la mateixa puntuació a l'oferta més barata i a altres ofertes que, encara que properes a l'anterior, fossin més cares, vulneraria el marc jurídic dels contractes públics.
3. Les conclusions assenyalades són aplicables a tot tipus de contractes, amb independència de les seves fonts de finançament i amb independència també del seu import, per damunt o per sota dels llindars comunitaris.
4. La ponderació que hagi de tenir el criteri del preu en els concursos no és una qüestió que pugui abordar-se des de una perspectiva jurídica, ni sembla recomanable que es plantegi en termes generals. Dependrà del tipus de contracte, de les seves característiques específiques i de la finalitat la ponderació corresponent i és a l'òrgan de contractació a qui correspon, en qualsevol cas, determinar aquesta ponderació.
5. L'experiència empresarial, en el sistema contractual vigent, i d'acord amb la regulació expressa del TRLCAP, no pot ser en cap cas emprada com a criteri d'adjudicació dels contractes administratius, sinó únicament i exclusivament com a criteri de solvència, a examinar i valorar en una fase prèvia a l'adjudicació del contracte

**Barcelona, 7 de juliol de 2005**