

**JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA MINISTERIO
DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

INFORME 6/2020

Expediente 6/20

Materia: Admisibilidad de umbrales en el procedimiento abierto.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación de Valencia ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Los servicios dependientes de los órganos de contratación de la Diputación de Valencia encargados de la tramitación de los expedientes de contratación plantean la siguiente cuestión derivada de la interpretación, en la gestión de los expedientes, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

La misma se traslada por el presente escrito a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando esta Presidencia la emisión de informe a efectos de garantizar la correcta tramitación de los procedimientos de contratación.

Criterios adjudicación. De la lectura del art 145.2 de la LCSP es claro que los criterios “cualitativos” son aquellos relacionados con la calidad de la prestación a contratar. Dichos criterios pueden ser evaluables mediante fórmulas y/o no evaluables mediante fórmulas. De otro lado, el artículo 146.3 de la LCSP permite articular el procedimiento en varias fases indicando en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo “(...) un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.

Dicha redacción nos ha venido planteando problemas en el seno, p.ej. de un procedimiento abierto, en el cuál pudiera emplearse como criterios de adjudicación cualitativos criterios evaluables mediante fórmulas y criterios no evaluables mediante fórmulas, permitiendo, la herramienta de licitación electrónica de la PCSP la configuración de 3 sobres: sobre 1 (documentación administrativa), sobre 2: (proposición criterios no evaluables mediante fórmulas) y sobre 3 (proposición criterios evaluables mediante fórmulas) y no p.ej. un sobre 4 con criterios evaluables mediante fórmulas que no fueran de calidad (sólo precio), con la

consecuencia que una interpretación strictu sensu del artículo hace que el mismo no sea aplicable más allá del descarte del licitador a efectos de clasificación de ofertas, pues no existe una fase en la valoración más allá de la apertura y evaluación del sobre de criterios automáticos o valorables mediante fórmulas.

Recientemente, se ha tenido conocimiento de la Resolución 191/19 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que expresa: “(...) Cabe señalar que desde el punto de vista del derecho europeo, y en particular de la Directiva 2014/24, la posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179,4 del citado texto legal. Pues bien, en este contexto, el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto no supone la existencia de fases en sentido propio, sino que el procedimiento consta de una única fase con dos momentos de valoración (...). “

En dicho sentido la Resolución transcrita cita la sentencia del Tribunal de Justicia (sala cuarta) de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el OARC de Euskadi.

Añade la Resolución del TRC de Andalucía, “(...) Además, téngase en cuenta que el mencionado artículo 146.3 de la LCSP, ante la posibilidad de fijar fases en la licitación que deban ir superándose por las distintas ofertas presentadas, prevé la obligación de un umbral mínimo del 50% de la puntuación en los criterios cualitativos. Estos últimos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, por lo que la pretendida aplicación obligatoria del artículo 146.3 a los dos momentos de valoración de un procedimiento abierto, como el aquí examinado, exigiría tomar en consideración la puntuación de criterios cualitativos que se hubieran establecido en el segundo momento de evaluación de las ofertas, lo que frustraría el espíritu del precepto que parece estar pensando en un umbral mínimo para poder pasar de una fase a la sucesiva(...)”

En aplicación de su predecesor, el artículo 150.4 del TRLCSP: que señalaba: “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo” los distintos poderes adjudicadores entendíamos la posibilidad de aplicación facultativa en un procedimiento abierto, en el típico caso de exigencia de un umbral mínimo en el sobre 2 (oferta no evaluable mediante fórmulas) para poder abrir el sobre 3.

A la vista de todo lo expuesto y sin perjuicio de la obligatoriedad de establecimiento de umbral en los únicos

supuestos de licitación con negociación; diálogo competitivo y asociación para la innovación en base a la STSJUE indicada ¿Cabe con carácter facultativo su establecimiento en procedimientos abiertos en los que los criterios cualitativos únicamente figuren en el sobre de juicios de valor?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Diputación de Valencia nos consulta acerca de la posibilidad de establecer un umbral mínimo de puntuación en las proposiciones de los licitadores en aquellos procedimientos abiertos en los que los criterios cualitativos únicamente figuren en el sobre o archivo electrónico correspondiente a los juicios de valor.

Se apoya la consulta en una serie de consideraciones sobre el régimen de fases sucesivas previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), para los supuestos de licitación con negociación (artículo 169.3), diálogo competitivo (artículo 175.3), procedimiento de asociación para la innovación (artículo 179.4) y en lo dispuesto con carácter general en el artículo 146.3 LCSP.

2. La facultad del órgano de contratación de establecer un umbral mínimo de puntuación en la evaluación de criterios cualitativos dependientes de un juicio de valor en un procedimiento abierto, con el consiguiente efecto de que queden excluidos del procedimiento aquellos licitadores cuya oferta no supere el umbral de puntuación técnica establecido, ha sido abordada por la sentencia de la sala cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20 de septiembre de 2018, dictada en el ASUNTO C-546/16, Montte y Musikene. Esta sentencia analiza expresamente esta posibilidad que ya autorizaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, poniéndola en relación con las previsiones expresas relativas a la posibilidad de articular el procedimiento en fases sucesivas de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2014/24.

El punto de partida del razonamiento de la sentencia citada es que, dentro del respeto de las exigencias derivadas de los principios de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato, “los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar con arreglo a sus necesidades el nivel de calidad técnica que las ofertas presentadas deben garantizar, en función de las características y del objeto del contrato de que se trate, y para establecer el límite mínimo que esas ofertas deben respetar desde un punto de vista técnico. A estos efectos, como ha alegado la Comisión en sus observaciones escritas, el artículo 67 de la Directiva 2014/24 (referido a los criterios de adjudicación del contrato) no se opone a la posibilidad de que, en la fase de adjudicación del contrato, se comience por excluir las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica. A este respecto, resulta evidente que una oferta que no alcance ese límite mínimo no responde, en principio, a las necesidades del poder adjudicador y no

debe tenerse en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa” (apartado 32).

Como se indica en el apartado 34 de la meritada sentencia, esta conclusión no se pone en entredicho por el hecho de que la Directiva 2014/24 contemple expresamente la posibilidad de que el procedimiento de contratación se desarrolle en fases sucesivas en ciertos procedimientos distintos de los procedimientos abiertos, tales como el procedimiento de licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación. A este respecto el TJUE justifica esta conclusión en que “como indicó en sustancia el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que la Directiva 2014/24 reserve la posibilidad de desarrollarse en fases sucesivas a determinados procedimientos, como los que se contemplan en su artículo 29, apartado 6, en su artículo 30, apartado 4, y en su artículo 31, apartado 5, no permite concluir que una evaluación de las ofertas en dos tiempos, durante la única fase de adjudicación del contrato, no sería admisible en un procedimiento abierto, como el examinado en el litigio principal.” (apartado 35)

La diferencia que existe entre la aplicación de un umbral mínimo en uno de los distintos momentos de valoración de las proposiciones realizadas en el seno de un procedimiento abierto y el sistema de valoración en fases de los demás procedimientos mencionados obedece, a juicio del TJUE, a su diferente justificación.

En efecto, según el criterio del Tribunal Comunitario, en los procedimientos para los que se prevén de modo específico diferentes fases de valoración, tal cosa se justifica (apartado 36) por la naturaleza específica de esos procedimientos, en los que la negociación o el diálogo podrían verse dificultados si se mantuviera un número excesivo de ofertas hasta la fase final del procedimiento de contratación.

Sin embargo, en un procedimiento abierto, la fijación de umbrales en una primera fase de valoración se funda en una situación diferente, plenamente justificada siempre que las únicas ofertas que el poder adjudicador esté autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio sean las ofertas que no cumplan los requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfagan las necesidades del poder adjudicador. Para el TJUE “esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio, ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos” (apartado 37).

El Tribunal concluye, conforme a los anteriores razonamientos, que la Directiva 2014/24 no se opone a una legislación nacional que permita que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación queden excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio y ello con independencia del número de licitadores restantes.

3. Tras la entrada en vigor de la LCSP la doctrina del TJUE resulta plenamente aplicable a la misma a la

vista de que los artículos 146.3, 169.3, 175.3 y 179.4 LCSP, referidos a los distintos procedimientos que hemos venido mencionando a lo largo de este informe, incorporan fielmente lo dispuesto en los correspondientes preceptos de la Directiva 2014/24 que ya fueron analizados por la jurisprudencia comunitaria y que, en consecuencia, deben interpretarse también en el sentido expuesto.

Esta doctrina ha sido recogida asimismo en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pudiendo citarse, entre otras, la nº 207/19, de 8 de marzo, en la que se contiene una cita expresa de la Sentencia del TJUE recogida en este informe.

CONCLUSIÓN.

De acuerdo con la LCSP y con la Directiva 2014/24/UE, en los procedimientos abiertos en los que se establezcan criterios cualitativos sometidos a juicios de valor cabe establecer en los pliegos requisitos mínimos o umbrales, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de su evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior.