

La apuesta por la calidad pone en jaque al precio*

Rafael Fernández Acevedo. Universidade de Vigo

La calidad de la prestación constituye el elemento que debe presidir la actividad contractual de las entidades del sector público, desde su imprescindible planificación, hasta la todavía descuidada ejecución, pasando, obviamente, por la adjudicación. Así lo exige hoy la LCSP con su decidida apuesta por la calidad ya en su inicial art. 1.3, idea que reitera en el art. 28.2 cuando prescribe que todas las entidades del sector público deben valorar la incorporación de consideraciones sociales, ambientales y de innovación, porque son “*aspectos positivos*” de los procedimientos de contratación pública. La idea se proyecta decididamente también sobre los criterios de adjudicación pues, con carácter general -y en todo caso en los supuestos del art. 145.3-, debe utilizarse una pluralidad de criterios económicos y cualitativos que permitan lograr la mejor relación calidad-precio. Así se subraya por el art. 131.2 LCSP conforme al cual “*la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de la mejor relación calidad-precio*”. La apuesta se redobla al imponer la obligación a los órganos de contratación de velar por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades (art. 145.4 LCSP).

En este sentido, ha de convenirse con el profesor Gimeno Feliú en que el precio no puede seguir siendo el protagonista de la adjudicación de los contratos públicos, en particular cuando se trata de determinados ámbitos como el de los servicios públicos esenciales, el de las prestaciones a las personas, el de los medicamentos o para hacer frente a los desafíos que plantea la gestión de los fondos europeos *Next Generation*. Debe desterrarse la idea del precio como factor principal de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública “*y caminar por la senda de la calidad de la prestación*”, para poner el acento en la correcta ejecución y no tanto en los trámites previos¹.

Por otra parte, si el órgano de contratación al establecer el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, ha realizado de forma rigurosa los cálculos cuidando de que sean adecuados a los precios del mercado, tal y como exigen los arts. 100 y 101 LCSP, y ha incluido todos los costes de ejecución y el beneficio industrial, no tiene lógica ninguna, como ha enfatizado con todo acierto Blanco López, que “*diseñe la selección de la mejor oferta a partir de dar al precio ofrecido más bajo por las empresas una ponderación elevada*”. Y subraya que “*atenta al sentido común que si el presupuesto máximo de licitación desglosa los costes directos e indirectos y esos cálculos están fundamentados quiera obtenerse un precio más bajo como criterio básico de selección. O el precio más bajo es anormal o si no puede ser así calificado es un precio que no se corresponde con una práctica empresarial ordenada*”². O bien, añadido yo, la baja en el

* Esta opinión, con ligeras modificaciones, tiene su origen en un apartado del trabajo R. Fernández Acevedo (2022), “Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque”, en Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona, pp. 209-261, realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Desafíos estratégicos de la contratación pública en la era de la 4ª Revolución Industrial: Sostenibilidad, gobernanza e inteligencia artificial» (2021-2024), financiado por el Gobierno de España, Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref: PID2020-117707RB-I00).

¹ J.Mª. Gimeno Feliú (2022), “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, p. 3, *pro manuscrito*.

² F. Blanco López (2018), “Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica”, en Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi-Thomson Reuters,

precio se ha logrado sacrificando calidad, técnica, ambiental, social o de otra índole, en detrimento de la prestación que es la causa del negocio.

Por ello conviene detener la atención en varias cuestiones de no poca trascendencia en orden a identificar hasta qué punto la apuesta por la calidad pone en jaque al precio. Así, en primer término, cabe preguntarse si es posible no tener en cuenta el precio a la hora de adjudicar un contrato público y hacerlo única o fundamentalmente con base en criterios de calidad; en segundo lugar, si es posible limitar y, en su caso, hasta qué punto, el peso que pueda corresponder al precio por comparación con los demás criterios; y finalmente si puede articularse la adjudicación en varias fases de modo que quepa excluir ofertas exclusivamente por motivos de calidad sin tener en cuenta el precio

a) Por lo que a la primera de las cuestiones planteadas se refiere, la legislación española anterior ya se planteaba la posibilidad de prescindir del precio y adjudicar el contrato con arreglo a criterios distintos al preguntarse; esto es, si el precio debía ser siempre o no uno de los criterios con arreglo a los cuales efectuar la valoración de las ofertas. La entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no obstante señalar lo excepcional del supuesto, sí lo admitía con base en la LCAP/1995. En efecto, en varios informes afirmó que el art. 87 LCAP/1995 “*señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión ‘tales como’ y haciendo alusión a ‘otros semejantes’ lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva -pueden existir otros criterios objetivos- ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso, por lo que la primera conclusión que debe mantenerse es la de que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos*”³. Posibilidad que extiende incluso, por vía de hipótesis, a los contratos de obras, si bien, advirtiendo que “*es difícil imaginar que en este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso*”⁴.

A igual conclusión llegó Doménech Pascual interpretando *a contrario sensu* las previsiones del art. 150.1, pfo. 2º, del TRLCSP/2011, a cuyo tenor “*cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo*”, de donde se deduce que no es obligado ponderar el precio cuando se utilizan varios criterios⁵.

La actual LCSP, por su parte, exige que entre los criterios de adjudicación, cualquiera que sea el sistema elegido, mejor relación calidad-precio, mejor relación coste-eficacia o un único criterio, siempre se tenga en cuenta uno relacionado con los costes, que puede ser el precio o el coste del ciclo de vida. En cambio, la Directiva 2014/24/UE (en adelante, DCP) sí admite que el precio quede completamente al margen de los criterios de adjudicación y que los licitadores compitan con arreglo a otros criterios distintos y, en particular, a criterios de calidad entre los que se encuentren aspectos ambientales o sociales. En efecto, si bien el primer párrafo del art. 67.2 DCP afirma que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador ha de determinarse “*siempre*” sobre la base del precio o coste, pudiendo incluir además la mejor

Cizur Menor (Navarra), pp. 1284.

³ Informe de la JCCA 28/95, de 24 de octubre de 1995.

⁴ Informe de la JCCA 29/98, de 11 de noviembre de 1998, en el que reproduce literalmente la doctrina sentada en el citado anterior.

⁵ G. Doménech Pascual (2012): “La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos”, en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 30, p. 46.

relación calidad-precio, el segundo párrafo permite que el factor coste adopte la forma de un precio o coste fijo, previamente determinado por el órgano de contratación, no susceptible de mejora por minoración y “*sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad*”. En este contexto, los criterios de adjudicación únicamente serían estos últimos.

Es cierto que esta posibilidad que brinda a los poderes adjudicadores la DCP no ha sido recogida de modo expreso en nuestro ordenamiento a pesar de que varias enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley manifestaron la necesidad de incluirla⁶. Sin embargo, también lo es que el precepto señalado de la DCP, como tempranamente concluyeron los Tribunales Administrativos de Contratación Pública⁷, posee efecto directo por lo que sería de aplicación al menos en los contratos sujetos a regulación armonizada cubiertos por aquella.

Las dudas proceden de la aparente incompatibilidad de la ausencia del precio como criterio de adjudicación con el principio de eficiencia en la gestión de los fondos públicos consagrado en los arts. 31.2 CE y 1.1 LCSP; principio que es, además, una de las razones expresamente esgrimidas para revisar y modernizar las normas vigentes en materia de contratación pública por la DCP (considerando 2).

Suele pensarse, en efecto, que la introducción de criterios ambientales, sociales o laborales en la contratación pública conlleva a menudo mayores costes, lo que cabría considerar como poco respetuoso con dicho principio de eficiencia en el uso de los fondos públicos. Pero la idea de eficiencia debe ser replanteada para superar su consideración pura y estrictamente económica (la obtención del menor precio a toda costa⁸) para pasar a una concepción más amplia que tenga en cuenta otros aspectos, ambientales, sociales o laborales, que, por otra parte, también tienen su traducción económica como bien se demuestra, por ejemplo, en el cálculo del coste del ciclo de vida. Es justamente en este sentido como deben interpretarse las palabras recogidas en la *Estrategia Europa 2020* cuando, en aras de asegurar un saneamiento inteligente de las finanzas públicas para un crecimiento a largo plazo, exige que la política de contrataciones públicas garantice un uso más eficaz de los fondos públicos⁹. Asimismo, el Consejo Europeo, con el objetivo de establecer incentivos adecuados para la inversión y el crecimiento sostenibles e innovadores en la UE a través de la contratación pública, ha destacado el carácter crucial de la transparencia, la rendición de cuentas y la competencia leal para garantizar el uso eficaz y eficiente de los recursos para la transición ecológica y los esfuerzos de recuperación. Y subraya que “*la eficiencia de la contratación pública será, por tanto, un importante factor de éxito para la recuperación, el crecimiento y la creación de empleo justo, con lo que se fortalecerá la resiliencia económica y social de la Unión, así como*

⁶ Enmiendas 261 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana y 890 de Francesc Homs Molist (Grupo Parlamentario Mixto) en relación con los contratos de servicios intelectuales.

⁷ Vid., “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Documento de estudio presentado y aprobado en la reunión de Madrid el 1 de marzo de 2016, p. 43: “*Artículo 67: Criterios de adjudicación del contrato. Tiene efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2*”.

⁸ Sostiene P. Valcárcel Fernández (2022), “Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos. ¿Son admisibles?”, en *Revista de Administración Pública* núm. 217, enero-abril, p. 130, que “*el pago del menor precio posible en un contrato público no es necesariamente síntoma de una gestión pública eficiente*”.

⁹ Comunicación de la Comisión, Europa 2020. *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3.3.2010 COM(2010) 2020 final, p. 30.

la protección de la salud de sus ciudadanos y del medio ambiente”¹⁰.

La oferta económicamente más ventajosa, por tanto, no siempre -ni habitualmente siquiera- será la determinada exclusiva o principalmente por el menor precio, sino la que en su conjunto resulte más ventajosa “económicamente”, entendido este término en sentido amplio, como economía social y sostenible, puesto que pueden formar parte del concepto económico aspectos como la calidad, las consideraciones ambientales, sociales, etc., que como digo también tienen a la postre traducción económica. La protección del medio ambiente, el uso eficiente de los recursos naturales, de la energía, del agua, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación y la inclusión social o lograr las mejores condiciones posibles para obtener servicios públicos de alta calidad, pueden y deben constituir, sin duda, parte principal del concepto de eficiencia¹¹.

Como subraya Gimeno Feliú, frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de conectar dicho principio con el estándar de calidad más adecuado para la prestación de que se trate, *“en línea de una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental”¹².*

La concepción de la contratación pública como herramienta para el cumplimiento de objetivos de carácter ambiental o social se ha impuesto de forma ya irreversible, pues constituye un instrumento de mercado que coadyuva a garantizar una más racional y eficiente y, por tanto, sostenible, utilización de los recursos, a reactivar la actividad económica y a fomentar la innovación. Y se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y, en particular, con el Objetivo 8. *“Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”*.

Por ello, la noción de eficiencia debe reinterpretarse en el sentido apuntado, como eficiencia global, no exclusivamente económica en sentido estricto. Una eficiencia que tiene en cuenta la calidad, pues conjuga la obtención de la máxima rentabilidad social y ambiental de las inversiones públicas con el menor gasto posible. Como muy expresivamente afirma González García, la LCSP *“ha modificado un mal entendimiento de la eficiencia solo de naturaleza economicista (es más eficiente lo más barato, sin analizar ningún otro elemento) y lo ha articulado mediante una vinculación con la calidad; es más eficiente lo que nos da más por el precio que pagamos”¹³.*

En definitiva, es perfectamente admisible, con independencia de lo frecuente que ello pueda llegar a ser, que la Administración establezca un precio fijo e invite a los licitadores a presentar ofertas que versen sobre ciertos aspectos cuantitativos o cualitativos de la prestación contractual, y entre ellos los de carácter ambiental.

¹⁰ Conclusiones del Consejo, *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente* (2020/C 4121/01), 31.11.2020, pp. 4 y 2.

¹¹ R. Fernández Acevedo (2016), “Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta”, en Razquin Lizarraga (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 80-82.

¹² J.M^a. Gimeno Feliú (2022), *cit.* p. 25.

¹³ J.V. González García (2018), “Calidad y eficiencia en la contratación pública”, en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/> (último acceso 16/12/2022).

b) En supuestos distintos de los que se acaban de exponer, es decir, cuando el precio no es fijo y forma parte de una pluralidad de criterios de adjudicación, la segunda cuestión anticipada plantea *hasta qué punto es posible limitar el peso que pueda corresponder al precio* por comparación con los demás criterios.

El legislador ha mostrado una especial preocupación por otorgar a la calidad un subrayado protagonismo exigiendo que los criterios relacionados con ella representen, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas en determinados contratos de servicios [en concreto, los de servicios sociales del Anexo IV y los de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los de ingeniería y arquitectura (art. 145.4, pfo. 2º, LCSP)]. Así pues, en estos supuestos el criterio precio tendrá en todo caso un papel minoritario en la ponderación que, al no haberse establecido tope mínimo alguno, podría llegar a ser prácticamente irrelevante o incluso nulo¹⁴.

Más cabe plantearse también si la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación para articular los criterios de adjudicación permite hacer uso de los denominados índices o umbrales de saciedad como fórmula para empoderar la calidad. Este sistema consiste en fijar en los pliegos un porcentaje máximo de baja a partir del cual el licitador ya no podrá obtener mayor puntuación. Su efecto es bien claro: más allá del umbral se compete únicamente sobre criterios de calidad.

El TACRC venía considerando como contrarias al principio de economía en la gestión de los recursos públicos las fórmulas que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no reciben una puntuación superior¹⁵. En la misma línea, la JCCA había dicho que estos umbrales determinan que el comportamiento de los licitadores sea previsible lo que podría contradecir el espíritu de la norma cuando exige que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor se efectúe previamente a la de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes¹⁶.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LCSP, el TACRC ha cambiado su criterio a partir de la resolución 976/2018, de 26 de octubre, posteriormente confirmada por numerosas otras posteriores, en lo que puede ya considerarse como doctrina bien consolidada en un sentido abiertamente favorable a su admisibilidad¹⁷. Conviene detenerse en las apreciaciones del TACRC porque son del máximo interés a nuestros efectos.

Sostiene el TACRC que son diversas las causas o razones que pueden justificar que se module el criterio precio y se establezcan límites a las bajas de los licitadores. Así, por ejemplo, obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, la formulación rigurosa del presupuesto del contrato con arreglo a precios de mercado, desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios cualitativos por los bajos precios ofertados, o evitar problemas en la ejecución del contrato. La libertad del órgano de

¹⁴ El Decreto-ley extremeño 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, va más allá e iguala a todos los contratos de servicios que se liciten por procedimiento abierto, estableciendo que “*el criterio precio no podrá superar el treinta por ciento del total de puntos asignable en la valoración de las ofertas*” (art. 3.2).

¹⁵ Por ejemplo, resolución del TACRC 873/2016, de 28 de octubre.

¹⁶ Informe de la JCCA 42/12, de 7 de mayo de 2013. Sigue esta línea contraria a la legalidad de los umbrales de saciedad la resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

¹⁷ Así, resoluciones del TACRC 1230/2021, de 23 de septiembre; 496/2021, de 30 de abril; 247/2021, de 12 de marzo; 172/2021, de 19 de febrero; 110/2021, de 5 de febrero; 997/2020, de 18 de septiembre; 400/2020, de 19 de marzo; 853/2019, de 18 de julio; 725/2019, de 27 de junio; o 484/2019, de 9 de mayo.

contratación ampara modular el criterio precio en relación con los demás de modo que se obtenga el máximo nivel de calidad de la prestación demandada.

Niega que los umbrales de saciedad provoquen lesión alguna de los principios de control del gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, *“puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto”*.

A mayor abundamiento refuerza su argumentación con base en la DCP y en la LCSP. Recuerda a estos efectos el tenor literal del art. 67 DCP, para concluir que este precepto no exige que en la relación coste-eficacia o calidad-precio haya de aplicarse siempre el criterio precio en su modulación de precio más bajo. Y subraya que la propia DCP permite que no se valore la minoración del criterio coste o precio puesto que admite que el factor coste adopte la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad. A juicio del TACRC, *“si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración”*¹⁸. A lo que añade que el art. 67.5 DCP atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que la propia Directiva establece.

A su vez, recuerda que la LCSP ha incorporado al ordenamiento jurídico español la DCP y con ella sus disposiciones sobre la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y la incorporación de criterios sociales, ambientales y de innovación, *“que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el art. 1.3 LCSP”*.

Y concluye rotundo que las anteriores consideraciones impiden afirmar hoy que no es admisible legalmente establecer en los pliegos índices de saciedad que determinan la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcanzan un máximo de baja en el criterio precio, rebasado el cual no mejoran su puntuación¹⁹.

La cuestión de la legalidad de los umbrales de saciedad ha llegado finalmente hasta nuestros tribunales, habiendo recibido el respaldo decidido de la STSJCLM 2421/2020, de 25 de septiembre, con argumentos similares a los expuestos²⁰. Con todo, esta sentencia ha sido objeto de un recurso de casación que se halla aún pendiente de resolución, mediante el que el Tribunal Supremo sentará doctrina sobre si los umbrales se ajustan a

¹⁸ Similar orden de ideas puede verse en el Informe de la Junta Superior de Contratación Pública de la Comunidad Valenciana 4/2021, de 28 de julio.

¹⁹ Por su parte, la JCCPE, en su informe 1/21, de 28 de julio de 2021, afirma compartir en su integridad esta doctrina del TACRC, si bien matiza de inmediato, con apoyo en resoluciones del Tribunal de Cuentas, que *“el establecimiento en los criterios de adjudicación de un umbral de saciedad en el precio puede no ser ajustado, en determinados casos, al principio de economía en la gestión de los fondos públicos, razón por la cual su admisibilidad debe quedar limitada estrictamente a aquellos supuestos en que exista una plena justificación, intrínseca al contrato en cuestión y a sus características”*.

²⁰ ECLI:ES:TSJCLM:2020:2421, FJ núm. 6.

los principios de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, de eficiencia en el uso de los recursos públicos y de libre competencia entre las empresas²¹.

La posición favorable a la admisibilidad de los umbrales de saciedad ha tomado ya carta de naturaleza en la normativa autonómica de la mano del citado Decreto-ley extremeño 1/2022, cuyo art. 4, bajo la rúbrica “*umbral de saciedad en el criterio precio*”, permite utilizar estos umbrales en los contratos de obras y de servicios (no, por tanto, en los de suministros) para modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de estos. A tal efecto, requiere que la posibilidad de modular el criterio precio para lograr el máximo nivel de calidad se exprese en relación con las características de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato y se justifique en el expediente.

En conclusión, siempre que los umbrales de saciedad hayan sido fijados de antemano en los pliegos, de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, resultan admisibles dado que no son contrarias al principio de eficiencia en el sentido ya apuntado de eficiencia social y no restringen la competencia, sino que la orientan hacia los criterios cualitativos²², coadyuvando, así, a la obtención de obras, servicios o suministros de gran calidad, en cumplimiento estricto del mandato impuesto a los órganos de contratación por el art. 145.4 LCSP.

c) La tercera de las cuestiones anunciadas gira en torno a la admisibilidad de que *el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases* como otra fórmula más para dispensar un mayor protagonismo a los criterios de calidad en detrimento del precio. El sistema consiste en diseñar una o varias fases en las que se compite sobre uno o varios criterios. En cada fase ha de obtenerse una puntuación mínima sobre tales criterios para pasar a la siguiente. El objetivo es asegurar que los licitadores que llegan a la fase de evaluación de los criterios automáticos reúnen todos ellos los niveles mínimos de calidad técnica establecidos en los pliegos. El sistema está expresamente previsto en el art. 146.3, pfo. 2º, LCSP, que permite que cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación previsto este se articule en varias fases. Para ello habrá de indicarse en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios. El precepto requiere establecer un umbral mínimo del 50 % de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo, garantizando así ese nivel mínimo de calidad de las ofertas.

El problema que pudiera suscitar esta posibilidad tiene que ver con el hecho de que la DCP lo prevé únicamente para los procedimientos de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación, pero no para los procedimientos abierto o restringido (art. 65 DCP), lo que hizo albergar dudas sobre su admisibilidad en los contratos sujetos a regulación armonizada.

Las dudas han sido definitivamente despejadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia *Montte SL* respecto, precisamente, de la legislación española, tras el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en relación con el art. 150.4 TRLCSP/2011 que contenía una previsión similar a la del mencionado art. 146.3

²¹ El recurso de casación fue admitido por ATS 8459/2021, de 17 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:8459A.

²² G. Doménech Pascual (2020), “Umbrales de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas”, en *ObCP* <https://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las> (último acceso 16/12/2022).

LCSP vigente²³. Parte el Tribunal de Justicia de que los poderes adjudicadores tienen 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. Aclara entonces que el art. 67 DCP *“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”*. Y ello porque le resulta evidente que una oferta que no alcanza ese límite mínimo, en principio, no responde a las necesidades del poder adjudicador y, por tanto, no debe tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa. Ante esta tesitura el poder adjudicador no viene obligado a determinar si el precio de esa oferta es inferior a los de las demás no eliminadas por haber alcanzado el límite mínimo y responder a las necesidades del poder adjudicador (apartado 32). Concluye, por tanto, que la DCP no se opone a una legislación nacional *“que permite 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 quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio”* (apartado 39).

Como puede observarse, el Tribunal de Justicia toma partido a favor de los elementos cualitativos de las ofertas como elementos determinantes de la contratación pública, con el fin de evitar que ofertas técnicas deficientes puedan resultar adjudicatarias en virtud del peso atribuido al precio²⁴.

En suma, ya no es de elección velar por el establecimiento de condiciones y, entre ellas, criterios de adjudicación, que permitan obtener prestaciones de gran calidad, técnica, ambiental, social o de otra índole, y que respondan lo mejor posible a las necesidades de la entidad contratante²⁵. La apuesta por la calidad constituye un elemento irrenunciable de todo el proceso contractual público (art. 1.3 LCSP), también de la adjudicación, que ha de realizarse, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de la mejor relación calidad-precio (arts. 131.2 y 145.1 LCSP).

La apuesta definitiva por la calidad pasa por poner en jaque al precio de modo que deje de ser el protagonista de la contratación pública en detrimento de aquella. La apuesta legal por la mejor relación calidad-precio y, en todo caso, por el coste del ciclo de vida en la mejor relación coste-eficacia, así lo requieren. El principio de eficiencia en el manejo de los fondos públicos debe replantearse para superar su consideración pura y estrictamente económica, en el sentido de menor gasto, para pasar a una concepción amplia que tenga en cuenta aspectos ambientales o sociales, que permitan hablar de una eficiencia global o social. Mejorar la eficiencia en este sentido, debe ser el reto y el compromiso con la sociedad para hacer frente también a la situación de crisis, ya casi permanente, en la que estamos instalados. Hoy, la eficiencia o es social y ambiental o no es verdadera eficiencia.

Pero es que, además, el precio, como sostiene Gimeno Feliú, *“no es un elemento esencial*

²³ STJ 752/2018, de 20 de septiembre, As. C-546/16, *Montte SL c. Musikene*, ECLI:EU:TJ:2018:752. Citada por J.M^a. Gimeno Feliú (2019), *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 219.

²⁴ J.M^a. Gimeno Feliú (2019), *cit.* p. 219.

²⁵ P. Valcárcel Fernández (2022), *cit.* p. 128.

*del contrato público” y “en mercados regulados -como sucede, por ejemplo, con el del medicamento- podría incluso ser sustituido por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. [...] la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad”*²⁶. En este mismo sentido, la Comisión Europea, al abordar el importante papel que la contratación pública debe desempeñar en la transición hacia una economía circular, subraya que la contratación circular “*implica ir más allá de buscar el precio de compra más bajo*” y requiere evaluar la calidad y los aspectos de circularidad de las ofertas²⁷.

En este sentido, la posibilidad de que el órgano de contratación determine el factor coste estableciendo un precio o coste fijo -cuando aprecie que no podrá ser minorado sin menoscabo del estándar de calidad que la prestación requiere-, el establecimiento de límites a la ponderación del precio en relación con los demás criterios de calidad -técnica, ambiental o social-, la admisibilidad de los umbrales de saciedad o la posibilidad de articular el procedimiento de adjudicación en varias fases aplicando en cada una de ellas criterios de calidad eliminatorios, constituyen otras tantas técnicas que poco a poco van llevando al precio al lugar menor, secundario, que en realidad le corresponde.

²⁶ J.M^a. Gimeno Feliú (2019), *op. cit.* p. 104.

²⁷ Documento de la Comisión Europea, *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018.