



DIRECCION GENERAL DE PROYECTOS Y FONDOS EUROPEOS

**GUIA DE BUENAS PRACTICAS EN LA DETERMINACIÓN
DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LOS PLIEGOS
DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN
COFINANCIADOS CON FONDOS EUROPEOS**

Índice

INTRODUCCIÓN.....	3
1. DISCREPANCIAS EN LA RELACIÓN DE CRITERIOS ENTRE PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS, PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.	4
2. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	12
3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.....	19
3.1.- VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.....	20
3.2.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	22
3.3.- SUBCRITERIOS O CRITERIOS SECUNDARIOS	23
3.4- ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN.....	31
3.4.1.- Los criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa.....	31
3.4.2.- La experiencia pueda ser, en determinados supuestos, un criterio de adjudicación de los contratos.....	38
3.5.- CRITERIO DE ADJUDICACIÓN: REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	40
4. VALORACIÓN DE LAS OFERTAS	42
4.1.- NORMAS XERAIS DE ELABORACIÓN DE INFORMES DE VALORACIÓN	42
4.2.- VALORACIÓN DE LAS MEJORAS	43
4.3.- ESTABLECIMIENTO DE UMBRALES MÍNIMOS.....	43
4.4.- OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS	44

INTRODUCCIÓN

El artículo 1 del Texto Refundido de la ley de contratos del sector público (TRLCSP) establece que el objeto de la Ley es regular la contratación del sector público con una doble finalidad:

— por un lado, garantizar que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos;

— por otro, asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación mediante la exigencia de una definición previa de las necesidades que se pretende satisfacer, la salvaguardia de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Sin duda, una cuidada elaboración de los pliegos de cláusulas y, en concreto, el correcto análisis previo al establecimiento de los criterios de solvencia de los licitadores y los de adjudicación de los contratos, incide de forma directa con los objetivos y principios señalados y condicionan el éxito o el fracaso de una contratación pública.

La presente guía, realizada a petición de la Dirección general de proyectos y fondos europeos de la Consellería de Hacienda, está principalmente enfocada a los criterios de adjudicación y orientada a los órganos que tramitan expedientes cofinanciados con fondos comunitarios, de ahí las referencias a las Directivas europeas que, en materia de contratación han sido traspuestas a nuestro ordenamiento y a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Conscientes de la imposibilidad de abarcar toda la casuística aplicable, la Guía, a través del señalamiento de buenas prácticas y consejos, se marca como objetivo fundamental remarcar algunos principios básicos que, en materia contractual, deben regir nuestra actividad a la hora de enfrentarnos a la redacción de un pliego de cláusulas y aclarar, en un primer acercamiento, determinados conceptos que con frecuencia son objeto de reparos y observaciones de los órganos de fiscalización y auditoría.

1. DISCREPANCIAS EN LA RELACIÓN DE CRITERIOS ENTRE PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS, PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas tienen ambos naturaleza contractual, pero cada uno de ellos una finalidad y un contenido bien diferenciado que imposibilita su unificación en un solo documento.

Informe 19/2001, de 3 de julio de 2001, de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Administración General del Estado (JCCA), “Ambos [pliegos, de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas] han de ser aprobados por el órgano de contratación, pero el primero requiere el informe previo del órgano que tiene atribuida la función de asesoramiento jurídico, requisito que no se exige sobre el segundo. En tal sentido, son documentos distintos, con contenido diferenciado lo que excluye su unificación en un único documento”.

Es comúnmente admitido que el pliego de cláusulas administrativas particulares establece el régimen jurídico del contrato, rige el procedimiento contractual y los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato mientras que el pliego de prescripciones técnicas debe limitarse al establecimiento y definición de los aspectos técnicos que debe reunir el objeto de la prestación y su ejecución, es decir, sirve para definir el objeto del contrato y sus características técnicas. De este modo el pliego de prescripciones técnicas complementa al pliego de cláusulas administrativas, siendo el alcance de las prescripciones técnicas más limitado que el de las cláusulas administrativas, pues sólo afectan a la naturaleza o cualidades de la prestación como objeto físico y/o funcional.

Artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP): en el pliego de cláusulas administrativas particulares, “se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”.

Artículo 116 TRLCSP: se refiere a “los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus cualidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”.

Tanto el TRLCSP como, en cuanto no se encuentre derogado por éste, el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas (RLCAP), son prolijos en la determinación de las cuestiones cuya regulación debe contenerse NECESARIAMENTE en el pliego de cláusulas administrativas, y por ello debe atenderse con rigor que en las materias reservadas a éste no debe entrar el pliego de prescripciones técnicas.

Artículo 68.3 RLCAP establece que en ningún caso los pliegos de prescripciones técnicas contendrán declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

No es este un problema menor ya que, en ocasiones, se ha detectado que ambos pliegos regulan una misma cuestión de forma discrepante o deben ser objeto de interpretación por considerar mal definida alguna de sus cláusulas. Esto resulta especialmente grave cuando afecta a condiciones básicas del contrato como la determinación de requisitos de solvencia de los licitadores, la documentación a presentar en las ofertas o la concreción y evaluación de los criterios de adjudicación.

Al respecto indicar que el PCAP constituye la *lex contractus* con fuerza vinculante entre las partes y sólo está limitado por la observancia de las normas de derecho necesario, de modo que una vez aprobados y no habiendo sido impugnado su contenido en el momento oportuno para ello, los pliegos no podrán ser modificados y, por lo tanto, salvo que existan vicios de nulidad de pleno derecho, el licitador (o el contratista) y la entidad contratante, deberán pasar por su contenido, aunque el mismo contravenga algún precepto legal o reglamentario.

Los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 del TRLCSP, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de nulidad o anulabilidad señaladas en los artículos 32 y 33 del TRLCSP, que a su vez, emplazan a las condiciones generales del Derecho administrativo indicadas en los artículos 62.1 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y PAC. La impugnación se resolverá en atención a dichos criterios y con los efectos allí descritos.

- Los pliegos gozan de eficacia legal hasta tal punto de que su no impugnación convalida sus posibles vicios.
- Sin embargo este principio se rompe cuando la naturaleza de estos vicios pueda ser catalogada de nulidad de pleno derecho.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LOS CASOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS PLIEGOS: por todas STS (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4º) DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Fundamento de derecho CUARTO:

[...] constituye doctrina reiterada (por todas Sentencia de 27 de mayo de 2009, recurso de casación 4580/2006) que en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. Por ello, la jurisprudencia continúa manteniendo la posición esgrimida por la recurrente en las sentencias invocadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado.

No ofrece duda, por tanto, la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares como del Pliego de prescripciones técnicas. Bajo el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1964), de Contratos del Sector Público, aquí no aplicable por razones temporales, se ha avanzado aún más en su significancia, al establecer incluso un recurso especial administrativo para impugnar los pliegos reguladores de la licitación.

[...] lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

No conviene olvidar que los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos (art. 49. 5 TRLCAP). Y nuestra jurisprudencia insiste en que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse a lo que se consigne en él (Sentencia de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8917) , rec. casación 3171/1995 con cita de otras muchas).

Fundamento de derecho QUINTO:

[...] las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil , en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749), rec. casación 4727/1993, al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

Asertos que también ha de tenerse presente respecto a los pliegos con base en las prerrogativas interpretativas establecidas en el art. 59 TRLCAP atendiendo siempre a la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la

Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación cuando se formule oposición por parte del contratista.

RELACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS FORMALIZADOS Y LOS PLIEGOS:

- a) El documento de formalización será firmado por el adjudicatario y se unirá al mismo, como anexo, un ejemplar del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas. El documento de formalización se incorporará al expediente y cuando sea notarial se unirá una copia autorizada de dichos pliegos. (Art.71.9 RGLCAP).
- b) El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos. (Art. 26.2. TRLCSP).

CONTENIDO DEL PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

El art. 115.2 TRLCSP ofrece una determinación genérica del contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que sólo en relación con determinados contratos administrativos encuentra ulterior precisión (así, art. 127 TRLCSP, en cuanto a los contratos de obra con abono total de precio ó art. TR131 LCSP sobre el contenido de los pliegos en contratos de concesión de obras públicas).

Tomando en consideración las dudas que pudieran surgir a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación de las Administraciones públicas y organismos dependientes de las mismas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado consideró en 2008 la conveniencia de dirigir una recomendación sobre el contenido básico de los mismos, contando con el informe favorable de la Abogacía General del Estado. El **Informe 35/08, de 25 de abril de 2008. «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos»** es actualmente uno de los documentos de consulta obligada a la hora de enfrentarse a la redacción de un pliego. En la misma se recogen 50 cláusulas con los aspectos que deberían recogerse en los pliegos (objeto

contractual, necesidades a satisfacer, requisitos de solvencia, modos de presentar proposiciones, criterios de adjudicación, etc.) conforme a las especificaciones de la entonces vigente LCSP (actualmente TRLCAP) y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001), especialmente en lo dispuesto en su artículo 67.

¿CUANDO NO ES NECESARIO ELABORAR PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES?

El PCAP no será exigible en el procedimiento de dialogo competitivo (art. 109.3 TRLCSP), en los contratos menores (Art.111 TRLCSP), y en los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia (Art. 113 TRLCSP). Además, en los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, el PCAP puede ser sustituido por el propio clausulado del contrato (Disposición adicional primera, 1.c. TRLCSP).

La falta del PCAP, cuando sea preceptivo, determina la nulidad radical del contrato, ya que: *“Hay ciertos actos preparatorios que son inexcusables, y es el PCAP (...) puesto que el pliego incluirá necesariamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato (...), de manera que la falta de dicho pliego impide conocer el objeto, contenido, plazos y demás condiciones del contrato”* (Dictamen Consejo de Estado 44.455 de 29 de julio de 1982)

CONTENIDO DEL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

El **ANEXO VI DE DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE** establece de manera muy descriptiva la definición y el contenido de las prescripciones técnicas, distinguiendo según se trate de contratos públicos de obras o de contratos públicos de suministro o de servicios. Para los primeros entiende como especificación técnica el conjunto de las características requeridas de material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. Y para los contratos de suministro o de servicios, la definición de las características exigidas de un producto o de un servicio.

ANEXO VI DIRECTIVA 2004/18/CE

A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) **«especificaciones técnicas»**, cuando se trate de contratos públicos de **obras**: el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definan las características requeridas de

material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. Estas características incluyen los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, incluidos los procedimientos que garanticen la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado y los procedimientos y métodos de producción. Incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan;

*b) «**especificación técnica**», cuando se trate de contratos públicos de suministro o de servicios: aquella especificación que figure en un documento en el que se definen las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluyendo la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, de propiedad de empleo, de utilización del producto, su seguridad o dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procedimientos y métodos de producción, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad;*

En nuestra normativa, para concretar, con carácter general, el contenido del pliego de prescripciones técnicas particulares debemos recurrir al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo artículo 68 establece que este pliego contendrá, **al menos**, los siguientes extremos:

- a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.
- b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.
- c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

Las normas de elaboración del pliego de prescripciones técnicas vienen reguladas en el artículo 117 del TRLCAP:

1. Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, (definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad). De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta esos criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.
2. Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, los pliegos se elaborarán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental (de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación).
3. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.
4. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas pueden establecerse bien por referencia a las especificaciones contenidas en normas nacionales, europeas o internacionales o de organismos de normalización europeos o documentos similares, inclusive si procede las etiquetas ecológicas, o bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales, o bien combinado ambos métodos para unas u otras especificaciones técnicas del contrato.
5. En ningún caso, puede el órgano de contratación rechazar una oferta por no ajustarse a las prescripciones técnicas si el licitador puede probar que las cumple, por cualquier medio de prueba adecuado y, en particular, mediante informes técnicos del fabricante o informes de ensayos de un organismo técnico oficialmente reconocido. Los certificados de estos organismos, que se definen en el art. 117.7, si están reconocidos incluso en otros Estados miembros de la Unión Europea, deben ser aceptados por los órganos de contratación.
6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se

autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

De interés: **Informe 62/07, de 26 de mayo de 2008. «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos de cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos».**

CONCLUSIÓN:

Antes de ser aprobado por el órgano de contratación deberá ser revisado el contenido de los proyectos y pliegos de prescripciones técnicas para detectar si contienen aspectos reservados por la legislación al de cláusulas administrativas o contradicciones entre ambos documentos, evitando la confusión y posibilitando la claridad en la definición de las condiciones básicas del contrato.

2. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

Lectura recomendable: “**Guía sobre contratación pública y competencia**” (2011) elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia (www.cncompetencia.es)

Como viene señalando la Comisión Nacional de la Competencia la salvaguarda de la libre competencia es un principio inspirador de la normativa de la contratación pública y está presente, de forma indirecta, en los otros principios que la informan: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato a los licitadores.

Una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador, y por tanto para el interés general. El sector público debe garantizar dicha competencia, dentro de las posibilidades que ofrece la normativa contractual, adoptando las alternativas más favorecedoras a la misma, o que la restrinjan lo menos posible.

Ejemplo de mala praxis:

Al volver a licitar contratos ya celebrados anteriormente, los órganos de contratación a menudo aplican automáticamente los pliegos antiguos a la nueva licitación, sin analizar si su contenido debe ser actualizado o revisado.

Tres son los momentos claves en los que el gestor del sector público se enfrenta a decisiones fundamentales en esta materia:

1. En la selección del procedimiento más favorecedor de la competencia. En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, con especial cuidado en el uso (y abuso) del procedimiento negociado, calificado como procedimiento extraordinario en las Directivas y en nuestra

normativa que, salvo en los casos en que se exige publicidad, es un procedimiento opaco si se valora con criterios de competencia.

BUENA PRACTICA:

Algunos órganos de contratación empiezan a publicar en Internet las invitaciones a licitar de los procedimientos negociados sin publicidad a través de la Plataforma de contratos de Galicia (PCG) de manera que se pueda presentar al proceso cualquier empresa que cumpla los requisitos de solvencia exigidos. La Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia consideró conforme a derecho esta práctica siempre que en el expediente constase, al menos, la recepción de tres ofertas idóneas.

Acuerdo de la sesión celebrada por la Comisión Permanente de la XCCA-Galicia con fecha 27/11/2012 en referencia a un reparo del órgano verificador de fondos comunitarios sobre una contratación de la Consejería de cultura, educación y ordenación universitaria –concretamente un procedimiento negociado sin publicidad- que, ante la publicación de la invitación en la Plataforma de Contratos públicos de Galicia, señala el incumplimiento del órgano gestor de solicitar ofertas por invitación, al menos, a tres empresas, según entiende que exige el artículo 178.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público.

Sobre el fondo del asunto es necesario establecer con claridad el principio de que todo procedimiento de adjudicación tiene como finalidad fundamental permitir el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta. Con ese objeto, las sucesivas Directivas comunitarias pusieron énfasis en el principio de publicidad de las licitaciones del que se deriva que un procedimiento de adjudicación se adecuará más al espíritu de la norma cuanto más garantizado esté el principio de libre competencia.

Respeto a la forma de gestionar ese principio, la Comisión Permanente de la XCCA-Galicia ve conveniente recordar lo incorrecto de una interpretación literal y descontextualizada del artículo 178.1 del TRLCSP ya que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 93.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas que determina que la solicitud de ofertas en este tipo de procedimientos puede realizarse mediante anuncio público sí así lo estima conveniente el órgano de contratación.

Artigo 93: Solicitud de ofertas y adjudicación en el procedimiento negociado 1. La solicitud de ofertas a que se refiere el artículo 92.1 de la Ley (actual 178.1 TRLCSP) puede realizarse, si lo estima conveniente el órgano de contratación, mediante anuncio público o de la forma que se establezca con carácter general por aquel, siempre que no resulte preceptiva la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y en el Boletín Oficial do Estado, de conformidad con los artículos 140 , 181 y 209 de la ley.

Por otra parte, respecto a la utilización de la Plataforma de contratos de Galicia (PCG) para dar publicidad al anuncio, cabe señalar que el uso de las nuevas tecnologías por medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública vino impulsado por la entrada en vigor de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, de contratos del sector público, que persigue, siguiendo las orientaciones de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, dar mayor transparencia y accesibilidad a la información relativa a la actividad contractual del sector público. En ese marco legal, se crearon nuevas figuras, como el perfil de contratante y las plataformas de contratación que, a través de internet, serán los medios de difusión de la información e instrumento para el conocimiento y seguimiento de los procedimientos contractuales abiertos o en curso.

Según el artículo 42 de la Ley de contratos del sector público (art. 53 del vigente Texto Refundido), los órganos de contratación difundirán, a través de internet, su perfil de contratante, que podrá incluir cualquier dato e información referentes a la actividad contractual: anuncios de información previa, licitaciones abiertas o en curso, contrataciones programadas, contratos adjudicados, procedimientos anulados, documentación relacionada y otras informaciones útiles de interés para los operadores jurídicos y/o económicos intervinientes en el proceso.

Aunque la ley exime de la obligatoriedad de publicar en los perfiles y plataformas los contratos menores y los negociados sin publicidad nada impide tal práctica siendo considerado un elogiado ejercicio de transparencia cuando el objeto del contrato no es acotado a un número reducido de empresas que lo puedan desarrollar.

Entendemos por tanto perfectamente conforme a derecho sustituir la tradicional remisión de invitaciones individualizadas a tres empresas por la publicación del anuncio en la Plataforma de contratos de Galicia como soporte para dar difusión a las invitaciones a licitar en los procedimientos negociados en los que no es obligatoria la publicidad.

2. En el diseño de los pliegos del contrato. Los pliegos de condiciones de los contratos, y, en particular, los pliegos de prescripciones técnicas, son los documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables en las que dichos licitadores van a competir. En consecuencia, las entidades públicas contratantes deben procurar diseñarlos de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores, así como las mejores condiciones de competencia posibles. En esta materia se prestará especial atención a lo siguientes puntos:

- a) Determinación de solvencias y clasificación

- deben estar justificadas sobre bases relacionadas directamente con el objeto del contrato y ser proporcionales a éste,
- los requisitos exigidos tendrán a la vez el carácter de máximos y de mínimos en el sentido de que sólo podrán licitar las empresas que los reúnan pero en contrapartida todas las que los reúnan pueden hacerlo
- es conveniente que los órganos de contratación exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, evitando tratamientos desiguales difíciles de justificar ante los órganos fiscalizadores

b) Exigencia de una determinada forma jurídica empresarial. Está prohibido supeditar el acceso a la licitación a que las entidades cuenten con una forma jurídica preestablecida o a que obligatoriamente se presenten en UTE.

c) Discriminación por razones territoriales. Como regla general, está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

Ejemplos de mala praxis aplicando criterios de territorialidad innecesarios:

- En mayo del 2009, una Universidad requirió para la contratación de apoyo en TIC para el soporte de la atención a usuarios que la empresa estuviera radicada físicamente en la Comunidad Autónoma de ubicación de dicha Universidad.

A menos que el servicio no pueda prestarse telemáticamente, no parece lógico que se imponga la obligación de que la empresa tenga su sede en tal Comunidad Autónoma, y no en otra CCAA o incluso en terceros Estados Miembros de la UE. Si el objetivo es reducir el tiempo de respuesta en caso de averías de los equipos, el requisito podría enunciarse de forma menos restrictiva de la competencia, incluyendo por ejemplo un criterio de valoración de las candidaturas que privilegie a las que ofrecen el servicio con un menor tiempo de respuesta.

-En 1991, en el concurso de adjudicación del proyecto de construcción de un pabellón polideportivo, la Entidad Local que encargaba el proyecto únicamente permitió la presentación de proyectos por arquitectos colegiados en el Colegio Oficial de la Comunidad Autónoma de referencia y no en otra parte de España, una condición que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró prohibida por la LDC.*

* Ejemplos extraídos de la Guía sobre contratación pública y competencia CNC

Material de consulta: Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

<i>Resolución</i> <i>n.º</i> <i>124/2012</i>	<p>El Tribunal anula la exigencia establecida en el pliego del contrato de acreditar por parte de dos técnicos superiores en Prevención de Riesgos Laborales una experiencia mínima de 5 años como técnicos de prevención en el ámbito sanitario de la Comunidad de Madrid, al entender que dicha exigencia, en cuanto a que el desarrollo de los trabajos hayan tenido lugar en el citado ámbito territorial, es contraria al principio de libre concurrencia, como se considera en la Resolución 57/2012, de 13 de junio, del propio Tribunal.</p> <p>Al respecto el Tribunal recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2010 en el recurso de casación 3690/2007, que entiende que una exigencia de ese tipo atribuye una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros.</p>
--	---

d) establecimiento de requisitos técnicos, económicos o certificaciones de calidad innecesarios o excesivos. Se evitará:

- hacer referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación
- solicitar requisitos que supongan una carga económica desproporcionada (por ejemplo exigir la contratación de seguros de responsabilidad civil de cuantía excesiva en relación con el objeto del contrato).
- exigir certificaciones de calidad desproporcionadas o excluyentes sin contemplar que el TRLCSP establece que la exigencia de una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

Ejemplos de mala praxis:

-Instalación de cableado. En una licitación pública iniciada por una Entidad Local para la instalación de un sistema de cableado, se demandaba que el cable a instalar proviniese de un fabricante en particular. De acuerdo con el TRLCSP, la especificación de una marca concreta sólo puede establecerse de forma excepcional, y con la única finalidad de hacer una descripción más comprensible del contrato, sin que ello conlleve en ningún caso la exclusión de otros productos que puedan ser considerados equivalentes.

-Un Ayuntamiento, para la puesta en marcha (proyecto, producción y montaje) de un centro de interpretación, solicitó como requisito técnico que la empresa contara con un equipo formado por un historiador, un especialista en temas locales y otro en sistemas especiales expositivos, un arquitecto, un diseñador gráfico, un arqueólogo,

un museólogo, un diseñador de sistemas audiovisuales y un técnico en iluminación. La exigencia de contar con este equipo tan complejo puede constituir una barrera de entrada insuperable para empresas capaces, sin embargo, de llevar a cabo esta actividad de manera satisfactoria. *

* ejemplos extraídos de la Guía sobre contratación pública y competencia CNC

3. Establecimiento de los criterios de adjudicación. Del TRLCSP se deriva que los criterios de valoración de las ofertas han de guardar relación con el objeto del contrato, deben ser objetivos y deben figurar, junto con la ponderación que se les atribuye, en el correspondiente pliego.

En términos de competencia debe atenderse a garantizar la igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores.

- a) **Valoración de la experiencia.** En términos de competencia, está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector atribuyendo, por ejemplo, una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.
- b) **Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos.** Aunque el TRLCSP impide contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que hubieran incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes.
- c) **Imprecisión en la definición de los criterios: las mejoras.** El *Informe de Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del Sector Público Estatal sometidas a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por el Tribunal de Cuentas el 31 de mayo de 2012)* critica severamente la utilización inadecuada, como criterio de adjudicación, de las **mejoras** que pudieran ofertar los licitadores, “sin determinación previa de su posible contenido y de su extensión, o falta de precisión previa, en los PCAP, del método de valoración y de ponderación de cada criterio de adjudicación, lo que disminuye la exigible objetividad y constituye un riesgo para la transparencia de la adjudicación”.

Recordemos que el artículo 147 del TRLCSP *admite variantes o mejoras* cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad y se indique en el anuncio de licitación del contrato “precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

EJEMPLOS DE MALA PRAXIS

- En la AEAT dos expedientes incluyen en el PCAP, como criterio de adjudicación, las mejoras presentadas por los licitadores, sin precisar sobre qué elementos y en qué condiciones quedaba autorizada su presentación, lo que implica la introducción de elementos subjetivos y discrecionales de valoración. La inclusión de mejoras indeterminadas sin que vayan acompañadas de una adecuada ponderación, vulnera los principios de igualdad, concurrencia y transparencia.

-En el Ministerio de Cultura, un contrato fiscalizado presentaba unos criterios consistentes en la valoración de las mejoras ofrecidas por los licitadores *“que deberán representar un incremento notable de la calidad del servicio. De entre estas mejoras una habrá de ser un paquete de horas sin coste añadido para uso protocolario puesto a disposición del Museo”*. En esa definición no se precisan ni los elementos ni las condiciones en que quedaba autorizada la presentación de las mejoras, lo que introduce un elemento de posible discriminación en la valoración de las ofertas. Por otro lado, y en relación a las conocidas “mejoras” aplicables tradicionalmente a los contratos de obras y previstas por el TRLCSP en su art. 147, debemos decir, siguiendo las tesis mantenidas otra vez por la JCCAE, que dichas mejoras no pueden consistir en ejecutar mayor volumen de obra sobre la prevista en el proyecto, puesto que este tipo de contratos se refieren a la ejecución de un proyecto que define el objeto del contrato y que ya ha sido supervisado, aprobado y replanteado, por lo que solamente la obra contenida en éste es la que se licita y la que puede ejecutarse, de forma que no ha lugar a ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado¹¹ Informes de la JCCAE 29/1998 y 59/2009.

Material de consulta: Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

<i>Resolución n.º 302/2011</i>	<i>Criterio de valoración relativo a mejoras. Defectuosa redacción del pliego, que no predetermina las mejoras que son valorables. Inaplicación del criterio controvertido.</i>
<i>129/2011</i>	<i>Criterio de valoración relativo a mejoras. Defectuosa redacción del pliego, que no predetermina las mejoras que son valorables. Inaplicación del criterio controvertido.</i>
<i>301/2011</i>	<i>La valoración de los criterios objetivos de adjudicación — aspectos técnicos—, contenida en el expediente del contrato de suministro, de consumibles informáticos en distintos centro no puede ser admitida, porque la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento —por cuanto no se concretan las características técnicas de las ofertas ni los aspectos de los productos a valorar—.</i>

284/2011	<i>Criterio de valoración relativo a mejoras. Defectuosa redacción del pliego, que no predetermina las mejoras que son valorables. Inaplicación del criterio controvertido. Irrelevancia de la falta de impugnación del pliego.</i>
----------	---

d) Dar excesivo peso a criterios escasamente relevantes para la ejecución de la prestación.

Material de consulta: Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

287/2011	<i>Valoración de mejoras. La posibilidad de presentación en las ofertas de la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros y de un sistema on line de gestión de incidencias, no atiende a criterios directamente vinculados al objeto del contrato de limpieza</i>
----------	--

3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación tienen como finalidad servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa y para ello deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con la realización del contrato y deberán estar relacionados con su objeto sin que puedan provocar discriminación alguna entre los posibles licitadores, respetando los principios comunitarios de igualdad de trato, concurrencia empresarial, transparencia y no discriminación. En modo alguno deben configurarse de manera que la indeterminación de su valoración atribuya a la entidad adjudicadora una libertad incondicional en la elección.

Es por ello que los criterios elegidos **y su ponderación** se deben detallar en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse y, en caso contrario, en los pliegos de cláusulas administrativas y, al evaluar las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores sin sufrir modificación alguna durante todo el procedimiento (STJCE de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, apartados 36 y 37; STJCE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).

3.1.- VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.

La enumeración de los criterios de valoración de las ofertas que realiza el art. 150.1 del TRLCSP (“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, etc.”) se hace exclusivamente a título enunciativo, no teniendo, por lo tanto, dicha enumeración, la consideración de *numerus clausus*. Para establecer esos u otros criterios de valoración de las ofertas, el primero de los puntos fundamentales a tener en cuenta es, sin lugar a dudas, algo que la Ley 30/2007 incorporó como novedad respecto al Texto Refundido del año 2000 y que vino a dar respuesta de forma contundente a los requerimientos de la jurisprudencia comunitaria en la materia: la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto mismo del contrato (“...*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 ...*”)

Así pues, los criterios de valoración deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, esto es, estar referidos a la naturaleza y características de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, a fin de identificar de un modo objetivo la oferta más ventajosa para el interés general.

Precisamente, por venir determinados en función de las características objetivas de cada contrato, los criterios de valoración de las ofertas no sólo operarán en orden a la selección de las ofertas, sino que también decidirán la **previa inadmisión de aquellas que no cumplan con las especificaciones técnicas fijadas en el pliego, lo que podrá dar lugar a que se declare desierta la licitación cuando ninguna oferta se ajuste al mismo**. De ahí que, con buen criterio, el TRLCSP nos imponga en su art. 109.4 la obligación de dejar constancia en el expediente de una justificación adecuada sobre la elección del procedimiento y de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

En su artículo 150.3, el TRLCSP establece un listado de supuestos en los que necesariamente procederá la valoración de más de un criterio para la adjudicación del contrato. Éstos son:

- a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los

licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.

c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

e) Contratos de gestión de servicios públicos.

f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

En el apartado 4 del artículo 150, la norma obliga a que, cuando se tome en consideración más de un criterio (el precio), se precise la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, la cual podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. Y, en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule **en varias fases**, se indique igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

También señala que, cuando no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia. Ahora bien, en este supuesto se habrá de justificar debidamente las razones que impiden atribuir la obligada ponderación de los criterios elegidos y, en todo caso, al igual que ocurre con la

ponderación, se debe detallar el orden decreciente de importancia en el anuncio de licitación en caso de que deba publicarse o, en caso contrario, en los pliegos de cláusulas administrativas (o documento descriptivo en el caso de diálogo competitivo).

3.2.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

ART. 150.2 TRLCSP: Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

ART. 150.5 TRLCSP: Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

El principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores a un contrato deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que el poder adjudicador va a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa, lo que no comprende únicamente los criterios o subcriterios de adjudicación o solvencia, sino cualesquiera otros aspectos que pueden ser relevantes a la hora de interpretarlos.

El principio de transparencia implica también que todos esos datos relevantes deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores normalmente diligentes, que el poder adjudicador se atenderá constantemente a dicha interpretación durante todo el procedimiento sin variarla en ningún momento [Sentencias UE: STJ 18/10/200, asunto C-19/00 y 24/11/2005, asunto C-331/04], y que las decisiones tomadas durante dicho procedimiento, así como sus motivos, sean conocidas por todos los licitadores y titulares de intereses legítimos.

El tipo de contrato, poder o procedimiento es irrelevante a estos efectos, pues la transparencia es un principio general de la contratación pública según señalan las Directivas y la normativa estatal.

El principio de transparencia implica, fundamentalmente, que todos los aspectos relevantes para determinar la adjudicación del contrato sean

públicos y de general conocimiento para todos los interesados potenciales en concurrir al procedimiento y desde luego para todos los licitadores, los cuales deben poder atenerse a una reglas claras que se entiendan de igual modo por quienes pongan una diligencia razonable en su comprensión y que se aplican de la misma forma durante todo el procedimiento.

En especial, los criterios de adjudicación deben ser transparentes y responder a estos principios, desde luego, pero también cualquier otro elemento fáctico o jurídico que pueda ser relevante para decidir sobre la selección de la oferta.

Ejemplo de buena praxis: Muchos órganos de contratación señalan en los pliegos una cuenta de correo de consultas y publican en la Plataforma de contratos de Galicia las preguntas atendidas y sus y respuestas

3.3.- SUBCRITERIOS O CRITERIOS SECUNDARIOS

Un tema relacionado con el principio de transparencia es el de los subcriterios o criterios secundarios, englobados dentro de los criterios de adjudicación principales. La jurisprudencia europea ha tratado especialmente este tema en dos sentencias: STJ de 24/11/2005, C-331/04 y de 24/1/2008, C-532/06

Veamos varios supuestos:

Caso A: Licitación en la que los Pliegos determinan los criterios de adjudicación, pero no se fija subcriterio alguno; no obstante, la adjudicación sí fundamenta su motivación en varios criterios secundarios que son desglose de uno de los criterios principales. Tal actuación es contraria a los principios de transparencia y publicidad (porque la adjudicación se basa en reglas desconocidas por los licitadores) e igualdad de trato (porque desvirtúa las bases de la licitación, las únicas conocidas por los licitadores). Así lo expresa la sentencia del TJ de 24/1/2008 (apartados 33 a 45).

Sentencia Lianakis. C-532/06. 24-1-2008.

35

Además, se desprende del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 que, cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los

criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.

36

Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24).

37

En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias, antes citadas, Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23).

38

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 99).

39

Corrobora esta interpretación el objetivo de la Directiva 92/50 que tiene por objeto suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16).

40

A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (véanse en este sentido, en

relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, Beentjes, apartado 21, y SIAC Construction, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 22).

41

Por otro lado, contrariamente a las dudas manifestadas por el órgano jurisdiccional remitente, estas afirmaciones no contradicen la interpretación del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada.

42

En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

43

El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que el artículo 36, apartado 2, no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (véase, en este sentido, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 32).*

44

Procede constatar, en cambio, que en el litigio principal la Mesa de Contratación únicamente recogió en el anuncio de licitación los criterios de adjudicación y que determinó a posteriori tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios de adjudicación, tras la presentación de ofertas y el registro de las manifestaciones de interés. Pues bien, esto no se atiene manifiestamente a la obligación de publicidad establecida en el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia.

45

*Por tanto, habida cuenta de lo antedicho, debe responderse a la cuestión planteada que **el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que***

se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

Caso B: En una licitación los Pliegos tampoco son exhaustivos en el sentido de establecer todos los factores primarios y secundarios que son determinantes para la adjudicación, ya que, si bien sí se expresan los subcriterios, la puntuación correspondiente al criterio global no se distribuye entre ellos en dichos Pliegos (lo cual habría posibilitado que todos los licitadores conociesen dicha distribución y la tuviesen en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas), sino en la adjudicación, concretamente en el informe técnico que la motiva. Tal actuación, si bien supone un plus de transparencia respecto al supuesto anterior, no es tampoco el ideal de este principio, pues las ofertas se presentan desconociendo parte de los factores relevantes para la adjudicación, por lo que la jurisprudencia europea, analizando un caso similar a éste en la Sentencia de 29/11/2005 (apartados 18 a 32), ha delimitado cuidadosamente los casos en los que, existiendo subcriterios previamente fijados, un poder adjudicador puede atribuir a dichos subcriterios la ponderación que corresponde al criterio global del que se derivan. Recordemos que la sentencia Lianakis, citada en el caso anterior (consultar apartados 41 a 43), hace referencia a los requisitos que deben cumplirse para que tal atribución sea acorde con los principios generales de la contratación pública, en especial el de transparencia, son los siguientes:

- que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
- que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación (es razonable pensar que si los licitadores hubieran conocido la importancia del subcriterio que será más valorado, sus ofertas serían tal vez distintas, incrementando el esfuerzo en mejorar ese aspecto y quitando importancia a otros, que el licitador tal vez considere más o al menos igualmente importantes)
- que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

ATI EAC. C-331/04. 24-11-2005.

Con carácter preliminar, es preciso señalar, como hace el órgano jurisdiccional remitente, que en la decisión impugnada en el litigio principal la mesa de contratación se limitó a determinar de qué modo debían repartirse entre los cinco subcriterios previamente definidos en el pliego de condiciones los 25 puntos previstos para el tercer criterio de adjudicación.

19

En tales circunstancias, ha de entenderse que las cuestiones prejudiciales versan esencialmente sobre el extremo de si los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre esos elementos secundarios los puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación.

20

En primer lugar, es preciso señalar que, tal como ha observado acertadamente el Gobierno austriaco, las disposiciones de los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 no pueden aplicarse simultáneamente a los mismos hechos. Ahora bien, las disposiciones a que se refieren las cuestiones prejudiciales están redactadas de forma sustancialmente idéntica y deben interpretarse de la misma manera (véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 91). En consecuencia, el Tribunal de Justicia puede dar una respuesta útil a la cuestión tal como ésta ha sido reformulada, sin que resulte necesario que se pronuncie sobre el extremo de dilucidar cuál de esas dos Directivas es aplicable en el litigio principal.

21

En segundo lugar, es preciso recordar que los criterios de adjudicación definidos por una entidad adjudicadora deben tener relación con el objeto del contrato, no deben atribuir a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, deben haberse mencionado expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y deben respetar los principios fundamentales de igualdad de trato, no

discriminación y transparencia (véase, en este sentido, la sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 64).

22

En el contexto del caso de autos, reviste especial importancia señalar que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos (véase la sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 81) y que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34).

23

Procede recordar asimismo que, con arreglo a los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38, todos los criterios seleccionados han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance (véase la sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 62).

24

Del mismo modo, a fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, es fundamental que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98).

25

Por último, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, a la luz de tales reglas y principios, si en el asunto principal la mesa de contratación infringió el Derecho comunitario al prever una ponderación de los diferentes elementos secundarios del tercer criterio de adjudicación del contrato.

26

A este respecto, en primer lugar es preciso comprobar si, habida cuenta de todos los elementos pertinentes del litigio principal, la decisión que establece tal ponderación modifica los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

27

Si así sucediera, esa decisión sería contraria al Derecho comunitario.

28

En segundo lugar, es preciso determinar si la referida decisión contiene elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.

29

Si así sucediera, esa misma decisión sería contraria al Derecho comunitario.

30

En tercer lugar, es preciso comprobar si la mesa de contratación adoptó la decisión que establece una ponderación teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

31

Si así sucediera, esa decisión sería contraria al Derecho comunitario.

32

En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*

– no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

La diferencia fundamental entre los casos A y B es el momento procedimental en el que aflora el reparto de puntos entre los subcriterios; en uno la atribución del peso de los subcriterios se realiza por la Mesa de Contratación antes de la apertura de las ofertas¹, lo que despeja la sospecha de que el reparto de puntos entre los criterios secundarios pueda estar diseñado para favorecer o perjudicar a licitadores concretos a la vista del contenido de sus ofertas, aunque es cierto que la atribución ya no puede ser tomada en cuenta por los licitadores para elaborar sus proposiciones con uno u otro contenido. Por el contrario, en el supuesto la atribución posterior a la apertura, conociendo por tanto ya el contenido de las ofertas cabe la posibilidad de que la atribución beneficie o perjudique deliberadamente a algún licitador.

El momento de determinación de la atribución de puntuación a los subcriterios es, pues, básico, pareciendo que, si hay subcriterios prefijados y conocidos, el reparto entre ellos de la puntuación global entra dentro de lo que en nuestro derecho se llama “discrecionalidad técnica”, siempre y cuando se respeten los requisitos marcados por la sentencia, que operan como límite de dicha discrecionalidad, como “fondo parcialmente reglado.”

Caso C: en este supuesto los pliegos señalan el peso de valoración de criterios y subcriterios pero el informe técnico fija a posteriori -en el momento de justificar la adjudicación provisional- la exclusión de uno de ellos de la valoración. Aquí la transparencia y la publicidad en el inicio de la licitación son impecables, ya que se exponen exhaustivamente todos los criterios y subcriterios aplicables y su ponderación. Sin embargo los principios deben aplicarse durante todo el procedimiento y los criterios deben interpretarse continuamente en el mismo sentido, y es ahí donde el procedimiento es defectuoso, pues la licitación se adjudica con arreglo a criterios distintos de los publicitados. La irregularidad es en este caso una arbitrariedad contraria al principio de igualdad de trato.

Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, TJCE 2008/10, falló que la mesa de contratación, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori los coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de

¹ Ver el apartado 9 de la STJ de 24/11/2005 y el apartado 42 de la STJ de 24/1/2008.

licitación. En dicha sentencia, al entender que el consorcio seleccionado sólo pudo ser adjudicatario gracias a la fijación a posteriori de coeficientes de ponderación y de subcriterios distintos a los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de la licitación, el Tribunal concluye que:

- a) cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.
- b) Los potenciales licitadores deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos
- c) A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras

3.4- ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

3.4.1.- Los criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa.

A la hora de seleccionar los criterios de adjudicación, la jurisprudencia comunitaria nos recuerda que es necesario diferenciar entre la operación de verificación de la aptitud de los licitadores (solvencia) y la operación de adjudicación del contrato. Dichas operaciones son distintas y se rigen por normas diferentes.

Esta diferenciación es la que ha servido de base a la Comisión Europea para poner de relieve, en determinados expedientes de infracción instruidos a órganos de contratación españoles, que los requisitos establecidos en las Directivas como criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa. La distinción de ambos, en referencia a la experiencia, ha sido explicada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV) y en la de 24 de enero de 2008 (asunto C-532/06, Lianakis-Alexandroupolis).

Sentencia TJCE. Asunto 31/87 Gebroeders Beentjes/Países Bajos.²

14

La segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional tiene por objeto, por una parte, saber si la Directiva 71/305 se opone a la exclusión de un licitador por las siguientes razones:

- falta de experiencia específica para realizar la obra;
- que la oferta no le parezca la más aceptable al órgano de contratación;
- incapacidad del empresario para emplear a trabajadores en paro prolongado.

Por otra parte, tiene como objeto precisar las exigencias de publicidad previa impuestas por la Directiva para la utilización de tales criterios, en el caso de que fueran considerados compatibles con la Directiva.

15

En el sistema de la Directiva, y en particular de su título IV (normas comunes de participación), **la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público.** En efecto, el artículo 20 de la Directiva prevé que la adjudicación del contrato se haga tras la verificación de la aptitud de los empresarios.

16

A pesar de que la Directiva, cuyo objeto es la coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de obras respetando, en la medida de lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros (segundo considerando), no excluye que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, **ambas operaciones se rigen por normas diferentes.**

17

El citado artículo 20 prevé que la verificación de la aptitud de los contratistas sea efectuada por los poderes adjudicadores con arreglo a **los criterios de capacidad económica, financiera y técnica** especificados en los artículos 25 a 28. El objeto de estos artículos no es delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad económica, financiera y técnica requeridos para participar en los diferentes contratos públicos, sino determinar cuáles son las referencias comprobatorias o los medios de prueba que pueden aportarse para justificar la capacidad financiera, económica y técnica de los contratistas (véase sentencia de 9 de julio de 1987, CEI y Bellini, 27 a 29/86, Rec. 1987, p. 3347). No obstante, de estas disposiciones se deriva que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica.

18

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación del contrato, el apartado 1 del artículo 29 prevé que los poderes adjudicadores se basarán, o bien únicamente en el **precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, en distintos criterios que pueden variar según el contrato**, por ejemplo: el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.

20

Se debe aún recordar que la Directiva no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva, sino que, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar normas materiales y de procedimiento en materia de contratos públicos, a condición de que respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de

establecimiento y de libre prestación de servicios (sentencia de 9 de julio de 1987, antes citada).

...

23

A la luz de las anteriores consideraciones deben examinarse los diferentes elementos de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional.

24

La consideración de la **experiencia** específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores. Es necesario reconocer, por tanto, que se trata de un criterio legítimo de verificación de la aptitud de los contratistas de acuerdo con los artículos 20 y 26 de la Directiva.

...

Sentencia TJCE. Asunto C-532/06 Lianakis-Alexandroupolis ²

9

En 2004, el Consejo Municipal de Alexandroupolis publicó una licitación para adjudicar la realización de un estudio sobre el registro catastral, la urbanización y el acto de aplicación de Palagia, pedanía de menos de 2.000 habitantes de dicho municipio. Se había previsto un presupuesto de 461.737 euros para dicho estudio.

10

El anuncio de licitación recogía **como criterios de adjudicación** por orden de prioridad, en primer lugar, la experiencia demostrada del experto en estudios elaborados durante los últimos tres años, en segundo lugar, la distribución de los puestos de responsabilidad y el equipamiento de la consultora y, en tercer lugar, la capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto conjugando a la vez las obligaciones de la consultora y su potencial científico.

...

14

[La Mesa de contratación] determinó que la experiencia (primer criterio de adjudicación) debía apreciarse en razón del importe de los estudios realizados. En este sentido, un licitador recibía 0 puntos por un importe inferior a 500.000 euros, 6 puntos por un importe comprendido entre 500.000 euros y 1.000.000 de euros, 12 puntos por un importe comprendido entre 1.000.000 de euros y 1.500.000 euros, y así sucesivamente hasta la puntuación máxima de 60 puntos por un importe superior a 12.000.000 de euros.

15

La distribución de los puestos de responsabilidad y el equipamiento de la consultora (segundo criterio de adjudicación) debían apreciarse en función del tamaño del grupo encargado del estudio. Por tanto, un licitador recibía 2 puntos por un grupo de entre 1 y

²

Pese a que las referencias legislativas de las dos sentencias citadas son a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, se debe señalar que, con la legislación europea vigente se mantienen esos criterios interpretativos, puesto que la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, incluye la experiencia sólo entre los criterios de selección cualitativa del candidato o licitador (art. 48.2.a.ii) y no lo hace entre los criterios de adjudicación del contrato (art. 53.1.a), insistiendo en que los criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados al objeto del contrato y perseguir la obtención de la oferta económicamente más ventajosa.

5 personas, 4 puntos por un grupo de entre 6 y 10 personas, y así sucesivamente hasta la puntuación máxima de 20 puntos por un grupo de más de 45 personas.

16

Finalmente, la Mesa de Contratación decidió que la capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto (tercer criterio de adjudicación) debía apreciarse en función de los compromisos adquiridos. De este modo, un licitador recibía la puntuación máxima de 20 puntos por compromisos de un importe inferior a 15.000 euros, 18 puntos por un importe comprendido entre 15.000 y 60.000 euros, 16 puntos por un importe comprendido entre 60.000 y 100.000 euros, y así sucesivamente hasta la puntuación mínima de 0 puntos por un importe superior a 1.500.000 euros.

...

Criterios que pueden utilizarse como «criterios de adjudicación» (artículos 23 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50)

25

A este respecto, procede recordar que el artículo 23, apartado 1, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) prevé que los contratos se adjudicarán con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 36 y 37, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 24 y después de que las entidades adjudicadoras comprueben, con arreglo a los criterios descritos en los artículos 31 y 32, la aptitud de los prestadores de servicios que no hayan sido excluidos en virtud del artículo 29.

26

Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988 [TJCE 1989, 26] , Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27

En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (LCEur 1992, 2431) (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

28

Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva (LCEur 1992, 2431) , a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes [TJCE 1989, 26] , antes citada, apartado 18).

29

Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes [TJCE 1989, 26] , antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 284] , SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 251] , Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003 [TJCE 2003, 182] , GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30

Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

31

Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación», en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) .

32

En consecuencia, procede declarar que los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación» y no como «criterios de selección cualitativa».

En esta misma línea se pronuncia el **Tribunal Supremo** y, por todas, se cita la Sentencia de 21 marzo 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) en la que se sostiene que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa y que debe ser considerada en un momento previo del procedimiento, en el momento de valorar la solvencia empresarial del ofertante (actuales arts. 74 y siguientes TRLCSP).

STS de 21 marzo 2007

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO

En la precitada sentencia de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471) , recordábase que este Tribunal en su sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999 (RJ 2004, 4013) , ha sostenido que **la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento**. Criterio que se reiteró en la sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 (RJ 2004, 7426) al declarar que «si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares». Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 (RJ 2005, 3453) se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 (RJ 2005, 5205) se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003 (RJ 2005,

4702) , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 (RJ 2004, 3495) se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026) .

La pervivencia de cláusulas valorando la experiencia en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994 [RJ 2000, 8416] ; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 [RJ 2005, 31] ; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002 [RJ 2005, 3460]), o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 [RJ 2005, 9581] ; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000 [RJ 2006, 2726] ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003 ; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003 [RJ 2006, 3211]). No hace mención expresa a la experiencia la cláusula de autos pero si contempla una revaloración de la solvencia técnica, económica y profesional inexigible en esta fase de adjudicación al tratarse de una condición previa de acceso al concurso.

UNDÉCIMO

No innova la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004 (LCEur 2004, 1837) , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios cuando en su art. 48, relativo a la capacidad técnica y profesional, establece que podrá acreditarse por alguno de los medios enumerados en los distintos párrafos de su apartado segundo, como la presentación de la lista de las obras ejecutadas, presentación de una relación de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, etc. Esto es la acreditación de la experiencia como elemento previo para justificar la capacidad técnica y profesional que permitirá el correspondiente acceso en nuestro caso al Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda.

Recordemos que la solvencia técnica en los contratos de obras, suministro y el resto se encuentra regulada en los arts. 17, 18 y 19 de la LCAP (RCL 1995, 1485, 1948) , de idéntica numeración en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126) , mientras la solvencia económica y financiera se determina en el art. 16 de la LCAP, del mismo número en el RDL 2/2000, de 16 de junio y la moral, relativa a no incurrir en ninguna de las prohibiciones para contratar se considera en el art. 20 de la LCAP, de análogo número en el RDL 2/2000, de 16 de junio.

En los criterios de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, sienta el art. 53, los distintos criterios vinculados al objeto del contrato público del que se trate, por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, etc.

Se constata que no figura experiencia como factor a puntuar en la adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo en la clasificación.

DUODÉCIMO

Hemos afirmado que la Directiva 2004/18/CE (LCEur 2004, 1837) no altera sustancialmente nuestro marco normativo por cuanto en la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 (LCEur 1993, 4136) , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro en su artículo 23 ya establecía los medios por los que podrá acreditarse la capacidad técnica del proveedor como la relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados. Mientras su art. 26 fijaba los criterios para la adjudicación de contratos a la oferta económicamente más ventajosa que variarán según el contrato de que se trate: precio, plazo de entrega, coste de explotación, asistencia técnica, etc. Pero, obviamente, sin incluir el parámetro experiencia. Criterios reflejados en el art. 87 de la LCAP (RCL 1995, 1485, 1948) pero que ya figuraban en lo esencial en los arts. 36 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026) , LCE, art. 115 Reglamento General de Contratos del Estado, RGCE (RCL 1975, 2597) . respecto al contrato de obras; 87 de la LCE y 247 del RGCE respecto al de suministros tras su adecuación al derecho comunitario por mor RDL 931/1986, de 2 de mayo (RCL 1986, 1525, 1644) y RD 2528/1986, de 28 de noviembre (RCL 1986, 3726, 3780 y RCL 1987, 25) .

Como ha dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes/Estado de los Países Bajos, asunto 31/1987 (TJCE 1989, 26) «la consideración de la EXPERIENCIA específica para realizar la obra se base en la capacidad técnica de los licitadores». Y más claramente en la sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto 27/1998 (TJCE 1999, 198) , Metalmecánica Fracasso y otros en «el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato como el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad y el valor técnico». Es decir resulta patente que el factor EXPERIENCIA no es un criterio de adjudicación.

Por lo tanto, si atendemos a que la norma legal aún permitiendo criterios semejantes a los enumerados en el art. 87 de la LCAP no recoge las referencias técnicas ni, menos aún la solvencia económica, financiera y técnica, como criterio de adjudicación este Tribunal estima el recurso Contencioso-Administrativo declarando la nulidad del precepto contenido en el pliego sin que sea necesario entrar en el examen del resto de los apartados del precepto impugnado.

En igual sentido se pronuncia la **Junta consultiva de contratación administrativa de la Administración del Estado**: por todos citar el Informe 53/97, de 2 de marzo de 1998, que declaraba lo siguiente: «*La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo fielmente el criterio de las Directivas comunitarias, distingue entre los requisitos de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a contratos convocados por la Administración (artículos 16 a 19 LCAP) y los criterios*

que para la adjudicación de los contratos han de utilizar los órganos de contratación, bien el precio más bajo en la subasta (artículo 75.2 LCAP) bien otros criterios enumerados en el artículo 87 para los supuestos de adjudicación por concurso».

3.4.2.- La experiencia pueda ser, en determinados supuestos, un criterio de adjudicación de los contratos.

Como se ha indicado anteriormente, los criterios de valoración no pueden orientarse a la apreciación de la aptitud de la empresa, sino a la apreciación de la ventaja económica de su oferta y los procesos son claramente diferenciados. No obstante a menudo se recurre a la valoración del equipo de trabajo como factor clave o importante en la selección de ofertas tanto como criterio de solvencia como criterio de adjudicación.

El órgano de contratación debe saber diferenciar los aspectos propios de una primera selección en función de parámetros de suficiente solvencia o mínima aportación de medios humanos (art. 64.2 TRLCSP) y de una evaluación de una propuesta de ejecución del contrato mediante los criterios de adjudicación. La consideración de determinados certificados de cualificación profesional siempre que no tengan un efecto anticoncurrencial o discriminatorio podrían ser un criterio de adjudicación y también podrían ser un criterio de solvencia. Por lo tanto, hay que analizar siempre, caso a caso, si resulta conveniente evaluar como criterio de adjudicación ese criterio ya que, en atención al objeto del contrato y por sus circunstancias concordantes, a menudo bastará con exigir una solvencia determinada a las empresas que se presenten a la licitación (facilitando el acceso a las PYMES y evitando un sobrecoste a la administración al imponer criterios de evaluación innecesarios o excesivos para cumplir el contrato).

El TRLCSP hace dos menciones al equipo de trabajo en cuanto a la aplicación de criterios de solvencia:

- En el art. 64, sobre la concreción de los medios de solvencia, dice que podrá exigirse que se especifique en la oferta la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.
- En el art. 78, sobre la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios en particular, menciona como medios de acreditación, entre otros, las titulaciones académicas y profesionales del personal responsable de la ejecución del contrato.

Cuando se decida la conveniencia de valorar la composición y/o cualificación de los miembros del equipo, habrá que establecer como solvencia los mínimos, -y a menudo máximos (el llamado umbral de saturación)-, exigidos para cada concepto, de forma que se valorará, como criterio de adjudicación, el avance respecto de esos

mínimos de forma que la mejora en su composición y/o cualificación de sus perfiles profesionales resulta diferencial.

Cuando se contempla la valoración del equipo de trabajo, es recomendable que se haga como criterio evaluable mediante fórmula.

Si la pretensión es establecer unos requisitos mínimos de aportación de medios profesionales, ese requisito mínimo ha de satisfacerse como una declaración en fase de solvencia técnica, declaración que se acredita antes de la adjudicación del contrato (art. 151.2 TRLCSP para los contratos administrativos). Los medios humanos que superen ese mínimo pueden valorarse como criterio de adjudicación indicando en los pliegos los umbrales mínimo y máximo evaluables su puntuación, siendo recomendable el uso de fórmulas de valoración.

Ejemplo de buena praxis

- Entendiendo que la valoración se hará en atención a la titulación, antigüedad en cierta categoría profesional y/o conocimientos específicos relevantes para la prestación, deben buscarse criterios para su objetivación y fácil acreditación.
- Así, respecto a la antigüedad, se recomienda valorar el exceso en meses respecto del umbral de satisfacción exigido en solvencia (y con el umbral de saturación que se estime oportuno). Deberá estar referida a la categoría profesional con la que dicha persona participará en el proyecto y normalmente se acreditará con la declaración de participación en proyectos que figure en el currículum allegado.
- En cuanto al nivel de conocimientos específicos, se recomienda evitar la valoración de conocimientos funcionales, por la dificultad en su acreditación y la facilidad con la que derivan en valoraciones arbitrarias o tendentes a favorecer exclusivamente experiencias previas. Sí resulta adecuado valorar (o exigir mínimos en solvencia) conocimientos en materias específicas que resulten de aplicación al objeto del contrato. La acreditación de este tipo de conocimiento deberá basarse, cuando existan y tengan una implantación razonable, en certificaciones empresariales y/o administrativas.
- En todo caso, para que la experiencia pueda incorporarse como criterio de selección ha de respetar el principio de no discriminación.

De interés: Recomendación 1/2011 de la XCCA-Galicia, sobre las cláusulas que deben incluirse en los contratos de servicios que impliquen contratación de personal.

SOBRE EL TEMA DE LA VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS RESULTAN DE INTERÉS:

INFORMES: el informe de la Junta Consultiva estatal núm. 13/1998 de 30 junio (que indica que la prohibición del uso de la experiencia como criterio de adjudicación es de clara observancia en el caso de procedimientos abiertos pero, por su naturaleza específica, no es de aplicación al procedimiento negociado, y debe ser objeto de matizaciones en relación con el procedimiento restringido), Recomendación de la Junta Consultiva de Cataluña núm. 1/1997 de 23 mayo, informe núm. 3/1998 de 24 abril de la Junta Consultiva de Baleares, entre otros.

SENTENCIAS: STJCE de 19 de junio de 2003 (TJCE 2003, 182) (GAT), Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2003, Sentencia del Tribunal General (Sala cuarta) de 20 de septiembre de 2011 (Asunto T-461/08); STS de 11 de mayo de 1999 y de 21 de mayo de 1999; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2001, STSJ Castilla-La Mancha, de 26 junio 2000, STSJ Andalucía de 31 de mayo de 2001 o la STSJ Canarias de 1 de marzo de 2005.

RESOLUCIONES DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS:

- TACP Madrid Resolución 20/2011 Experiencia y cualificación del personal adscrito al contrato. Criterio válido.

-TACRC Resolución 129/2011 Idoneidad del equipo. Criterio de valoración válido.

-TACRC 27/4/2011 Criterios de valor proscritos por no guardar relación con el objeto del contrato: cuantía del seguro de responsabilidad civil, no disponibilidad de una central de alarmas y estabilidad en la plantilla.

-TACRC 27/4/2011 Contrato de servicios. Proyecto de reparcelación. Valoración del criterio «idoneidad de los equipos jurídico, técnico y de valoraciones»

3.5.- CRITERIO DE ADJUDICACIÓN: REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A menudo se pone como criterio de evaluación de las ofertas una reducción en plazo de ejecución de los contratos. Al respecto debemos atender a las directrices marcadas por la Junta consultiva de contratación estatal que, en su Informe 13/2004, constituye un auténtico fraude el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato cuando la reducción del mismo se consideró como un criterio de adjudicación.

Consideración jurídica 5ª

Apartado 8: En cuanto se refiere a la consideración y efecto de la reducción de plazo de ejecución presentada por el contratista cabe señalar que si tal reducción constituyó un criterio de adjudicación del contrato su incumplimiento representa en si mismo un manifiesto fraude que impidió la adjudicación del contrato a otro candidato que pudo realizar una proposición más ajustada a la realidad. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo de ejecución debe constituir una causa resolutoria del contrato con los efectos que respecto de la misma se determinan en el artículo 20, letra c), como causa de declaración de la prohibición para contratar, y, en su caso, en el artículo 33, apartado 2 y apartado 3, letra b), de la Ley.



150.6 TRLCSP: Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223.f).

4. VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

4.1.- NORMAS XERAIS DE ELABORACIÓN DE INFORMES DE VALORACIÓN

Los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora, por ello, la transparencia en el sistema de atribución de puntuación de los criterios de valoración es crucial en las licitaciones públicas, en la medida en que, para limitar posibles excesos de discrecionalidad, debe explicarse el mecanismo y los parámetros que determinan la progresividad de las puntuaciones:

- a. Deben redactarse de forma clara y justificar detalladamente las razones en las que se fundamenta la puntuación.
- b. Se debe realizar un estudio comparativo de las ofertas con sus pros y contras / fortalezas y debilidades
- c. Se valorarán únicamente aspectos considerados en los pliegos y no se otorgará puntuación alguna por el cumplimiento de requisitos obligatorios o evaluados en la solvencia.
- d. Se justificará, en la valoración, la puntuación de los aspectos relevantes manifestando que las puntuaciones positivas se conceden a las ofertas que se distinguen por encima de las demás y las puntuaciones nulas las que quedan por debajo de la mínima exigible.

En general, es preferible evitar que las puntuaciones se limiten a la posibilidad de obtener solo dos evaluaciones, la mínima, a la que se atribuiría 0 puntos, y una máxima, valorada con la cifra que se decida seleccionar, debiendo permitirse un recorrido de puntuación intermedia entre dichos valores extremos.

Igualmente, para evaluar los parámetros económicos, es preferible seguir un sistema de progresión lineal entre la puntuación otorgada a cada oferta y el grado de mejora a este respecto que ésta conlleva.

4.2.- VALORACIÓN DE LAS MEJORAS

- La puntuación, en el margen previsto en los pliegos, se establecerá en atención a la utilidad y al valor añadido y siempre deberá ser justificada en el informe de valoración.
- Asimismo, se justificará también el otorgamiento de cero puntos a una propuesta de mejora.

4.3.- ESTABLECIMIENTO DE UMBRALES MÍNIMOS

Informe 5/2012 de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía sobre la procedencia de establecer umbrales mínimos a aplicar en los criterios de valoración de las ofertas en los procedimientos abiertos.

La cuestión que se plantea se refiere a la procedencia de la articulación de la valoración de las ofertas en varias fases en un procedimiento abierto, así como la procedencia de establecer umbrales mínimos a aplicar en el criterio de calidad técnica para la valoración de las ofertas. En este supuesto el hecho de que en un procedimiento abierto se especifique en los pliegos de condiciones que por debajo de un umbral de calidad técnica, en aplicación de los criterios de adjudicación que afectan en exclusividad a la oferta técnica, se considere que la proposición presentada no reúne ni alcanza un nivel mínimo de calidad, no es contrario al principio de concurrencia, ni a los principios de transparencia, discriminación e igualdad de trato. Hay que señalar que ni la Directiva 2004/18/CE (LA LEY. 200915/2004) ni la legislación nacional de aplicación contiene precepto alguno ni indicación sobre qué debe hacer un poder adjudicador cuando en un procedimiento abierto de licitación se constata, por parte del órgano que evalúa las ofertas, que la oferta técnica presentada por un licitador y sobre la que no está permitido solicitar aclaraciones y/o negociar aspecto alguno, es imprecisa, deficiente o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego correspondiente. Por lo tanto, el establecimiento de un umbral mínimo de puntuación para la valoración de la calidad técnica de una oferta en un procedimiento abierto y la imposibilidad de continuar en el proceso selectivo de los licitadores que no lo superen es conforme con lo que se establece en el artículo 86.2 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LA LEY. 2206/2000), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LA LEY. 2206/2000) y en el artículo 150.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LA LEY. 1646/2011), así como en el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE (LA LEY. 200915/2004).

4.4.- OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS

Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales (art. 152.2 del TRLCSP), sin que sean de aplicación, a tal efecto, los fijados en el artículo 85 del RGLCAP aplicables únicamente en caso de utilizar un solo criterio de adjudicación, por así disponerlo el artículo 90 del mismo texto reglamentario como confirma la JCCA en su informe 58/08.

La circunstancia de que la oferta sea calificada de desproporcionada o anormal no determina su automática exclusión, sino que debe seguirse el procedimiento regulado en el apartado 3 del art. 152 del TRLCSP:

Primero.- Deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de su oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

Segundo.- Con la respuesta dada por el licitador deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Tercero.- si la mesa de adjudicación decide, a la vista del informe técnico y la justificación de la empresa, excluir al licitador, deberá ser el órgano de contratación quien clasifique, nuevamente, por orden decreciente las ofertas presentadas de conformidad con los criterios de valoración de las mismas establecidas en el pliego, atribuyendo nuevas puntuaciones sin tener en cuenta la proposición excluida.

El texto traspone casi literalmente lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE.

Lectura recomendada: Dictamen de la Abogacía del Estado de 29 septiembre de 2010 sobre la forma de proceder en el caso de ofertas con valores anormales o desproporcionados a la luz de los artículos 135.1,135.2 y 136.4 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

“Debe darse audiencia a todos los licitadores cuyas ofertas presentan valores anormales o desproporcionados con carácter previo al cálculo de la puntuación económica de las ofertas y su ordenación consiguiente a los efectos de adjudicar provisionalmente el contrato. El cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse excluyendo a las que no justifiquen su viabilidad tras el trámite de audiencia a quienes hayan presentado esas ofertas anormales.”

Recomendación del Tribunal de Cuentas en su Informe número 760, aprobado por el Pleno del mismo el 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización de los criterios de adjudicación utilizados en los procedimientos de contratación de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005.

Según el citado Tribunal, debería renunciarse al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone renunciar *a priori* y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite formular alegaciones por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato.