

LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Por

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL*
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universitat de València-Estudi General

gabriel.domenech@uv.es

Revista General de Derecho Administrativo 30 (2012)

RESUMEN: Tomando como referencia la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, el presente estudio analiza las reglas y requisitos jurídicos que los poderes adjudicadores deben observar a la hora de valorar las ofertas presentadas por los licitadores en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y determinar cuál es la propuesta contractual que han de escoger en cada caso. El análisis se centra especialmente en el sentido de esas reglas y en los más importantes problemas prácticos que las mismas plantean.

SUMARIO: I. Introducción. La oferta económicamente más ventajosa. II. Determinación de los criterios de valoración de las ofertas. 1. Unidad o pluralidad. A) Ventajas y desventajas. B) Determinación legal de los supuestos en los que hay que utilizar uno o varios criterios de adjudicación. Discrecionalidad para la elección. 2. Requisitos formales. A) Predeterminación. Inalterabilidad. Posibilidad de precisar los criterios a posteriori. B) Precisión de los criterios de adjudicación. C) Matematización de los criterios de adjudicación. D) Posible existencia de una reserva de ley. E) Publicidad. F) Elaborados imparcialmente. G) Motivación. 3. Requisitos sustantivos. A) Ilícitud de los criterios en virtud de los cuales se valoran positivamente conductas ilegales. B) Criterios no discriminatorios. C) Criterios adecuados, necesarios y proporcionados para identificar la oferta económicamente más ventajosa. a) Adecuación. b) Necesidad. c) Prohibición de exceso, o proporcionalidad en sentido estricto. D) Vinculación directa con el objeto del contrato. Posibilidad de valorar las características de las empresas licitadoras como criterios de adjudicación. En especial, la experiencia. E) El significado de la enumeración legislativa de criterios admisibles. F) Posibilidad de incluir cláusulas sociales o medioambientales entre los criterios de adjudicación. 4. Consideración especial del precio como criterio de adjudicación. 5. Criterios de desempate. 6. Aplicabilidad a cualesquiera procedimientos de adjudicación. III. Aplicación de los criterios de valoración. 1. La discrecionalidad de la Administración para valorar las ofertas. 2. El orden de los factores sí altera el producto. Valoración separada de los aspectos discrecionalmente apreciables y de los aspectos automáticamente cuantificables. 3. Asesoramiento técnico. 4. Motivación. 5. Imparcialidad de los evaluadores.

I. INTRODUCCIÓN. LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA

Existen básicamente tres sistemas respetuosos con el principio de igualdad que podrían ser utilizados por una Administración pública para escoger una de entre las ofertas contractuales que se le hayan presentado: efectuar un sorteo, aplicar la regla *prior in tempore potior in iure* o evaluar, con arreglo a ciertos criterios, el contenido de las proposiciones con el fin de escoger aquella que mejor pueda satisfacer los intereses

* Página web: <http://www.uv.es/gadopas/>.

generales. Esta última es la solución tradicionalmente establecida en nuestro Derecho, y la que sigue consagrando el artículo 150.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ; en adelante, TRLCSP): una vez presentadas las ofertas por los aspirantes, la Administración debe valorarlas y determinar cuál es la «económicamente más ventajosa».

La terminología no coincide exactamente con la empleada por la Directiva 2004/18/CE¹. Mientras que en ésta se distinguen como criterios de adjudicación el del «precio más bajo» y el de la «oferta económicamente más ventajosa», dependiendo de si sólo se atiende al precio o, además, a otros parámetros a la hora de valorar las proposiciones, en la legislación española vigente se utiliza aquella expresión en un sentido más amplio: con independencia de cuál sea el criterio de evaluación empleado, en los dos casos se trata siempre de encontrar la «oferta económicamente más ventajosa». Como se afirma en el Preámbulo de la LCSP, «la Ley ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la “económicamente más ventajosa”), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación».

Al concepto de ventaja «económica» debe dársele un significado muy amplio². El Tribunal de Justicia de la Unión europea (en adelante, TJCE) ha declarado al respecto que la legislación comunitaria «no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos [como las “características estéticas” o la “conservación del medio ambiente”] puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora... [y ser utilizados] para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa»³. A nuestro juicio, la afirmación de que las ventajas estéticas, medioambientales o sociales de una oferta carecen de carácter económico es muy discutible, pues las mismas siempre

¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios .

² Según F. J. ESCRIBUOLA MORALES, *La contratación del sector público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 824, «hubiera sido más correcto hablar simplemente de oferta más ventajosa porque en dicho concepto inciden otros factores y criterios además del económico».

³ SSTJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, §§ 55 y 57) y 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, §§ 32 y 33).

conlleven una utilidad y encierran un coste económico, siempre suponen una decisión sobre la utilización de recursos escasos. No conviene confundir lo económico con lo monetario o lo crematístico. Cabe entender, de todos modos, que la oferta económicamente más ventajosa, a los efectos del citado precepto legal, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por la Administración contratante, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos.

No resulta en absoluto sencillo identificar esa oferta, pues ello requiere ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas sociales de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar, evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de grandes dosis de subjetividad. Lo cual significa que el intérprete de este concepto jurídico sumamente indeterminado dispondrá por lo común de un ancho margen de discrecionalidad -o de apreciación, si se prefiere decir así- para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa. Habida cuenta del peligro de arbitrariedad que tal margen conlleva, el legislador ha tratado de reducirlo, regulando los criterios que la Administración debe utilizar para valorar las ofertas, regulando, en particular, no sólo cómo hay que precisarlos, sino también cómo hay que aplicarlos.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las reglas que la Administración ha de seguir para valorar las ofertas contractuales y seleccionar la económicamente más ventajosa.

II. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

La Administración no es enteramente libre para determinar los «criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato» (en palabras del art. 150.2.I TRLCSP), sino que ha de precisarlos respetando ciertas reglas.

1. Unidad o pluralidad

Con arreglo al TRLCSP, aquí caben dos posibilidades. La primera es valorar las ofertas atendiendo a un único «criterio de adjudicación», que «ha de ser, necesariamente, el precio más bajo» (art. 150.1.II). La segunda es atender a varios criterios, «tales como 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, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías

de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes» (art. 150.1.I). La LCSP eliminó las denominaciones tradicionales de subasta y concurso que antes se empleaban para referirse respectivamente a esas dos posibilidades⁴.

A). *Ventajas y desventajas*

Cada una de las dos soluciones descritas tiene sus ventajas y sus desventajas. La primera reduce muy significativamente el margen de apreciación de que el órgano contratante dispone para valorar las ofertas, pues por lo común resulta muy sencillo determinar cuál es el precio más bajo; de ordinario, sólo en el caso -que en este trabajo no vamos a analizar- de que se presenten ofertas anormalmente bajas suele haber cierto espacio para efectuar valoraciones⁵. Este sistema conlleva, por lo tanto, un mayor grado de previsibilidad de las valoraciones, una mayor seguridad jurídica, así como un menor riesgo de que se cometan arbitrariedades y equivocaciones, y de que luego surjan pleitos.

La utilización de varios criterios aumenta la complejidad de las valoraciones, sobre todo cuando los mismos se refieren a características del objeto del contrato que no pueden medirse, cuantificarse y evaluarse de manera automática mediante la aplicación de fórmulas predeterminadas, sino que se cuantifican a través de un puro «juicio de valor»⁶. De este modo aumenta notablemente la discrecionalidad y, con ella, la incertidumbre, la inseguridad y el peligro de arbitrariedades, equivocaciones y litigiosidad.

La ventaja de este segundo sistema es que permite aprovechar los conocimientos, la creatividad y la competencia de los empresarios ofertantes para definir en cierta medida el objeto del contrato, con el fin de que éste satisfaga óptimamente los correspondientes

⁴ En el preámbulo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) se advierte que «los términos “concurso” y “subasta”, que en la legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a “formas de adjudicación” del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los “procedimientos de adjudicación”, se subsumen en la expresión “oferta económicamente más ventajosa” que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua “subasta”) o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo “concurso”)».

⁵ No obstante, también hay casos en los que evaluar los precios entraña cierta complejidad y hay que otorgar a la Administración una «amplia facultad de apreciación» para ello. Vid., en este sentido, la STPI de 26.2.2002 (*Esedra*, T-169/00, §§ 135 y ss.).

⁶ En palabras del art. 150.2.II del TRLCSP .

finés públicos. Este sistema permite que dichos empresarios colaboren con la Administración en la determinación de la prestación contractual, en la fijación de algunas de sus características. La calidad siempre importa. Pero a veces la Administración no necesita de la colaboración de los oferentes -ni de la competencia entre ellos- para definirla, bien porque está en mejor posición que ellos para realizar esta tarea o bien porque los beneficios que se podrían derivar de la colaboración son escasos y no compensan sus desventajas, en cuyo caso debería emplearse el criterio del precio más bajo⁷. Si, por el contrario, los beneficios que se espera obtener de la colaboración son elevados, conviene recurrir a la misma, utilizando varios criterios de adjudicación. Ésta es la *ratio* que inspira -o que debería inspirar- la determinación legal de los supuestos en los que procede una u otra alternativa.

B). Determinación legal de los supuestos en los que hay que utilizar uno o varios criterios de adjudicación. Discrecionalidad para la elección

Ni la Directiva 2004/18/CE ni sus precedentes regulan explícitamente los supuestos en los que procede una solución u otra, aunque el TJCE ha considerado contrario al Derecho comunitario que una norma nacional imponga de manera abstracta y general a las entidades adjudicadoras la utilización exclusiva del criterio del precio más bajo para todos los contratos de obras, privando a éstas de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y las particularidades de tales contratos, aisladamente considerados, así como de elegir para cada uno de ellos el criterio más idóneo a fin de asegurar la libre competencia y garantizar de esta forma que se seleccione la mejor oferta⁸.

El TRLCSP, por el contrario, sí que establece una regulación expresa. Del tenor de su artículo 150.1 se desprende que el órgano de contratación puede optar entre uno o varios criterios de adjudicación, si bien esta discrecionalidad queda limitada por lo establecido en el artículo 150.3 del texto legal, donde se contemplan algunas circunstancias en las que necesariamente hay que aplicar varios criterios [letras a), b), c), d), e), f), g) y h)], y otras en las que debe atenderse únicamente al del precio más bajo [letra f), segundo inciso, y letra g), segundo inciso].

⁷ En el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, p. 136, se afirma que «no debería utilizarse el concurso en aquellos casos en que la competencia respecto de los elementos técnicos del contrato no implique ventajas comparables a las de una competencia más intensa en los precios».

⁸ STJCE de 7.10.2004 (*Sintesi*, C-247/02, §§ 40 y ss.).

La Administración, con todo, sigue disponiendo de un considerable espacio de maniobra para elegir una solución u otra. De un lado, porque hay numerosos contratos no comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 150.3 del TRLCSP . De otro, porque este precepto está plagado de conceptos jurídicos indeterminados -tales como «impacto significativo en el medio ambiente», «ejecución particularmente compleja», «tecnología especialmente avanzada», «buena utilización», «garantías especiales», etc.-, para cuya interpretación resulta inevitable reconocer al órgano de contratación un amplio margen de apreciación.

La Administración goza, igualmente, de una amplia discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un determinado contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno⁹, siempre y cuando los mismos se ajusten a ciertos requisitos formales y materiales.

2. Requisitos formales

A). *Predeterminación. Inalterabilidad. Posibilidad de precisar los criterios a posteriori*

Los criterios elegidos con arreglo a los cuales se valorarán las ofertas deben quedar determinados -ya veremos dónde- con la antelación suficiente como para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlos y formular sus ofertas a la vista de los mismos.

Con esta regla se trata de garantizar: la objetividad de la valoración; la igualdad de los ofertantes; y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos representados por la Administración contratante. Es más probable que una oferta sea bien valorada y satisfaga óptimamente el interés general cuando la misma se elaboró a la vista de los criterios realmente utilizados para valorarla, cuando el ofertante pudo acomodarla efectivamente a los mismos. Por otro lado, la precisión *a posteriori* de los criterios aumenta notablemente el peligro de que éstos se confeccionen a la medida de una de las ofertas, no necesariamente la mejor, de que la Administración se sirva de ellos para tratar de disfrazar con un traje de aparente objetividad lo que no es sino una decisión arbitraria tomada de antemano.

El TJCE ha señalado al respecto que la exigencia de predeterminación tiene por objeto «hacer que los posibles licitadores conozcan los elementos que se tomarán en

⁹ Hasta el punto de que alguna STS, como la de 11.7.2006 (rec. 410/2004) , afirma que, a la hora de adjudicar un contrato mediante concurso, la discrecionalidad administrativa «sólo juega con anterioridad a la adjudicación, al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa».

consideración para identificar la oferta económicamente más ventajosa», así como garantizar «el respeto de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia»¹⁰. El Tribunal Supremo, por su parte, ha observado que esta regla «obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso, por cuanto la Administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada»¹¹

Cabría pensar que la predeterminación de los criterios de adjudicación tiene como corolario necesario la inalterabilidad de los mismos. Inicialmente, el TJCE dejó en el aire la cuestión de si la entidad adjudicadora podía modificarlos durante el procedimiento respetando los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores. El Tribunal de Luxemburgo tan sólo dejó sentado que, obviamente, no cabía efectuar la modificación vulnerando dichos principios, lo que ocurría, por ejemplo, cuando en la adjudicación tuvieron una influencia decisiva datos -«elementos de ahorro»- aportados por uno de los licitadores una vez abiertas las ofertas y que no habían sido previstos en los criterios de adjudicación fijados originariamente¹².

Posteriormente, el TJCE ha declarado que los criterios de valoración «no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación»¹³. Así, por ejemplo, cuando en el curso del mismo se aprecia y declara la ilegalidad de alguno de los criterios de valoración, «la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión». Lo que debe hacerse en estos casos es cancelar la licitación¹⁴.

Es más, el TJCE ha señalado repetidamente que los principios de igualdad de trato y de transparencia implican que «las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma

¹⁰ STJCE de 25.4.1996 (*Comisión c. Bélgica*, C-87/94, § 88).

¹¹ STS de 11.7.2006 (rec. 410/2004) .

¹² STJCE de 25.4.1996 (*Comisión c. Bélgica*, C 87/94, §§ 54 y ss.).

¹³ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 93). Vid., también, la STGUE de 20.9.2011 (*Evropaïki Dynamiki*, T-461/08, §§ 153 y ss.).

¹⁴ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, §§ 94 y 95). En sentido similar se ha pronunciado la STS de 24.5.2004 (rec. 7759/1999) : «la valoración de la experiencia [como criterio de adjudicación] supone desde luego la contravención en algún modo del principio de libre competencia en la contratación administrativa. Sin embargo, situada la Mesa de Contratación ante la comprobación de que el pliego de condiciones del contrato era contrario a Derecho, no fue conforme con el ordenamiento jurídico continuar el procedimiento de selección, sino que por el contrario éste hubiera debido declararse en suspenso, elevándose a la autoridad competente el informe que procedía y en su caso la propuesta que se considerase más oportuna».

interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento»¹⁵, y que estos criterios «deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores»¹⁶.

Una cuestión dudosa es si la entidad adjudicadora puede especificar, integrar o concretar *a posteriori* los criterios que los oferentes tuvieron a la vista en el momento confeccionar sus proposiciones. ¿Puede una mesa de contratación, por ejemplo, asignar un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, distribuyendo entre ellos el número de puntos que el poder adjudicador previó inicialmente para dicho criterio? El Tribunal de Primera Instancia admitió la posibilidad de concreción *a posteriori* en un caso en el que el Consejo de la Unión Europea había utilizado una fórmula matemática no prevista en el pliego de cláusulas particulares a fin de calcular el importe de las ofertas para el periodo de cinco años que duraba el correspondiente contrato. Dos razones se esgrimen para afirmar esta posibilidad: la primera es que «el Consejo disponía de una amplia facultad de apreciación», debiendo limitarse el Tribunal a «comprobar que no incurrió en un error grave y manifiesto»; la segunda es que «aunque la fórmula... no se encontraba en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la utilización de una fórmula tal era, no obstante, previsible y razonable teniendo en cuenta, en particular, la duración del contrato objeto del presente litigio»¹⁷.

El TJCE admitió inicialmente dicha posibilidad en su Sentencia *ATI EAC y otros*, si bien sujetándola a unos requisitos tan rigurosos que resulta difícil que en la práctica puedan cumplirse. La concreción: no puede modificar los criterios de adjudicación definidos primeramente; no puede contener elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas habrían podido influir en tal preparación; y no ha de haber sido realizada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores¹⁸. El Tribunal ha sentado posteriormente, en su Sentencia *Lianakis y otros*, una doctrina en apariencia más restrictiva: la legislación comunitaria, interpretada «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

¹⁵ SSTJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 43) y 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 92).

¹⁶ STJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 44).

¹⁷ STPI de 25.2.2003 (*Renco*, T-4/2001, §§ 83-87).

¹⁸ STJCE de 24.11.2005 (*ATI EAC*, C-331/04, §§ 26 y ss.).

criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación»¹⁹. El Tribunal, sin embargo, se cuida mucho de afirmar que no existe contradicción entre ambas sentencias. En *ATI EAC*, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios de aquéllos habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones, estableciéndose *a posteriori*, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios. En *Lianakis*, por el contrario, la mesa de contratación únicamente recogió en el anuncio de contratación los criterios de adjudicación, determinando tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios de aquéllos tras la presentación de ofertas²⁰. Los dos casos eran ciertamente diferentes: no es lo mismo efectuar la concreción antes de la apertura de las ofertas que después; no es igual que la determinación *a posteriori* afecte sólo a los coeficientes de ponderación de los subcriterios que a los coeficientes de ponderación de los criterios de adjudicación y a los subcriterios. Se deduce, en cualquier caso, que la doctrina sentada con carácter general en la Sentencia *ATI EAC* sigue siendo válida, aunque no hubiera estado de más que la Sentencia *Lianakis* se hubiese pronunciado con mayor claridad al respecto, pues en ésta no se examina si la especificación cuestionada cumplía los tres requisitos afirmados por aquélla.

El Tribunal Supremo también ha estimado lícita la concreción *a posteriori*, si bien en unos términos que, a nuestro juicio, de ningún modo se ajustan a la citada jurisprudencia comunitaria. En un caso en el que se enjuiciaba la adjudicación de un contrato de suministro en soporte CD-ROM de resoluciones judiciales, tanto los técnicos del Centro de Documentación Judicial que informaron las proposiciones como la mesa de contratación establecieron y aplicaron unas «tablas de puntuación» por las que se descomponían y especificaban algunos criterios técnicos fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no contemplaba dichas tablas. El Tribunal Supremo, tras recordar que la Administración dispone de «un amplísimo criterio de discrecionalidad... en cuanto a los extremos puramente técnicos, que, lógicamente, ha de abarcar todo lo que afecte a la ponderación de los criterios objetivos establecidos en el pliego, así como todo lo que atañe a los métodos o pautas de valoración», afirma la licitud de la tablas referidas, «al venir éstas a recoger, con precisión y como modo de justificación, extremos referidos a métodos, técnicas o instrumentos de valoración que no pueden devenir improcedentes ni ilegales... sea cual sea el momento en que se

¹⁹ STJCE de 24.1.2008 (*Lianakis y otros*, C-532/06, § 45). Vid., también, la STGUE de 2.3.2010 (*Europaiki Dynamiki*, T-70/05, § 147 y ss.).

²⁰ STJCE de 24.1.2008 (*Lianakis y otros*, C-532/06, §§ 42 y 44).

señalaran si, como aquí, al final resulta... que, en definitiva, quedaron explicados, razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación»²¹. El problema, que el Tribunal Supremo no abordó, pero que según la jurisprudencia comunitaria debía haber examinado, era el de si las tablas de puntuación referidas contenían elementos que, de haber sido conocidos por los interesados en el momento de la preparación de las ofertas, hubieran podido influir en tal preparación.

En otro caso, en el que se había establecido como único criterio de adjudicación que la misma «se efectuaría con carácter discrecional por parte del Ayuntamiento a la proposición que considerase más ventajosa, sin mayores precisiones», el Tribunal Supremo consideró que, al haber consentido el recurrente el pliego de condiciones por el hecho de presentar su oferta sin denunciarlo, resultaba irrelevante la circunstancia de que «la determinación de [los] criterios de adjudicación [realmente utilizados] se hubiese efectuado con posterioridad a la presentación de las ofertas, e incluso que los mismos hubiesen resultado alterados mediante la agregación de una nueva condición, aun después [de la apertura de las plicas y] del informe del Interventor»²². Esta doctrina es muy criticable. El que un licitador «consienta» los criterios de adjudicación inicialmente establecidos no implica que consienta también los criterios que posteriormente se establezcan ¡y que suponen una modificación de los primeros!

B). *Precisión de los criterios de adjudicación*

No basta con predeterminar los criterios que se utilizarán para valorar las ofertas. El artículo 150.2 del TRLCSP exige que se detallen, y el artículo 150.4 del mismo texto legal dispone que:

«Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. 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.

«Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia».

²¹ STS de 5.3.2002 (rec. 99/1998) .

²² STS de 29.3.2005 (rec. 3073/2001) .

En este precepto legal se refleja en buena medida la jurisprudencia del TJCE por la que se declara que los criterios de adjudicación deben predeterminarse con un grado suficiente de precisión. Se trata de que los poderes adjudicadores no dispongan de un excesivo margen de discrecionalidad para valorar las ofertas, a fin de disminuir el riesgo de que los mismos cometan arbitrariedades y de proporcionar seguridad jurídica a los licitadores.

Desde su Sentencia *Beentjes*, el TJCE viene declarando constantemente que sería incompatible con el Derecho comunitario que los criterios elegidos dejasen a la entidad adjudicadora una «libertad incondicional de elección» para la adjudicación a un licitador del contrato en cuestión²³. Cada uno de los criterios escogidos debe ser «formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos»²⁴.

Así, en la jurisprudencia comunitaria se ha considerado ilícito utilizar como único criterio de adjudicación el consistente en que hay que escoger simplemente «la oferta más aceptable», sin ulteriores precisiones²⁵, o que la adjudicación se efectuará con arreglo al código de los contratos públicos²⁶. Se ha estimado, asimismo, que «el hecho de que la entidad adjudicadora no especificase en la licitación el período de suministro respecto al cual los licitadores debían indicar en sus ofertas la cantidad de electricidad de fuentes renovables que podían suministrar podría constituir una violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia, en el caso de que resultara ser cierto que dicha omisión dificultó o incluso imposibilitó el que los licitadores conociesen el alcance exacto del criterio en cuestión y consiguientemente pudiesen interpretarlo de la misma manera»²⁷. También se ha declarado contrario a los referidos principios el establecer un criterio de adjudicación cuya imprecisión podía favorecer, en la práctica, a uno de los licitadores, el que venía prestando con anterioridad los servicios contratados²⁸.

En cambio, se admite, bajo ciertas condiciones, la utilización de criterios que requieren la valoración de datos -v. gr., el coste real final de una obra- que sólo se conocerán con precisión después de la adjudicación. La «mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después

²³ STJCE de 20.9.1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, § 26).

²⁴ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 59).

²⁵ STJCE de 20.9.1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, §§ 26, 27 y 35).

²⁶ STJCE de 26.9.2000 (*Comisión c. Francia*, C-225/98, §§ 64 y ss.).

²⁷ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 58).

²⁸ STGUE de 20.9.2011 (*Evropaiki Dynamiki*, T-461/08, §§ 149 y ss.)

de la adjudicación del contrato no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad adjudicadora dicha libertad incondicional». Ahora bien, esta posibilidad se sujeta al cumplimiento de varios requisitos. En primer lugar, «los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma». Implícitamente, se está afirmando que los criterios deben ser lo suficientemente precisos como para que unos licitadores tales pueden interpretarlos de igual manera. En segundo lugar, «la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento». En tercer lugar, «los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores». Una manera de garantizar esa aplicación objetiva y uniforme es servirse de un dictamen pericial para valorar los correspondientes datos, siempre y cuando el dictamen «se base, en todos los puntos esenciales, en factores objetivos considerados, con arreglo a las normas que rigen en ese campo, pertinentes y adecuados para la apreciación llevada a cabo»²⁹.

También se admite la utilización de criterios de «naturaleza cualitativa», tales como la seguridad del abastecimiento³⁰, «la calidad técnica de los equipos y materiales propuestos» o «las medidas propuestas para atenerse a los plazos de ejecución señalados». Semejantes criterios no son imprecisos y pueden evaluarse de forma objetiva, concreta y uniforme. La legislación comunitaria «no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación aplicados... con el objeto de identificar la oferta más ventajosa económicamente deba ser necesariamente de naturaleza cuantitativa o estar exclusivamente relacionado con los precios o las tarifas del presupuesto recapitulativo»³¹.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha estimado en alguna ocasión que la disposición legal según la cual los criterios de adjudicación debían fijarse por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuyese obligaba a «concretar los criterios mencionados en el sentido de fijar, por ejemplo, un precio máximo, y la valoración que se [daría] a la disminución de él, el tope máximo de ejecución y la valoración que se [otorgaría] a una ejecución más rápida, cuál [sería] la calidad mínima exigida y cuáles [serían] las preferencias que se [atribuirían] a una calidad superior... el concursante [había] de saber si el Ayuntamiento [privilegiaría] o [castigaría] la cercanía de los

²⁹ STJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, §§ 40-45).

³⁰ Vid. la STJCE de 28.3.1995 (*Evans Medical y Macfarlan Smith*, C-324/93, § 44).

³¹ STPI de 25.2.2003 (*Renco*, T-4/2001, §§ 8, 68 y 69); STGUE de 19.3.2010 (T-50/05, *Evropaiki Dynamiki*, § 108).

terrenos al núcleo de población, qué características mínimas [habría] de tener la [obra] y en qué medida la aportación económica [sería] requisito para acceder al concurso y en cuánto [favorecería] su incremento». El Alto Tribunal ha considerado, asimismo, que aquella disposición legal prohibía otorgar a todos los criterios de adjudicación el mismo valor³². Esta última interpretación no parece muy acertada, porque la *ratio* del precepto era que el órgano de contratación precisase cuál era la importancia relativa que se otorgaría a cada uno de los criterios de adjudicación escogidos, a fin de que los interesados supiesen a qué atenerse. Y, a estos efectos, resultaba indiferente que cada uno de los criterios tuviese idéntico o diferente peso relativo. Lo relevante era que los ofertantes conociesen exactamente el peso de cada uno de los criterios.

Sea como fuere, lo cierto es que el TRLCSP no prohíbe en absoluto que se otorgue a los criterios de adjudicación la misma puntuación. Lo único que exige aquí es que se precise la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos (art. 150.4.I). Si, por razones debidamente justificadas, ello no es posible, habrá que enumerarlos por orden de importancia (art. 150.4.II). Pero, en este último caso, no hace falta que el órgano de contratación diga expresamente que los criterios elegidos han sido enunciados por orden decreciente de importancia. El legislador no lo impone. Lo que se desprende del TRLCSP es que, a la vista de la enumeración efectuada en cada caso, hay que entender que aquéllos han sido enumerados por dicho orden.

C). *Matematización de los criterios de adjudicación*

La legislación estatal básica ha llegado incluso a imponer una cierta matematización de estos criterios, con el fin de incrementar su precisión y, subsiguientemente, la coherencia, la transparencia y las posibilidades de controlar la valoración de las ofertas contractuales, reduciendo así el peligro de que se cometan arbitrariedades³³.

El legislador ha establecido, en primer lugar, la utilización preferente de criterios de adjudicación expresables mediante conceptos métricos y técnicas cuantitativas: «En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos» (art. 150.2.II TRLCSP). Ésta es la regla general. Sólo excepcionalmente y respetando ciertas cautelas procedimentales cabe recurrir a

³² STS de 24.6.2003 (rec. 3979/2000) , dictada en relación con el art. 87.2 de la LCAP.

³³ Sobre las ventajas -e inconvenientes- de aplicar las matemáticas en las ponderaciones jurídicas, vid. nuestro trabajo «Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico», en *Ponderación y Derecho administrativo*, coords. L. ORTEGA y S. DE LA SIERRA, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 173 y ss.

conceptos y métodos puramente comparativos: «Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos» (art. 150.2.II *in fine* TRLCSP).

En segundo lugar, y como ya sabemos, también hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que en la valoración global de la oferta se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación empleados (art. 150.4.I TRLCSP), a fin de que las valoraciones parciales -efectuadas a la luz de cada uno de ellos- puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Sólo por razones debidamente justificadas puede excepcionarse esta regla (art. 150.4.II TRLCSP).

D). *Posible existencia de una reserva de ley*

Cabría preguntarse si, en virtud del artículo 53.1 de la Constitución española, la determinación de los criterios de adjudicación de los contratos públicos de los que depende el ejercicio de un derecho fundamental debe hacerse por ley, siquiera en sus aspectos esenciales. El problema fue considerado por la STS de 20 de mayo de 2005 (rec. 1032/2003), en la que se enjuiciaba la convocatoria de un concurso para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora. El Tribunal Supremo estimó válidos los criterios de adjudicación regulados en un reglamento carente de cobertura legal, argumentando para ello que «los criterios en cuestión [resultaban] razonables y de por sí no [implicaban] una restricción del ejercicio del derecho, aunque [pudieran] de algún modo condicionarlo de forma comparativa al pronunciarse a favor de unos peticionarios o de otros en cuanto al otorgamiento de las concesiones. En definitiva, aunque se establezca un margen de discrecionalidad, ello no es contrario a derecho».

El razonamiento nos parece criticable. En primer lugar, porque el artículo 53.1 CE establece que sólo por ley podrá regularse el *ejercicio* de ciertos derechos, entre los que se encuentran las libertades de información y de expresión. Y, como el propio Tribunal Supremo reconoce, la determinación de los criterios en virtud de los cuales se otorgan las correspondientes concesiones administrativas condiciona indiscutiblemente el ejercicio de las referidas libertades. Debe notarse, en segundo lugar, que el Tribunal

parece confundir las dos vertientes del principio de legalidad³⁴. Una cosa es la dimensión material del principio, el mandato de determinación: las condiciones de ejercicio de ciertos derechos constitucionales deben predeterminarse normativamente con el suficiente grado de detalle como para que los ciudadanos sepan a qué atenerse y los órganos estatales encargados de intervenir en esos derechos en el caso concreto no dispongan de un excesivo margen de discrecionalidad, con el peligro de arbitrariedad que un margen tal conlleva. Y otra cosa distinta es la dimensión formal, la reserva de ley: la norma que regule esas condiciones de ejercicio ha de tener rango de ley. Pues bien, es posible que en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo se respetase la vertiente material, por cuanto los criterios fijados mediante reglamento eran lo suficientemente precisos y no dejaban a la Administración encargada de aplicarlos un margen de maniobra demasiado amplio. Pero, además, había que respetar la vertiente formal. Y las exigencias de la misma no quedan satisfechas cuando las condiciones de ejercicio de un derecho fundamental se regulan mediante una norma reglamentaria carente de cobertura legal.

E). *Publicidad*

No basta con predeterminar los criterios de adjudicación; también hay que darlos a conocer a los posibles interesados³⁵. El legislador comunitario pretende que las personas eventualmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlos con suficiente antelación como para valorar adecuadamente la oportunidad de competir y presentar ofertas ajustadas a las necesidades de aquélla. Es por ello que la Directiva 2004/18/CE establece que el anuncio de la licitación debe contener los «criterios previstos... que se utilizarán para la adjudicación del contrato: “el precio más bajo” u “oferta económicamente más ventajosa”», indicándose en este último caso «los criterios que determinen la oferta económicamente más ventajosa, así como su ponderación, cuando dichos criterios no figuren en el pliego de condiciones o, en caso de diálogo competitivo, en el documento descriptivo» (art. 36, en relación con el anexo VII A, y art. 53.2.1).

³⁴ Sobre las dos vertientes del principio de legalidad, vid., entre otras muchas, las SSTC 42/1987 (FJ 2), 305/1993 (FJ 3), 341/1993 (FJ 10), 53/1994 (FJ 4), 25/2002 (FJ 4) y 113/2002 (FJ 3).

³⁵ Vid., en este sentido, si bien en relación con los criterios de selección de los participantes en un procedimiento restringido, la STJCE de 12.12.2002 (*Universale-Bau*, C-470/1999, §§ 84 y ss.), donde se sienta la doctrina según la cual «si... la entidad adjudicadora ha fijado previamente las reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos que serán invitados a presentar una oferta, está obligada a indicarlos en el anuncio o en los documentos de la licitación», sin que pueda limitarse a depositar ante notario los correspondientes documentos.

La publicación de los criterios de adjudicación en el anuncio de licitación garantiza mejor su cognoscibilidad que la indicación de los mismos en los pliegos de condiciones, que los interesados pueden consultar³⁶. No obstante, el legislador comunitario ha permitido optar entre ambas soluciones.

El TRLCSP, por el contrario, contiene una regulación contradictoria sobre este punto. Mientras su artículo 150.2.I establece que «los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato... se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo», su artículo 150.5 establece que «los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse». En el Proyecto de la LCSP³⁷ no existía tal contradicción. En su artículo 134.2.I (equivalente al art. 150.2.I TRLCSP) se disponía que los criterios se detallarían «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo», mientras que el 134.5 (equivalente al art. 150.5 TRLCSP) decía que los mismos se indicarán en el anuncio de licitación. La regulación era coherente. Cabía entender que los criterios debían expresarse tanto en los pliegos (o en el documento descriptivo) como en el anuncio de licitación. El primero de los citados preceptos, sin embargo, fue modificado como consecuencia de una enmienda para cuya motivación se adujo simplemente una «corrección técnica»³⁸. Da la impresión de que el legislador olvidó por un momento que ya en el segundo de los preceptos mencionados se obligaba a indicar los criterios en el anuncio de licitación, lo que paradójicamente provocó una «incorrección técnica».

Una posible solución para la antinomia resultante consistiría en entender que los criterios de adjudicación, así como su ponderación, deben necesariamente ser explicitados en el anuncio de licitación, aunque no hace falta que lo sean de manera absolutamente pormenorizada, sino que basta que en dicho anuncio se efectúe, respecto de los detalles, una remisión a lo establecido en los pliegos o en el documento descriptivo. Otra interpretación, que satisface mejor el principio de transparencia que informa la legislación comunitaria, es entender que la voluntad del legislador ha sido que dichos criterios se publiquen íntegramente en el anuncio de licitación cuando su publicación es preceptiva, y que puedan explicitarse sólo los pliegos o en el documento descriptivo cuando tal publicación no es obligada.

³⁶ Vid. los arts. 39 y 40 de la Directiva 2004/18/CE .

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 95-1, de 8 de septiembre de 2006.

³⁸ Enmienda núm. 174, presentada por el Grupo Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 95-22, de 29 de marzo de 2007, p. 235).

Otro problema interesante es el de si los órganos administrativos jerárquicamente superiores pueden dictar circulares, instrucciones u órdenes de servicio³⁹, no publicadas ni dadas a conocer a los oferentes, por las cuales se indican a sus órganos inferiores los criterios que deben seguir para valorar las ofertas. El Tribunal Supremo, sorprendentemente, ha afirmado esta posibilidad: «la existencia de documentos internos de la Administración dando instrucciones y expresando criterios para resolver sobre los concursos no puede considerarse contraria a Derecho, ni lo es tampoco la circunstancia de que esas instrucciones no sean conocidas por los concursantes»⁴⁰. Esta doctrina, a nuestro juicio, vulnera manifiestamente el principio de transparencia que informa la regulación de los contratos públicos y, desde luego, resulta insostenible a la luz de los referidos preceptos de la Directiva 2004/18/CE y del TRLCSP⁴¹. Los posibles interesados deben poder conocer los criterios que la entidad adjudicadora seguirá a la hora de valorar las ofertas.

F). *Elaborados imparcialmente*

A fin no sólo de garantizar la igualdad de todos los licitadores, sino también de aumentar las probabilidades de que la Administración escoja realmente la oferta más ventajosa, es importante que los criterios de adjudicación sean elaborados y determinados por personas imparciales, en las que no concurren circunstancias que hagan temer razonablemente por su objetividad en el momento de realizar esta tarea.

El TJCE ha declarado al respecto que la persona que ha participado en los «trabajos preparatorios» de un contrato, además de poder verse favorecida a la hora de formular su oferta en virtud de la información que haya podido obtener con ocasión de la realización de los mencionados trabajos, «puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que... si licita en el mismo contrato público puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre licitadores». Así las cosas, no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a

³⁹ Vid. el art. 21 de la Ley 30/1992 .

⁴⁰ STS de 3.12.2004 (rec. 2779/2001) . Debe notarse, sin embargo, que esta afirmación se efectúa incidentalmente, a mayor abundamiento.

⁴¹ A la misma solución se llega aplicando analógicamente el art. 191.b) del TRLCSP , que impone la publicidad de las instrucciones internas de contratación relativas a los contratos que no están sujetos a una regulación armonizada. Sobre estas instrucciones, vid. S. Díez Sastre, «¿Las instrucciones internas de contratación vinculan?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 150, 2011, pp. 361 y ss.

tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador⁴². Es por ello que el artículo 56.1 del TRLCSP dispone que:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras».

Es claro que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en concreto, aquellos de sus apartados en los se fijan los criterios de adjudicación forman parte de los «documentos preparatorios del contrato» a que se refiere este precepto. Las empresas que hubieran participado de alguna manera en la determinación de los criterios de adjudicación podrían quedar excluidas, por consiguiente, de la licitación.

Ahora bien, ello sólo procede cuando la participación hubiera podido provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Este inciso del mentado precepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TJCE, según la cual resulta desproporcionado excluir siempre de la licitación a las empresas que hubieren realizado trabajos preparatorios, aun cuando su participación en ellos no implique riesgo alguno para la competencia entre los licitadores⁴³. Habrá que evaluar si en el caso concreto la participación de la empresa en la elaboración de los criterios de adjudicación pudo proporcionarle una ventaja competitiva sobre los demás licitadores.

Se plantea el problema de si la misma solución ha de valer para el caso de que un licitador guarde con las autoridades o los empleados públicos que hayan participado en la elaboración de los criterios de adjudicación una relación constitutiva de cualquiera de las causas de abstención previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992 o, en general, cualquier otra relación análoga que haga temer sería y razonablemente que dichas personas pueden haber actuado de manera parcial en la determinación de los referidos criterios⁴⁴. Los principios de libre competencia, de igualdad de trato de los candidatos y

⁴² STJCE de 3.3.2005 (*Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, §§ 20-31).

⁴³ STJCE de 3.3.2005 (*Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, §§ 32-36). En sentido similar, vid. la STPI de 12.3.2008 (*Evropaiki Dynamiki*, T-345/03, §§ 68 y ss. y 158 y ss.), donde se declara que «el principio de igualdad de trato no exige que se obligue a la entidad adjudicadora a neutralizar completamente todas las ventajas de la que goza un licitador que subcontrata con el contratista actual» (§ 73).

⁴⁴ Sobre el carácter no tasado de la lista de causas de abstención previstas en el art. 28.2 de la Ley 30/1992, vid. nuestro trabajo «La abstención en el procedimiento administrativo», en *Nuevas*

de objetividad de la actuación administrativa exigen también en estos casos la exclusión de la correspondiente empresa. La pega es que resultaría contrario a la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 CE que se limitara de esa manera la libertad reconocida en el artículo 38 del texto constitucional sin una norma legal que contemplara tal exclusión.

G). *Motivación*

El acto administrativo por el que se determinan los criterios de adjudicación del correspondiente contrato debe motivarse. La Administración goza de una amplia discrecionalidad para fijar los criterios objetivos que le permitan identificar la oferta económicamente más ventajosa, pero debe explicitar, siquiera sucintamente, las razones justificativas que en cada caso le han llevado a elegir unos en concreto. La motivación, permite a los interesados conocer las razones de la elección y poder defender mejor sus derechos, facilita el control judicial de la misma⁴⁵, aumenta la transparencia del procedimiento de adjudicación, contribuye a legitimar -a hacer más aceptable- las decisiones adoptadas en la materia, y, muy especialmente, disminuye el riesgo de que se dicten decisiones arbitrarias, garantizando su acierto, al incrementar la probabilidad de que la Administración reflexione seriamente antes de tomarlas, ya que luego tendrá que explicar las razones que las justifican.

Este deber ya se deduce de lo dispuesto en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, que obliga a motivar los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, pero además ha sido consagrado específica y explícitamente por el artículo 109.4 del TRLCSP, al establecer que en el expediente de contratación «se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato». Lo que no precisa el TRLCSP es cómo hay que motivar, ni con qué detalle, ni qué concretos aspectos de los criterios de adjudicación deben ser objeto de explicación. Cabe sostener, sin embargo, que la necesidad y la intensidad de la motivación serán tanto mayores cuanto mayor sea el peligro de arbitrariedad y de afección a los intereses legítimos afectados⁴⁶. Es por ello que el propio TRLCSP subraya en su artículo 150.4.II que, si no se predetermina el peso relativo atribuido a cada uno de los criterios de adjudicación por considerarse que no es

perspectivas del régimen local. Libro Homenaje al Profesor José M.^a Boquera Oliver, coords. Baño León y Climent Barberá, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 416 y ss.

⁴⁵ STPI de 26.2.2002 (*Esedra*, T-169/00, § 190).

⁴⁶ Se ha señalado, así, que es «insoslayable la adecuada motivación tanto de la inclusión de [criterios sociales y medioambientales] como de su valoración» (J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local*, 291, 2003, p. 730).

posible efectuar esta ponderación, habrá que exponer las «razones debidamente justificadas» por las cuales se afirma esta imposibilidad. El incremento de la discrecionalidad -y del peligro de arbitrariedad- que conlleva esa falta de predeterminación debe ser compensada con una motivación especialmente rigurosa.

3. Requisitos sustantivos

A). *Ilicitud de los criterios en virtud de los cuales se valoran positivamente conductas ilegales*

Aunque el TRLCSP no lo diga explícitamente, va de suyo que estos criterios de adjudicación son inadmisibles. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido oportunidad de declarar la ilicitud de un criterio por el que se valoraban las ofertas con 0,5 puntos, hasta un máximo de dos, por cada mes de renuncia a los intereses de demora en el pago del precio establecidos por la legislación estatal de contratos públicos a la sazón vigente; los pliegos que contemplan una fecha de pago superior a la fijada con carácter básico e imperativo por el legislador son, obviamente, ilegales⁴⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal (en adelante, JCCA), ya que la legislación vigente «ha excluido la libertad de pactos en cuanto a plazos y a tipos de interés de demora, sustituyéndolos por determinaciones legales»⁴⁸.

B). *Criterios no discriminatorios*

La legislación estatal básica no prohíbe de manera explícita que los criterios de adjudicación sean discriminatorios⁴⁹. Pero seguramente tampoco hace falta, pues esta prohibición se deduce derechamente del principio de no discriminación e igualdad de trato que informa nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰, y que ha sido consagrado explícitamente por varios de los preceptos del TRLCSP⁵¹, particularmente por su artículo

⁴⁷ STSJ de Cataluña de 11.5.2001 (rec. 2875/1996).

⁴⁸ Informe 5/05, de 11.3.2005.

⁴⁹ El artículo 163.3 del TRLCSP, en cambio, sí señala que los criterios de selección de los candidatos en el procedimiento restringido serán no discriminatorios.

⁵⁰ La STJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, § 57) considera «preciso recordar que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación que se desprende de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios». En la doctrina, vid., por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33 y ss.

⁵¹ Vid., entre otros, los arts. 1, 4.1.r) *in fine*, 47.2, 178.3, 182.2, 183.1.II, 183.3, 186, 191.a), 192.1 y 280.d), así como la disp. adicional 16ª.1, del TRLCSP.

139 , que en el contexto del capítulo relativo a la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas establece que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio».

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, este principio «prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado»⁵². Quedan proscritos, pues, no sólo los criterios de adjudicación ostensiblemente discriminatorios, fundados expresamente en la nacionalidad o en el lugar de procedencia del licitador, sino también aquellos que producen un efecto discriminatorio equivalente. Conviene recordar, asimismo, que no cualquier desigualdad es contraria a este principio, sino sólo aquellas «desprovistas de una justificación objetiva y razonable»⁵³; «el principio de igualdad de trato prohíbe que situaciones semejantes sean tratadas de modo diferente o que situaciones diferentes sean tratadas de modo igual, a no ser que la diferencia de trato esté objetivamente justificada»⁵⁴.

Así, en la jurisprudencia se ha considerado discriminatorio valorar positivamente, en relación con un contrato de suministro, el hecho de que los licitadores tuvieran la propiedad de instalaciones de producción del correspondiente bien a suministrar ubicadas en una determinada zona geográfica, pues si bien este criterio se aplica indistintamente a todas las empresas, favorece esencialmente a las que ya están establecidas en esa zona⁵⁵. Por semejante razón, también es discriminatorio utilizar como criterios de adjudicación: la proximidad que con la obra objeto del contrato guarde la sede social o una delegación abierta de la empresa licitadora⁵⁶; el volumen de obras

⁵² Vid., entre otras muchas, la STJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, § 44).

⁵³ STS de 5.7.2005 (rec. 852/2003) .

⁵⁴ STPI de 17.3.2005 (*AFCOn Management Consultants*, T-160/03, § 91).

⁵⁵ STJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, § 64), dictada en relación con varios contratos de prestación de servicios de terapias respiratorias domiciliarias, para cuya adjudicación se había previsto como criterio el hecho de que los licitadores fuesen propietarios de instalaciones de producción, acondicionamiento y envasado de oxígeno ubicadas en España. El Tribunal añade que, «en efecto, a diferencia del hecho de disponer de una oficina, requisito que, por su naturaleza, puede cumplirse reiteradas veces, e incluso cada vez que una adjudicación de un contrato así lo aconseje, la existencia de una instalación de producción de acondicionamiento o de envasado propiedad del licitador requiere una inversión mucho más importante que no suele repetirse. La naturaleza de este criterio hace que no resulte fácil cumplirlo si tales instalaciones no existen aún. El hecho de que no se exija una mera disponibilidad de las instalaciones de que se trata, sino la propiedad de las mismas, no hace sino reforzar la idea de que este criterio pretende, en realidad, favorecer la permanencia» (§ 65). Sobre el mismo caso y en el mismo sentido, vid. también la STJCE de 27.10.2005 (*Contse y otros*, C-234/03, § 57).

⁵⁶ STSJ de Cataluña de 11.5.2001 (rec. 2875/1996).

realizadas en cierta Comunidad autónoma⁵⁷; la experiencia en contratos similares ejecutados en Municipios de una determinada Comunidad autónoma, variando la puntuación según el número de sus habitantes⁵⁸; y la experiencia de los trabajadores de la empresa en la realización de jornadas sujetas al régimen especial agrario de una Comunidad autónoma⁵⁹. Resulta asimismo inadmisibles que para desempatar entre las ofertas que hayan obtenido la misma puntuación se utilice el criterio de favorecer a la empresa que prestaba anteriormente el servicio: se vulnera el mentado principio al optar automática y definitivamente por la empresa que ya está presente en el mercado de que se trata⁶⁰.

C). Criterios adecuados, necesarios y proporcionados para identificar la oferta económicamente más ventajosa

Acomodarse a los criterios de adjudicación de los contratos públicos tendrá prácticamente siempre un coste económico, mayor o menor, para las empresas licitadoras. En esa medida puede afirmarse que los criterios de adjudicación pueden encarecer, entorpecer, obstaculizar, hacer más costoso, menos atractivo, el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial. Dicho de otra manera, esos criterios pueden suponer un condicionamiento, una restricción, de la libertad empresarial y, eventualmente, de la libertad fundamental de prestación de servicios. Así se pone muy bien de relieve en el caso resuelto por las Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005⁶¹. Unos criterios de adjudicación en virtud de los cuales se valora positivamente el hecho de que los ofertantes ostenten la propiedad de instalaciones de producción, acondicionamiento y envasado de oxígeno situadas en España o a menos de 1.000 kilómetros de distancia de la provincia española en la que se presten los servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias «pueden obstaculizar la presentación de una oferta por parte de una empresa, a menos que ésta disponga ya de instalaciones propias ubicadas en España o en radio previsto de 1.000 km». Utilizar como criterio de desempate entre licitadores que hayan obtenido la misma puntuación el de la preferencia

⁵⁷ STS de 24.9.2008 (rec. 4793/2006) .

⁵⁸ STS de 5.7.2005 (rec. 852/2003) , que advierte que «en el expediente no existe la más mínima constancia de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviera alguna singularidad -regional o poblacional- que hiciera necesario recurrir a esa condición».

⁵⁹ STS de 24.9.2008 (rec. 4793/2006) .

⁶⁰ SSTJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, §§ 85 y 86; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 78 y 79).

⁶¹ *Comisión c. España*, C-158/03, §§ 40 y 41; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 30 y 31.

de la empresa ya establecida en el mercado español «puede hacer menos atractiva la presentación de una oferta por otra empresa».

Pues bien, al igual que todas las restricciones de los derechos constitucionales, también éstas, las constituidas por los criterios de adjudicación, deben respetar el principio de proporcionalidad, esto es, deben ser: *útiles* o *adecuadas* para lograr un fin público legítimo; *necesarias*, por tratarse de la medida útil menos restrictiva de la libertad; y *no excesivas* o *proporcionadas en sentido estricto*, por superar sus beneficios a los perjuicios derivados de la restricción⁶². En palabras del Tribunal de Luxemburgo, las restricciones de las libertades fundamentales impuestas por los criterios de adjudicación de un contrato público deben estar «justificadas por razones imperiosas de interés general», ser «adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen» y no ir «más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»⁶³. Y ello, obviamente, aunque el legislador español no lo haya dicho de manera explícita.

a). Adecuación

El objetivo que deben perseguir los criterios de adjudicación es, en palabras del artículo 150.1 del TRLCSP, permitir la «determinación de la oferta económicamente más ventajosa». Se trata, como hemos visto, de escoger la oferta contractual que mejor satisfaga los intereses públicos que la correspondiente Administración representa. Los criterios escogidos deben ser, por lo tanto, adecuados, útiles, para alcanzar esta meta.

En el asunto *Wienstrom*, el TJCE parece negar la vigencia del principio de adecuación. Aquí se cuestionaba un criterio de adjudicación, relativo a un contrato de suministro de electricidad, por el que se valoraba que ésta hubiese sido generada a partir de fuentes de energía renovables. El Tribunal *a quo* preguntaba si semejante criterio era adecuado para alcanzar el objetivo perseguido, habida cuenta de que no se establecía ningún mecanismo que permitiese verificar que la energía suministrada había sido producida efectivamente mediante fuentes de aquel tipo, por lo que era posible que la aplicación de este criterio no tuviera consecuencia alguna sobre la cantidad global de electricidad engendrada de esta forma. El TJCE declara su ilicitud: «un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública». Ahora bien, los principios que estima vulnerados son los de igualdad de trato y transparencia, no el de

⁶² Vid., por todos, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007.

⁶³ SSTJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, § 35; *Contse y otros*, C-234/03, § 25).

adecuación: «cuando una entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública»; aun cuando dicho criterio no fuese necesariamente adecuado para contribuir al incremento de la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, el mismo «no podría considerarse incompatible con las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública por el mero hecho de que no permite necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue»⁶⁴.

El razonamiento del Tribunal de Luxemburgo es discutible. A primera vista no acaba de apreciarse la razón por la cual el criterio cuestionado resultaba discriminatorio o lesivo del principio de transparencia, pues todos los licitadores lo conocían igualmente y tenían las mismas oportunidades de formular sus ofertas a la vista del mismo. El Tribunal, con todo, no anda desencaminado, pues el criterio favorecía de manera injusta a las empresas «deshonestas», al propiciar que ofertaran una cosa y suministraran otra distinta. Sea como fuere, el criterio también resultaba inadecuado para lograr el objetivo perseguido, que no era otro que el de incentivar económicamente la generación de electricidad a partir de energías renovables, pues si las empresas licitadoras eran conscientes de que no se podía controlar de qué fuentes procedía la electricidad suministrada, desaparecía aquel incentivo. Conviene subrayar que el objetivo no era exactamente el de lograr un incremento real de la cantidad global de «energía verde» suministrada -la utilización de este criterio no garantizaba con total seguridad que ello fuese realmente a ocurrir-, sino, más bien, el de incentivar y aumentar la probabilidad de que se produjese efectivamente un incremento tal.

Las antes citadas Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005, en cambio, declaran inequívocamente la vigencia en este punto del principio de adecuación, afirmando que el referido criterio de valoración relativo a la propiedad de instalaciones de producción de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la provincia en la que se prestasen los correspondientes servicios sanitarios era ilícito por inadecuado para alcanzar la finalidad perseguida, ya que «la proximidad de las instalaciones no garantiza que se logre el objetivo de seguridad del abastecimiento»⁶⁵. Cabe cuestionar, sin embargo, que este criterio fuese inadecuado. Más bien parece que resultaba innecesario.

⁶⁴ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, §§ 46-53).

⁶⁵ SSTJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, §§ 70-75; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 61-66).

El principio de utilidad o adecuación subyace también en la afirmación efectuada por la JCCA según la cual cabe introducir en los pliegos como criterio de valoración la reducción de los plazos de ejecución de la obra, pero «tal posibilidad no debe incluirse cuando la reducción del plazo de ejecución sea indiferente a los intereses de la Administración y, en definitiva, al interés público por su actuar representado»⁶⁶.

b). Necesidad

Un criterio de adjudicación es ilícito cuando la finalidad que persigue puede alcanzarse a través de un medio menos restrictivo de la libertad empresarial. La citada Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 2005, por ejemplo, estimó que el referido criterio era innecesario: «para alcanzar el objetivo de disponer con certeza de gas de uso médico cerca del lugar de consumo existen otros medios que restringen menos la libre prestación de servicios», como el consistente en «dar prioridad, mediante la atribución de puntos adicionales, a los centros de depósito con una reserva de gas destinada a compensar, durante el período que eventualmente se determine, las eventuales rupturas o fluctuaciones en el transporte desde las instalaciones de producción o de envasado»⁶⁷.

c). Prohibición de exceso, o proporcionalidad en sentido estricto

Los beneficios que se derivan de un criterio de adjudicación, en cuanto que éste permite identificar una oferta ventajosa para los intereses públicos, deben superar a los perjuicios que el mismo supone para la libertad empresarial. En otro caso, el criterio resulta excesivo, desproporcionado. Así, por ejemplo, en la ya citada Sentencia *Wienstrom* se declara que «si bien la seguridad del abastecimiento puede en principio formar parte de los criterios de adjudicación que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente, no puede establecerse válidamente como criterio de adjudicación la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de electricidad por encima de la fijada en la licitación». Este criterio se considera discriminatorio, porque «puede constituir una ventaja para los licitadores que, por su mayor capacidad de producción o de suministro, estén en condiciones de suministrar mayores cantidades que otros... Tal limitación del círculo de los operadores económicos que pueden participar en la licitación produciría el efecto de contrarrestar el objetivo de apertura a la competencia que persiguen las directivas sobre coordinación de

⁶⁶ Informe 29/98, de 11.11.1998.

⁶⁷ SSTJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, § 76; *Contse y otros*, C-234/03, § 67).

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos»⁶⁸. Aunque el Tribunal no lo diga, cabe afirmar el criterio restringía de manera desproporcionada la libertad de prestación de servicios, especialmente la de las empresas con menor capacidad de producción, perjudicando de esa manera la libre concurrencia y, por lo tanto, las probabilidades de la entidad adjudicadora de obtener mejores ofertas. Es posible que alguna ventaja para la seguridad del abastecimiento se derivara del hecho de que el empresario suministrador tuviese una capacidad de producción que sobrepasaba con mucho el consumo máximo anual previsible fijado en la licitación -en caso contrario, nos encontraríamos ante una restricción inútil de la mentada libertad-, pero si alguna ventaja se derivaba de ello, la misma resultaba demasiado escasa como para justificar la referida restricción.

En las también citadas Sentencias de 27 de octubre de 2005 se reitera esta doctrina, si bien ahora no se adopta la perspectiva del principio de igualdad, sino la del de proporcionalidad: «no puede establecerse válidamente como criterio de adjudicación la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de producto», «aun suponiendo que tales criterios vengan dictados por el afán de garantizar la seguridad del abastecimiento y estén relacionados, por tanto con el objetivo que se persigue en los concursos controvertidos y sean adecuados para alcanzar dicho objetivo». Una capacidad de producción anual equivalente al consumo total previsto podría considerarse necesaria, en su caso, para alcanzar el objetivo de garantizar la seguridad del abastecimiento. Pero los criterios enjuiciados iban «más allá de esa necesidad», al atribuir la máxima puntuación a los licitadores que dispusiesen de una capacidad de producción de oxígeno mucho mayor que el consumo previsible, a pesar de que un umbral inferior parecía ya adecuado para garantizar que se dispondría con certeza del gas⁶⁹.

D). Vinculación directa con el objeto del contrato. Posibilidad de valorar las características de las empresas licitadoras como criterios de adjudicación. En especial, la experiencia

El artículo 87 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP) decía que los criterios de adjudicación

⁶⁸ STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, §§ 68-71).

⁶⁹ SSTJCE de 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, §§ 79-84; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 70-76).

debían ser «objetivos». Este término podía ser interpretado de dos maneras⁷⁰. Cabía entender que el legislador estaba aludiendo a las exigencias derivadas de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad de la actuación administrativa consagrados con carácter general en los artículos 9.3 y 103.1 CE. Pero también cabía entender que la Ley estaba imponiendo la existencia de una cierta conexión entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato: aquéllos debían referirse a las características de la prestación contractual. Esta última es la interpretación que han venido manteniendo tanto los Tribunales como la doctrina⁷¹.

La redacción del TRLCSP es mucho más rotunda en este punto. Su artículo 150.1 establece que 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». El adverbio «directamente», que en el artículo 53.1.a) de la Directiva 2004/18/CE no aparece, refuerza si cabe la exigencia de que los criterios estén referidos a la prestación contractual. La vinculación debe ser ahora inmediata.

Esta exigencia deriva de la forma en la que están estructurados los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en el Derecho comunitario. En ellos se distinguen nítidamente dos fases: la de selección de los candidatos y la de valoración de las ofertas. En la primera se examina si las empresas participantes poseen las cualidades necesarias para ejecutar el contrato. En este momento se examinan las características - subjetivas- de las empresas candidatas: si ostentan la habilitación requerida para ejercer la correspondiente actividad profesional, si concurren en ellas ciertas circunstancias que justifican la exclusión de su participación en el procedimiento, si poseen la necesaria solvencia económica y financiera, la capacidad técnica y profesional para llevar a cabo la prestación contractual⁷². En la segunda se valoran las proposiciones presentadas por las empresas aptas para ejecutar el contrato y se determina cuál es la oferta económicamente más ventajosa⁷³. Aquí lo que se examinan son las características -

⁷⁰ Así lo advertía, por ejemplo, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia Administrativa*, 20, 2003, p. 56, nota 63.

⁷¹ Vid., entre otros, M. FUEYO BROS y B. RODRÍGUEZ PRIETO, «Criterios objetivos de adjudicación de contratos en la Administración pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 23, 2003, pp. 45-58.

⁷² Vid. los arts. 45-52 de la Directiva 2004/18/CE.

⁷³ Vid. los arts. 53-55 de la Directiva 2004/18/CE. La misma estructura mostraban las Directivas precedentes. Como señalaba ya la STJCE de 20.9.1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, § 15), «en el sistema de la Directiva [71/305]... 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». En el

objetivas- de las prestaciones contractuales que los licitadores proponen ejecutar, las características de las actividades que realizarían o de los bienes que entregarían si se les adjudicase el contrato. En este momento ya no se valora la calidad de las empresas, sino la de las actividades que ofrecen llevar a cabo. Interesa resaltar que el resultado de la primera fase es un «todo o nada», un «apto o no apto». Las empresas que no reúnen los requisitos subjetivos necesarios para contratar son excluidas de la licitación. Las que los cumplen, son admitidas, pero todas en pie de igualdad: las ofertas formuladas por los licitadores más capaces o solventes no reciben una valoración positiva adicional por esta sola circunstancia; éstos no acuden a la segunda fase con una «mochila de puntos» derivada de su mayor solvencia o capacidad⁷⁴.

El procedimiento podía haber sido configurado de otra manera, ciertamente. Hubiera sido en principio posible establecer un sistema en el que las características subjetivas de los empresarios candidatos se ponderasen conjuntamente con las características de las prestaciones contractuales por ellos ofertadas. Es lo que ocurre muchas veces en el ámbito de la contratación privada. A la hora de valorar diversas ofertas contractuales y escoger la mejor, la gente pondera no sólo el qué y el cómo, sino también el quién; se atiende no sólo a la índole objetiva de las prestaciones ofertadas, sino también a las características subjetivas de los empresarios que las han formulado; se da mayor valor a las promesas contractuales efectuadas por los empresarios que acreditan mayor reputación, experiencia, solvencia y capacidad.

El sistema elegido por las Directivas comunitarias tiene sus ventajas. La primera es que, al aislar ambas fases, se racionaliza, se hace más transparente y se simplifica la compleja tarea de valorar las ofertas contractuales y determinar cuál es la más ventajosa. Otra importante ventaja es que se reduce la discrecionalidad administrativa, así como el correlativo peligro de arbitrariedades y equivocaciones, que esta tarea encierra. La capacidad de los contratistas importa a la hora de adjudicar un contrato capacidad, indudablemente. Pero a partir de un determinado punto, no importa mucho. Pongamos que cabe estimar en un 97% la probabilidad de que una empresa mediana pueda cumplir cabalmente un contrato no muy complejo, de manera que puede afirmarse

mismo sentido, si bien respecto de la Directiva 93/36, vid. la STJCE de 19.6.2003 (*Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik*, C-315/2001, § 59).

⁷⁴ Como dice el Informe de la JCCA 45/02, de 28.2.2003, «la valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que... los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta». En sentido similar, señala en su Informe 44/04, de 12.11.2004, que la LCAP, «al igual que las Directivas comunitarias, diferencian la fase de selección de contratistas, en la que se toman en consideración características de las empresas, y la fase de adjudicación del contrato, en la que... han de establecerse criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato».

razonablemente que tiene capacidad para ello. Imaginemos también una gran empresa, que dobla en medios, experiencia y solvencia a la anterior, y cuya probabilidad de ejecutar correctamente el mismo contrato es del 98%. La diferencia entre las dos empresas en cuanto a su capacidad genérica es muy elevada, pero apenas tiene relevancia en relación con la ejecución de este concreto contrato. La cuestión es que, si en este y otros casos semejantes se permitiera la ponderación conjunta de las cualidades subjetivas de los empresarios licitadores y de las características objetivas de sus ofertas, se correría un serio peligro de que el órgano de contratación, que dispone de una amplia discrecionalidad para elegir los criterios de adjudicación y determinar su peso relativo, otorgara un valor excesivo a aquellas cualidades, favoreciendo injustamente a las grandes empresas en detrimento de las pequeñas.

Es seguramente por todo ello que el TJCE ha declarado, en reiteradas ocasiones, que en principio no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las cualidades subjetivas de las empresas licitadoras, sino sólo las características vinculadas con la prestación contractual ofertada: la entidad adjudicadora tiene libertad para elegirlos, pero «tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente», y «como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato»⁷⁵.

Así, la presentación de una relación de las principales entregas efectuadas en los últimos tres años, en cuanto que indicativa de la experiencia del candidato, se podría exigir para justificar su capacidad técnica, pero «no puede constituir, en ningún caso, un criterio de adjudicación»⁷⁶. Tampoco es lícito un criterio en virtud del cual sólo es posible apreciar de forma positiva las ofertas si la entidad adjudicadora puede examinar visualmente el producto ofertado en un radio de 300 km alrededor de su sede. En la fase de selección, aquélla puede exigir que se presenten muestras de los productos que han de suministrarse como referencias o medios de prueba de la capacidad técnica de los candidatos para ejecutar el contrato de suministro. Pero semejante criterio de adjudicación, al margen de su carácter discriminatorio, «no permite identificar la oferta económicamente más ventajosa»⁷⁷.

⁷⁵ STJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, § 59).

⁷⁶ STJCE de 19.6.2003 (*Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik*, C-315/2001, § 65 y 66). Vid., también, la STJCE de 12.11.2009 (*Comisión c. Grecia*, C-199/07, §§ 50 y ss.).

⁷⁷ STJCE de 19.6.2003 (*Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik*, C-315/2001, §§ 69-72).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Primera Instancia: «la calidad de las ofertas ha de evaluarse en función de las propias ofertas y no a partir de la experiencia adquirida por los licitadores con la entidad adjudicadora a raíz de contratos precedentes, o en función de criterios de selección (como la capacidad técnica de los candidatos) que ya han sido comprobados en la fase de selección de las candidaturas y que no pueden ser tenidos en cuenta de nuevo a efectos de la comparación de las ofertas»⁷⁸.

Las Administraciones Públicas españolas han venido incluyendo frecuentemente elementos subjetivos, relativos a la aptitud de las empresas licitadoras, entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos⁷⁹, a pesar de que la JCAA, en numerosos informes, viene advirtiendo desde hace tiempo de la ilegalidad de esta práctica: «las “características de empresas”... normalmente deben jugar en el momento de apreciar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la empresa»⁸⁰; cabe utilizar como criterio de adjudicación la calidad de la oferta contractual⁸¹, pero no los «niveles de calidad obtenidos por las empresas en prestaciones semejantes a la del objeto del contrato», acreditados mediante certificaciones expedidas por las entidades contratantes⁸², ni, en general, los medios de aseguramiento de la calidad⁸³; ni el «conocimiento empresarial» de una determinada zona geográfica⁸⁴; «la experiencia...

⁷⁸ STPI de 26.2.2002 (*Esedra*, T-169/00, § 158).

⁷⁹ La STS de 11.7.2006 (rec. 410/2004) llama la atención sobre esta anómala práctica: «La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida [por la cual se incluía la experiencia entre los criterios de adjudicación] 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..., o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase». Corroboración de la existencia de esta práctica generalizada el estudio empírico de A. ANDREU, «Análisis de los criterios de valoración utilizados en concursos públicos por las Administraciones. Cumplimiento de las Directivas comunitarias», en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M.^a Gimeno Feliú, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 225 y 226. En defensa de esta práctica administrativa, vid. J. ORTIZ MALLOL, «A vueltas sobre la experiencia como criterio de adjudicación de los contratos administrativos licitados por forma de concurso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 40, 2000, pp. 77-98.

⁸⁰ Informes 22/94, de 16.12.1994, y 28/95, de 24.10.1995.

⁸¹ Informe 41/05, de 26.10.2005, en el que se precisa que «como el artículo 86 # de la propia [LCAP (§000158) ar. 86#] señala que la calidad es uno de los criterios objetivos de adjudicación de los contratos, las características de las muestras que reflejen esa calidad podrán ser utilizadas como criterios de adjudicación». Vid., también el Informe 4/06, de 20.6.2006.

⁸² Informe 53/97, de 2.3.1998.

⁸³ Informe 56/04, de 12.11.2004.

⁸⁴ Informe 9/09, de 31.3.2009.

puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, no de adjudicación»⁸⁵; es «evidente» que «los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato... constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso»⁸⁶; tampoco «los índices, aspectos o cláusulas de siniestralidad laboral»⁸⁷; ni los «extremos relativos a la prevención de riesgos laborales»⁸⁸; ni los «medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa», la «participación en proyectos similares» y los «procedimientos de la empresa»⁸⁹; ni el porcentaje de mujeres en plantilla⁹⁰; sólo cabe emplear el «grado de estabilidad en el empleo como causa de selección y exclusión de contratistas que no la cumplan, y no como criterio valorable para la adjudicación»⁹¹; «la exigencia de “estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000” debe configurarse como requisito de solvencia y no puede considerarse criterio objetivo de adjudicación»⁹². La JCCA ha estimado igualmente que «la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o, en general, a sistemas de arbitraje no es una condición de la oferta que pueda hacerla económicamente más ventajosa, sino una condición de la empresa que, en su caso, habrá que apreciar como requisito de solvencia»⁹³. Esta última afirmación es discutible, pues la adhesión de la empresa a estos sistemas de arbitraje constituye un elemento objetivo de la prestación contractual, por cuanto proporciona una ventaja directa a los consumidores o usuarios del correspondiente servicio.

Los Tribunales españoles, por su parte, no siempre han reaccionado como hubiese sido deseable. Podemos encontrar, en efecto, varias resoluciones del Tribunal Supremo que en ningún momento cuestionan esta práctica contraria al Derecho comunitario⁹⁴.

⁸⁵ Informe 51/05, de 19.12.2005. Vid., también, los Informes 13/98, de 30.6.1998, y 22/00, de 6.7.2000.

⁸⁶ Informes 44/98, de 16.12.1998, y 44/04, de 12.11.2004.

⁸⁷ Informe 11/99, de 30.6.1999.

⁸⁸ Informe 42/06, de 30.10.2006.

⁸⁹ Informe 36/01, de 9.1.2002.

⁹⁰ Informe 44/04, de 12.11.2004.

⁹¹ Informe 5/02, de 13.6.2002.

⁹² Informe 73/04, de 11.3.2005.

⁹³ Informe 33/99, de 30.6.1999.

⁹⁴ Vid., entre otras, las SSTS de 11.5.1999 (rec. 4071/1993) , 24.6.2004 (rec. 8816/1999) , 15.11.2004 (rec. 6812/2001) y 9.12.2004 (rec. 5769/2001) , que afirma que «resulta arbitrario atribuir mayor puntuación a la empresa que ha proporcionado servicios a seis municipios españoles frente a la empresa que los proporcionó a trescientos municipios europeos, ocho de los cuales se ubicaban en España». Vid., también, la STSJ Andalucía (Granada) de 30.1.2006 (rec.

Sirva como ejemplo la Sentencia de 29 de junio de 1999 (rec. 9405/1995) , relativa a la adjudicación de un contrato para la explotación de diversos servicios de comedor y cafeterías universitarios, en la que se declara que «la mayor relevancia que se atribuye a la experiencia en la Universidad Autónoma de Madrid, frente a otras clases de experiencias profesionales, se ajusta más exactamente al pliego de cláusulas. Este último, como antes se avanzó, concreta ese criterio refiriendo la experiencia a servicios que guarden similitud con el objeto del contrato, y esta similitud alcanza su mayor grado cuando los servicios anteriores hayan sido prestados en la propia Universidad Autónoma de Madrid». De esta manera se admite un criterio no relacionado con el objeto del contrato y, además, se le da una interpretación discriminatoria, por cuanto favorecía a la empresa que venía prestando el servicio anteriormente.

Más recientemente, sin embargo, el Alto Tribunal ha declarado repetidamente la ilegalidad de criterios de adjudicación análogos, tales como la «experiencia profesional y en proyectos concretos realizados por los concursantes»⁹⁵; «el conocimiento del territorio por parte de los pilotos titulares de las empresas [con las que se contrató la realización de tratamientos fitosanitarios] acreditado por los trabajos realizados para la Administración mediante certificación o informe positivo dictado por funcionario competente de la unidad administrativa donde se realizaron dichos trabajos»⁹⁶; la «experiencia de la empresa en la prestación del mismo servicio en el ámbito» de cierta Comunidad Autónoma⁹⁷; la «experiencia en contratos similares realizados»,

923/2000), que admite como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de medicamentos el «haber descubierto el principio activo original», porque ello implica el haber llevado a cabo «todos los estudios de investigación y ensayos clínicos antes de la comercialización del medicamento, lo que en términos de eficacia determina que se haya de buscar en primer término el laboratorio investigador por cuanto es el que marca norma o patrón del producto... teniendo más experiencia o información recopilada, lo que permite a los servicios clínicos disponer de mayor bibliografía e información recopilada en cuanto a su actividad, efectos secundarios y adversos, incompatibilidades, estabilidad, condiciones de conservación»

⁹⁵ STS de 15.3.2004 (rec. 10627/1998), donde se dice que el art. 87.1 de la LCAP «fija una serie de criterios para la adjudicación de los concursos que tienen carácter objetivo. El propio precepto dispone que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los “criterios objetivos” que han de servir de base para la adjudicación, enumerando una serie de ellos y admitiendo que puedan incluirse otros “semejantes”, esto es, otros criterios que también deben tener carácter objetivo. En cambio, el artículo 8.2 del pliego de cláusulas impugnado menciona exclusivamente criterios de marcado carácter subjetivo, referidos a la experiencia profesional del concursante o a los proyectos concretos realizados... si comparamos el tipo de condiciones a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos con las que estableció la Universidad de Córdoba, observaremos como la desviación de unas con respecto a las otras es radical, pues si la Ley contempla condiciones de tipo exclusivamente objetivo y relativas al proyecto mismo, el pliego regula requisitos de naturaleza únicamente subjetiva y relativos a los concursantes, no al proyecto, lo cual conduce a afirmar que la cláusula 8.2 del pliego es ilegal por vulnerar el artículo 87» citado. Vid., también, las SSTS de 24.5.2004 (rec. 7759/1999) y 27.10.2004 (rec. 2029/2000) .

⁹⁶ SSTS de 16.2.2010 (rec. 3690/2007) y 24.11.2011 (rec. 305/2008) .

⁹⁷ STS de 28.4.2005 (rec. 418/2003) .

preferentemente en Municipios de una determinada Comunidad autónoma, y con cuantos más habitantes mejor⁹⁸; la capacidad y solvencia⁹⁹. También debe señalarse que, en otros casos, pese a constatar la ilegalidad de estos criterios, no ha tenido más remedio que aplicarlos, en virtud de su doctrina jurisprudencial según la cual las empresas licitadoras no pueden hacer valer, con ocasión del recurso interpuesto contra el acto de adjudicación, la ilicitud de los pliegos de cláusulas particulares, cuando aquéllas concurren a la licitación sin impugnarlos oportunamente, consintiéndolos¹⁰⁰.

La regla general está clara, pues. La cuestión es si caben matices o excepciones. Algunas resoluciones del TJCE sugieren que ciertas características subjetivas de las empresas podrían ser utilizadas para valorar las ofertas. En la Sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith* se afirma al respecto que «la capacidad del adjudicatario para aplicar las medidas adecuadas de seguridad [a fin de evitar desviaciones ilícitas] podrá tomarse en consideración como criterio para adjudicar [un] contrato» de suministro de una sustancia estupefaciente¹⁰¹. Sin embargo, la circunstancia de que esta afirmación se efectúe incidentalmente le resta buena parte de su valor. Otras sentencias posteriores han vuelto a formular explícita e incidentalmente la misma afirmación¹⁰², pero, curiosamente, algunas de ellas lo que en realidad han hecho es desmentirla, al declarar en calidad de *ratio decidendi* que la valoración de la capacidad de las empresas que se había introducido entre los criterios de adjudicación del contrato con el objeto de lograr ese objetivo de la seguridad del abastecimiento vulneraba el principio de proporcionalidad¹⁰³.

La Sentencia de 26 de septiembre de 2000, por su parte, admite como criterio «adicional» de adjudicación uno «relativo a la lucha contra el desempleo»¹⁰⁴. Debe notarse, sin embargo, que el criterio, de carácter subjetivo, se admite sobre la base de una malinterpretación de la doctrina que el Tribunal había sentado anteriormente en la Sentencia *Beentjes*. En efecto, aquella resolución de 2000 considera que en *Beentjes* se admitió la condición de contratar a parados de larga duración como criterio de

⁹⁸ STS de 5.7.2005 (rec. 852/2003) .

⁹⁹ STS de 23.1.2006 (rec. 7132/2002) . Vid., también, la STS de 21.3.2007 (rec. 6098/2000) .

¹⁰⁰ Vid. la STS de 28.6.2004 (rec. 7106/2000) y, sobre todo, las SSTs de 11.7.2006 (rec. 410/2004) y 26.12.2007 (rec. 634/2002) .

¹⁰¹ STJCE de 28.3.1995 (*Evans Medical y Macfarlan Smith*, C-324/93, §§ 44 y 49).

¹⁰² Vid., además de las citadas en la nota siguiente, la STJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 39).

¹⁰³ SSTJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 70 y ss.) y 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, §§ 70 y ss.; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 61 y ss.).

¹⁰⁴ STJCE de 26.9.2000 (*Comisión c. Francia*, C-225/98, §§ 46 y ss., especialmente 52).

adjudicación del contrato, cuando, en realidad, lo que allí se dijo es: primero, que tal condición «no [guardaba] relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato» a que aludía la legislación comunitaria; segundo, que tal condición debería «respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios; y, tercero, que «la exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad... en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros», correspondiendo al Juez nacional *a quo* comprobar si en el caso enjuiciado el requisito tenía o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta¹⁰⁵. Más bien parece que aquí se estaba admitiendo únicamente la posibilidad de utilizar la referida cláusula a modo de condición de ejecución del contrato, no como un criterio para valorar las ofertas¹⁰⁶.

El Tribunal de Primera Instancia, en una Sentencia desconcertante, ha llegado a declarar abiertamente que la experiencia del contratista puede ser empleada como un criterio de adjudicación:

«La experiencia y la capacidad técnica de un licitador y de su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos ellos elementos cualitativos que, en caso de no alcanzar el nivel requerido por el contrato, pueden provocar retrasos en la ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias. Por consiguiente, aun cuando determinados criterios mencionados en el pliego de cláusulas administrativas particulares para evaluar la capacidad de un licitador de ejecutar las obras no se expresen en términos cuantitativos, pueden aplicarse, sin embargo, de forma objetiva y uniforme con el fin de comparar las ofertas y son claramente pertinentes para identificar la oferta más ventajosa económicamente»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ STJCE de 20.9.1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, §§ 28-30).

¹⁰⁶ En este sentido, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas...», pp. 59 y ss., quien también critica la malinterpretación de *Beentjes* efectuada por la STJCE de 26.9.2000.

¹⁰⁷ STPI de 25.2.2003 (*Renco*, T-4/2001, § 68).

Huelga cualquier comentario. Esta doctrina es manifiestamente contraria a la legislación comunitaria reguladora de los contratos públicos, tal como ha sido interpretada por el TJCE.

También algunos órganos jurisdiccionales y administrativos españoles han efectuado algunas declaraciones discutibles. La JCCA ha sostenido que si bien «los elementos personales y materiales [de las empresas candidatas] pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional... el mayor número de los exigidos puede ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración del artículo 86 [del TRLCAP] no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si como exige [este precepto] el criterio se consigna expresamente en el pliego»¹⁰⁸. Cabe replicar, en primer lugar, que éste es un criterio de naturaleza subjetiva, no objetiva, pues de ningún modo se refiere a las características de las prestaciones ofertadas, sino a las cualidades de las empresas ofertantes. Debe señalarse, en segundo lugar, que resulta palmariamente contrario a la jurisprudencia del TJCE. Recordemos: se vulnera el principio de proporcionalidad cuando, en el momento de valorar las ofertas y adjudicar el contrato, se pondera positivamente una capacidad superior a la necesaria para ejecutar correctamente el contrato¹⁰⁹.

El Consejo de Estado ha deslizado, asimismo, varias afirmaciones cuestionables. Con carácter general, ha estimado válidos los criterios de adjudicación relativos a la estabilidad del empleo, «criterios estos que... no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87 [de la LCAP]... precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado»¹¹⁰.

En relación con un concreto contrato de mediación de seguros, el Consejo de Estado ha considerado que «tanto la “adecuación de la estructura del mediador a las necesidades del Ministerio de Defensa”, como la disposición de “especialistas en contratación de seguros colectivos de vida y accidentes” son criterios de adjudicación»

¹⁰⁸ Informes 59/04, de 12.11.2004, y 41/05, de 26.10.2005.

¹⁰⁹ SSTJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, §§ 68-71) y 27.10.2005 (*Comisión c. España*, C-158/03, §§ 79-84; *Contse y otros*, C-234/03, §§ 70-76).

¹¹⁰ Dictamen 3495/1998, de 19.11.1998. Vid., también, el Dictamen 1869/1998, de 4.6.1998.

admisibles. La razón aducida es que, si bien no cabe utilizar como criterios de adjudicación los establecidos para la valoración de la solvencia técnica, ello «no quiere decir que no puedan tomarse en consideración como criterios de adjudicación determinadas condiciones relativas a las características de la empresa, como la estructura de la misma o la disposición de especialistas en el ámbito al cual se refiere el asesoramiento, siempre que tales criterios sean objetivos y estén debidamente recogidos en el pliego»¹¹¹.

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha declarado la validez de una disposición reglamentaria en virtud de la cual debían incluirse, con una ponderación conjunta del 20%, alguno o varios criterios sociales: la «estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición»; el «porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquella»; el «porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato»; y las «nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato». Según el Tribunal, los criterios impugnados:

«Ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y, concretamente, de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así, la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración

Ha de entenderse, por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta... no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de

¹¹¹ Dictamen 342/2003, de 30.4.2003.

invalorable o susceptible de aplicación arbitraria»¹¹².

Resulta difícil sostener que todas esas cualidades de las empresas tienen una índole objetiva, pues ninguna de ellas se refiere a las características de las prestaciones contractuales. Es obvio que la estructura de una empresa -v. gr., el porcentaje de trabajadores fijos o de especialistas con los que cuenta- puede influir en la calidad de los servicios o bienes que oferta. Pero lo mismo sucede con la experiencia. Se trata en ambos casos de elementos determinantes de la solvencia, de la aptitud de la empresa para ejecutar correctamente el contrato, que deben ser examinados antes de valorar las ofertas, por las razones ya expuestas. Nótese que la LCAP, tras la modificación de 1999, contemplaba explícitamente el grado de estabilidad en el empleo como uno de los indicadores de la solvencia técnica de los empresarios, no como uno de los criterios de adjudicación admisibles¹¹³.

E). *El significado de la enumeración legislativa de criterios admisibles*

La enumeración de los criterios objetivos contenida en este precepto, lo mismo que la prevista por el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE y la contemplada por sus precedentes normativos, no es taxativa, sino que constituye un *numerus apertus*: aquéllos han sido enunciados a modo de ejemplo¹¹⁴. Así lo indica muy claramente el inciso final «u otros semejantes». Los criterios allí mentados deben considerarse, desde luego, vinculados directamente al objeto del contrato y, en principio, válidos para valorar las ofertas; el legislador ha despejado las dudas que eventualmente pudieran existir al respecto. Lo cual no quita que también puedan ser usados otros criterios. La pega es que los mismos no cuentan con el aval explícito del legislador, por lo que eventualmente pueden suscitarse dudas en relación con su objetividad, que el órgano de contratación debería resolver con una adecuada motivación.

A pesar de no ser exhaustiva ni cerrada, cabe entender que la lista del artículo 150.1 posee un cierto alcance excluyente, limitativo. Ello derivaría, en primer lugar, de las precisas condiciones bajo las cuales se estiman admisibles algunos de los criterios de

¹¹² SSTSJ de Madrid de 30.5.2003 (rec. 208/1999) y 6.10.2003 (rec. 541/1999). El recurso de casación interpuesto contra esta última Sentencia fue inadmitido por la STS de 27.6.2006 (rec. 337/2004), afirmando para ello una muy criticable doctrina: la parte cuyo recurso directo contra una norma reglamentaria fue desestimado no puede luego aducir la invalidez de la misma norma en un «recurso indirecto» interpuesto contra un acto dictado en aplicación de ésta.

¹¹³ Arts. 17.d), 18.c) y 19.d) de la LCAP, redactados con arreglo a la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

¹¹⁴ Vid., entre otras muchas, las SSTJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 35) y STJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, § 54), así como la STS de 25.1.2000 (rec. 6382/1993).

adjudicación mentados. Es el caso de los llamados criterios «sociales». Durante los últimos años se ha discutido mucho acerca de su licitud. El TRLCSP los considera admisibles, pero sólo cuando cumplan determinados requisitos: cuando se refieran a características de la prestación contractual «vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar». Este precepto puede ser interpretado, *sensu contrario*, en el sentido de que no serían lícitos aquellos criterios sociales que no respondan a dichas necesidades o, cuando menos, que no sean «semejantes» a esos criterios definidos con tal precisión.

Un cierto efecto excluyente cabría deducir, en segundo lugar, de la voluntad implícitamente manifestada por el legislador en el procedimiento de elaboración de la LCSP, al rechazar o aceptar propuestas de supresión, adición o modificación de la lista. El criterio de adjudicación consistente en «la asunción del compromiso de mantener [el precio] invariable como precio cerrado», por ejemplo, aparecía en el Proyecto de LCSP¹¹⁵, pero fue eliminado del texto final como consecuencia de la aprobación de varias enmiendas, para cuya justificación se esgrimía que:

«La asunción del precio cerrado como criterio de valoración de ofertas plantea innumerables dudas y puede suponer de facto una vulneración del principio de la libre competencia. Es imposible, además, dar el precio cerrado de una obra antes de que el proyecto haya sido totalmente ejecutado, ya que no existe la posibilidad de medir con exactitud una obra hasta que ésta ha sido totalmente ejecutada»¹¹⁶.

«La forma de determinación del precio del contrato, tanto si éste debe ser cerrado o el resultado de aplicar a las mediciones los precios unitarios ofertados, no debe dejarse en manos del licitador sino ser previamente fijada por el órgano de contratación y a la vista de un proyecto completo y mediciones exactas. En caso contrario, y ante la posibilidad de que el proyecto contenga omisiones, modificaciones, imprecisiones y errores, resultaría inaplicable dicho compromiso de mantener el precio cerrado. Se estaría, además, primando la presentación de ofertas con un alto grado de incertidumbre, en detrimento de las empresas cuyas ofertas sean realistas y resultado de un estudio serio y minucioso. Ante la

¹¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 95-1, de 8 de septiembre de 2006.

¹¹⁶ Enmienda núm. 20, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 95-22, de 29 de marzo de 2007, p. 174).

dificultad de comparar ofertas que no podrían ser homogéneas al contener unas un precio cerrado y otras precios unitarios, se estaría propiciando la aparición de prácticas desleales y restrictivas de la libre competencia. El órgano de contratación debe fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares la forma de determinación del precio y ésta debe ser obligada para todos los licitadores por igual»¹¹⁷.

Así las cosas, no es irrazonable entender que el legislador quiso proscribir la asunción del precio cerrado como criterio de adjudicación del contrato.

En el curso del procedimiento legislativo se propuso también la introducción de lo que podríamos denominar un criterio de «innovación tecnológica». Se trataba de valorar «la concurrencia y participación en las proposiciones de empresas de base tecnológica creadas a partir de la actividad universitaria, en cuyas actividades y capital social [participase] personal docente e investigador de universidades, como consecuencia de la actividad investigadora en la que [hubiesen] intervenido, de conformidad con el régimen previsto en la normativa aplicable». Este criterio debía ser ponderado necesariamente en aquellos contratos que requiriesen «el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución [fuese] particularmente compleja». La finalidad era «favorecer la contratación de empresas tecnológicas con origen en la actividad universitaria e incrementar la transferencia de conocimientos»¹¹⁸. El rechazo de esta propuesta indica que el legislador consideró el criterio inadmisibles, máxime cuando es evidente que aquí se valoraba una característica subjetiva de las empresas licitadoras, carente de la debida vinculación con la prestación contractual.

Varios grupos parlamentarios formularon enmiendas dirigidas a permitir los criterios de adjudicación «sociales» en unos términos más amplios que los previstos en el Proyecto de LCSP . Se propuso valorar positivamente el «número o porcentaje de trabajadores con contrato indefinido vinculados a la ejecución del objeto del contrato, número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados a la ejecución del objeto del contrato, u otros semejantes»¹¹⁹, o el «número o porcentaje de trabajadores con contrato indefinido vinculados a la ejecución del objeto del contrato, número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados a la

¹¹⁷ Enmienda núm. 80, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (ibídem, p. 200), que coincide en contenido y justificación con la enmienda núm. 258, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (ibídem, pp. 266 y 267).

¹¹⁸ Enmiendas núm. 260 y 261, presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (ibídem, pp. 267 y 268).

¹¹⁹ Enmienda núm. 259, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (ibídem, pp. 267).

ejecución del objeto del contrato, u otros semejantes [criterios a los que habría de atribuirse] en todo caso una ponderación no inferior al 15% ni superior al 30% del total de baremación». Se postulaba igualmente que la propia LCSP declarara «directamente vinculados al objeto del contrato aquellos aspectos sociales de carácter objetivo y cuantificable relativos a las condiciones laborales de ejecución de un contrato o al sistema de producción de los bienes objeto de contratación, tales como el número o porcentaje de trabajadores en situación de riesgo de exclusión social o con discapacidad, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el porcentaje de plantilla indefinida, la seguridad y salud laboral, así como la salvaguarda y cumplimiento de los Derechos Humanos y los estándares laborales definidos en la OIT cuando hubieran sido producidos en países económicamente pobres, entre otros»¹²⁰.

El rechazo de estas enmiendas puede ser interpretado en el sentido de que el legislador consideraba inadmisibile el uso, como criterios de adjudicación, de las cláusulas sociales propuestas. Y es que salta a la vista que la naturaleza de las mismas no era objetiva, pues no venían referidas a las características de las prestaciones contractuales, sino a las de las empresas licitadoras. No parece que los proponentes tuviesen muy claro el concepto de objetividad a que alude el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE. Un criterio es objetivo, a los efectos de este precepto, cuando está vinculado al objeto del contrato, y los criterios sociales descritos no lo estaban.

Hubo alguna enmienda dirigida a que «en la adjudicación de todos los contratos, a excepción de los contratos menores y aquellos que por su naturaleza o especiales características [tuviesen] un inapreciable impacto sobre el medio ambiente, se [valoraran] las condiciones ambientales», a fin de «impedir que la integración de criterios medioambientales [quedase] excluida»¹²¹. El rechazo de la enmienda indica que la Ley no obliga, en ningún caso, al órgano de contratación a utilizar criterios de adjudicación ambientales. Su utilización es facultativa, no preceptiva.

F). Posibilidad de incluir cláusulas sociales o medioambientales entre los criterios de adjudicación

¹²⁰ Enmiendas núm. 322, 323 y 324, presentadas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) (ibídem, pp. 296 y ss.), cuyos contenido y justificación son similares a los de la enmienda núm. 129 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (ibídem, pp. 218 y 219), aunque en este último caso se pretendía que a los criterios sociales se les atribuyera «en todo caso una ponderación no superior al 25 por 100 sobre el total de la baremación».

¹²¹ Enmienda núm. 129, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (ibídem, pp. 218 y 219).

La utilización de los contratos públicos como un instrumento dirigido a proteger fines medioambientales o propios de la política social -el respeto efectivo de los derechos fundamentales, la corrección de ciertas desigualdades, la lucha contra el desempleo o la exclusión social, la ayuda a las personas desfavorecidas, etc.- ha suscitado una viva polémica¹²². Es indudable que dichos contratos presentan numerosos aspectos cuya configuración podría influir en la consecución de estos fines públicos¹²³. El factor medioambiental o social podría tenerse en cuenta, en primer lugar, a la hora de definir el objeto del contrato: se trata de adquirir bienes o contratar la realización de actividades que satisfacen directamente necesidades sociales o ambientales. También es posible ponderar dichos intereses en el momento de establecer los pliegos de prescripciones técnicas, en virtud de las cuales se precisan las características técnicas de la prestación contractual¹²⁴. Igualmente cabe la posibilidad de integrarlos en la definición de las

¹²² La bibliografía relativa al tema es ciertamente copiosa. Vid. J. A. VÉLEZ TORO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; S. VERNIA TRILLO, «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos...», pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas...», pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M.^a Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M.^a GIMENO FELIÚ, «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M.^a Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; del mismo autor, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 202 y ss.; S. LESMES ZABALEGUI, «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, 13, 2005, pp. 53-86; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pp. 39 y ss.; M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «Contratación pública con criterios de sostenibilidad», *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 2830, 2005, pp. 35-46; E. ROMÁN VACA, «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario: el ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, 36, 2006, pp. 193-228; J. A. PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, 40, 2006, pp. 21-30; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; A. GONZÁLEZ ALONSO, «La contratación pública ecológica», *Justicia Administrativa*, 47, 2010, pp. 31 y ss.; M. OLLER RUBERT, «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1, 2010; C. SIRVENT ALONSO, «Compra y contratación pública verde (CCPV)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 18, 2010, pp. 287 y ss.; J. J. PERNÁS GARCÍA, *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012.

¹²³ Vid. la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001, COM(2001) 274 final, así como la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001, COM(2001) 566 final.

condiciones de ejecución del contrato¹²⁵. Cabría tenerlos en cuenta, asimismo, a la hora de examinar la solvencia de los candidatos, de precisar qué cualidades o circunstancias deberían reunir para ejecutar cabalmente el contrato¹²⁶, de establecer prohibiciones para contratar¹²⁷. Existe incluso la posibilidad de reservar la adjudicación o la ejecución de determinados contratos a empresas «sociales»¹²⁸, de ponderar las características sociales o ecológicas de las mismas a los efectos de desempatar entre ofertas igualmente ventajosas¹²⁹, así como de considerar, antes de decidir sobre las ofertas anormalmente bajas, 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 prestación¹³⁰. No procede, sin embargo, que analicemos aquí todas estas posibilidades. Ahora y en esta sede sólo es pertinente que examinemos en qué medida pueden ponderarse los intereses ambientales y sociales en la valoración de las ofertas.

Nadie discute que las Administraciones públicas deben adoptar medidas encaminadas a la protección del medio ambiente, la lucha contra el desempleo, la corrección de las desigualdades, el amparo de los disminuidos, etc. Así lo impone la Constitución española en varios de sus preceptos (v. gr., en sus arts. 9.2 , 45 y 49) y, en particular, en su artículo 53.3 , donde establece que los principios rectores de la política social y económica informarán la actuación de todos los poderes públicos, también, por qué no, la de tipo contractual. El artículo 11 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone, en el mismo sentido, que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad». Todos estos intereses públicos, por consiguiente, no sólo pueden sino que deben ser tenidos en cuenta en la regulación de los contratos que aquéllos celebran.

Ahora bien, los poderes públicos también deben ponderar otros bienes jurídicos constitucionales afectados por su actividad contractual, tales como la libertad de empresa, la igualdad de trato entre los candidatos, la libre competencia y la eficiente utilización de los fondos públicos. Porque el problema es que las medidas de protección medioambiental y social suelen tener un coste para los referidos derechos y, en última

¹²⁴ Vid. el art. 117.1 del TRLCSP .

¹²⁵ Vid. el art. 118 del TRLCSP .

¹²⁶ Vid. el art. 81, así como la disp. adicional 4ª.1, del TRLCSP .

¹²⁷ Vid. los aps. a) y c) del art. 60.1 del TRLCSP .

¹²⁸ Vid. la disp. adicional 5ª del TRLCSP .

¹²⁹ Vid. los aps. 2, 3, 4 y 5 de la disp. adicional 4ª del TRLCSP .

¹³⁰ Vid. el art. 152.3.I del TRLCSP .

instancia, para los fondos públicos, en cuyo caso deberá llegarse a una solución equilibrada, proporcionada, que no restrinja inútil, innecesaria o excesivamente la libertad de los ciudadanos, ni represente un gasto ineficiente de dinero público. El objetivo debería ser alcanzar el nivel deseado de protección medioambiental y social con el menor coste posible para la libertad y el erario público o, si se quiere, alcanzar el mayor grado de esa protección con los recursos que estemos dispuestos a invertir en ella.

Recordemos que el concepto de oferta económicamente más ventajosa debe entenderse en un sentido amplio. Esta oferta es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por la Administración contratante, dentro de los cuales pueden incluirse, indiscutiblemente, los medioambientales y los sociales. Es por esta razón que la jurisprudencia comunitaria ha afirmado la posibilidad *prima facie* de utilizar criterios sociales, como los relacionados con la lucha contra el desempleo¹³¹, y ecológicos¹³². Es más, hay alguna norma comunitaria que incluso obliga a ponderar criterios de este último tipo a la hora de adjudicar ciertos contratos¹³³.

El TJCE, sin embargo, también ha recalcado que esa posibilidad está sujeta a ciertos límites: los criterios deben estar relacionados con el objeto del contrato, no conferir a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, ser mencionados expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en especial, el de no discriminación¹³⁴. El límite más relevante en la práctica es el primero. La cuestión es que la mayoría de los criterios ambientales y, sobre todo, sociales cuya utilización suele postularse no están vinculados con el objeto del contrato, no se refieren a características de las prestaciones contractuales, sino a cualidades subjetivas de las empresas licitadoras¹³⁵: estabilidad de la plantilla de trabajadores¹³⁶, porcentaje de

¹³¹ STJCE de 26.9.2000 (*Comisión c. Francia*, C-225/98, §§ 46 y ss.).

¹³² SSTJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, §§ 55 y 57) y 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 33).

¹³³ Vid. la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

¹³⁴ STJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, § 69) y 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 33).

¹³⁵ Como señala J. M.^a GIMENO FELIÚ, «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, 14, 2007, p. 32 y 33, «resulta muy difícil imaginar» algún criterio social que pueda utilizarse como criterio de adjudicación.

trabajadores con contrato indefinido, nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato¹³⁷, número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato¹³⁸, índices de siniestralidad laboral, aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales, porcentaje de mujeres en plantilla, estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000. Tales elementos podrían utilizarse, en su caso, como medios para acreditar la aptitud o la solvencia de las empresas para ejecutar el contrato, o establecerse eventualmente como condiciones de ejecución del contrato, pero nunca para valorar sus ofertas, por las razones antedichas.

En cambio, sí estarían referidos a la prestación contractual, por ejemplo, los criterios relativos al nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno y al nivel de ruido de los autobuses, en relación con un contrato de prestación de servicios de transporte urbano en autobús¹³⁹. Y también puede afirmarse el carácter objetivo de un criterio en virtud del cual, para adjudicar un contrato de suministro de electricidad, se valora el hecho de que la misma haya sido generada a partir de fuentes de energía renovables¹⁴⁰.

La redacción del artículo 150.1 del TRLCSP admite explícitamente los criterios ambientales y sociales, si bien subraya dos veces su necesaria referencia a las características objetivas de la prestación contractual. La primera, cuando establece que los criterios estarán «directamente vinculados al objeto del contrato». La segunda, cuando dispone que podrán tenerse en cuenta las características «vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales», pero siempre que «respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar»¹⁴¹. Por su falta de objetividad, habría que considerar inadmisibles los antes mencionados criterios sociales que algunos grupos parlamentarios trataron, sin éxito, de introducir en el texto del TRLCSP.

Hay, además, otra razón por la cual estas cláusulas sociales subjetivas, especialmente las referidas a características que los empresarios licitadores poseen en

¹³⁶ Ya sabemos, no obstante, que la criticable STJCE de 26.9.2000 (*Comisión c. Francia*, C-225/98, §§ 46 y ss.) parece admitir este criterio de adjudicación.

¹³⁷ Vid. el Informe de la JCCA 3/09, de 25.9.2009.

¹³⁸ Vid. el Informe de la JCCA 53/08, de 29.1.2009.

¹³⁹ STJCE de 17.9.2002 (*Concordia Bus Finland*, C-515/1999, § 65).

¹⁴⁰ Nótese, con todo, que la STJCE de 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 34) no afirma que dicho criterio esté relacionado con el objeto del contrato.

¹⁴¹ Este inciso transcribe casi literalmente lo dicho en el considerando 46 *in fine* de la Directiva 2004/18/CE.

el momento de formular sus proposiciones o en un momento anterior, no deberían emplearse para adjudicar el contrato. La utilización de estas cláusulas para valorar las ofertas no sólo vulnera la referida exigencia de objetividad, sino que también puede menoscabar los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y eficiencia. En efecto, la configuración de las mismas como condiciones de ejecución del contrato permite alcanzar igualmente, o incluso en mayor medida, el mismo objetivo con un coste menor para la seguridad jurídica, la libertad de empresa y el erario público.

Imaginemos una cláusula social consistente en tener empleadas, en el momento de presentar la proposición o acreditar la solvencia, personas discapacitadas en número superior al exigido por la legislación vigente¹⁴². La utilización de esta cláusula como criterio de valoración de las ofertas -v. gr., con un peso relativo del 20%- no garantiza, ni mucho menos, que se vaya a adjudicar el contrato a la empresa que haya empleado a un número superior de discapacitados. Y nada le asegura a la empresa que da trabajo a un mayor número de ellos, incurriendo de esta manera en determinados costes, que vaya a obtener la adjudicación del contrato. Las empresas no pueden saber a ciencia cierta si les resultará rentable emplear trabajadores de este tipo. Este criterio de adjudicación genera, por consiguiente, inseguridad, incertidumbre, y la incertidumbre tiene un coste, que las empresas licitadoras repercutirán sobre el precio que deberá pagar la Administración contratante.

Si, por el contrario, se configura esta cláusula como una condición de ejecución del contrato, queda garantizado, con un grado de certeza mucho más elevado, que la empresa adjudicataria contratará efectivamente a un número de discapacitados superior al exigido por la ley. Y las empresas licitadoras sabrán a qué atenerse, sabrán que si se les adjudica el contrato deberán contratar a cierto número de personas discapacitadas, podrán calcular de antemano, con razonable seguridad, los costes que ello les ocasionará. De esta manera, la incertidumbre disminuye, lo que redundará en una reducción de los costes empresariales y, por ende, del precio del contrato.

4. Consideración especial del precio como criterio de adjudicación

La importancia de este criterio hace aconsejable que nos detengamos en el análisis de algunos de los problemas que plantea. Cabe preguntarse, en primer lugar, si el precio deber constituir siempre uno de los criterios de valoración de las ofertas. Según el artículo 150.1.II del TRLCSP , «cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha

¹⁴² Vid. el art. 62.8 de la Ley foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra .

de ser, necesariamente, el del precio más bajo». *A contrario sensu*, cabe entender que no es obligado ponderar el del precio cuando se utilizan varios criterios.

En sentido similar, la JCCA ha considerado 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». Aunque también afirma que esta posibilidad «debe considerarse excepcional», resultando obligado consignar en el expediente «las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión¹⁴³. Y la misma doctrina se predica para los contratos de obras, aunque «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»¹⁴⁴.

Pudiera pensarse que no atender a este criterio constituye necesariamente una violación del principio de eficiencia consagrado en los artículos 31.2 CE y 1 TRLCSP¹⁴⁵, por cuanto supondría obviar absolutamente el coste económico de la prestación contractual. A nuestro juicio, sin embargo, la omisión del referido criterio no implica necesariamente una ineficiencia proscrita por el referido principio. Es perfectamente admisible, aunque infrecuente, 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 que han realizar a cambio del mismo, y que serán valoradas en función de la medida en que dichos aspectos contribuyan a satisfacer determinados intereses públicos. El principio de eficiencia exige que se escoja la oferta contractual que entrañe una óptima relación de costes y beneficios sociales. Pero ese óptimo puede alcanzarse de diversas maneras. La licitación puede utilizarse, por ejemplo, para minimizar el precio que la Administración ha de pagar por una prestación enteramente predeterminada -como ocurre en el caso de las tradicionales subastas- o para maximizar la utilidad social de la prestación que el contratista ha de realizar a cambio de un precio absolutamente predeterminado.

Un problema relacionado con el que acaba de exponerse es el de si necesariamente hay que asignar al criterio del precio más bajo un peso mínimo respecto de los restantes criterios de adjudicación. A nuestro juicio, la Administración no puede gozar aquí de una absoluta discrecionalidad. Nótese que el establecimiento de una ponderación relativa

¹⁴³ Informe 28/95, de 24.10.1995. La misma doctrina se reitera, incidentalmente, en los Informes 27/98, de 11.11.1998, y 48/01, de 30.1.2002.

¹⁴⁴ Informe 29/98, de 11.11.1998.

¹⁴⁵ Sobre este principio, vid. J. M.^a GIMENO FELIU, «El principio de eficiencia», en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, dir. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1255 y ss.; M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss.

excesivamente reducida -v. gr., del 1%- equivaldría en la práctica a prescindir de este criterio de adjudicación, lo que podría entrañar una violación del principio de eficiencia y un fraude a lo establecido en el artículo 150.1.II del TRLCSP . De hecho, el Tribunal General de la Unión Europea ha considerado que, «salvo en circunstancias excepcionales» debidamente justificadas, «el requisito de garantizar la mejor relación “coste/resultado” o “calidad/precio” al concluir la evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa conlleva que la ponderación relativa del criterio [del precio más bajo] no lleve a neutralizar dicho criterio en la elección del adjudicatario del contrato»¹⁴⁶. Interesa señalar que, a la vista de las circunstancias del caso enjuiciado, tanto el Tribunal ¡como la propia entidad adjudicadora! habían considerado insuficiente una ponderación del 25%.

Otra cuestión que se ha suscitado en la práctica es la de si puede utilizarse el criterio del «precio más cercano al precio medio», en vez del «precio más bajo». Es decir, ¿una oferta cuyo precio se acerca más a la media aritmética de los precios ofrecidos por todos los licitadores puede obtener, *ceteris paribus*, una mejor valoración que una oferta cuyo precio se aleja más pero es inferior? Algún informe de la JCCA ha considerado lícito semejante criterio, porque cumple «las exigencias de objetividad que han de darse el establecimiento de los criterios de adjudicación del concurso»¹⁴⁷. Este criterio podrá ser objetivo, pero no racional ni conforme con el principio de eficiencia en el gasto público establecido en los citados artículos: *ceteris paribus*, siempre es preferible para el interés público que la Administración pague cuanto menos mejor por lo mismo. La regla del precio más bajo tiene, ciertamente, una importante excepción para el supuesto de que una oferta contenga valores anormales o desproporcionados. Pero el legislador ya ha previsto para este caso una regulación especial, por la cual se debe dar audiencia al licitador para que justifique la valoración de la oferta, así como recabar los informes técnicos oportunos. El criterio del «precio más cercano al precio medio» supone, en cambio, minusvalorar automáticamente las ofertas anormales sin dar la oportunidad a los licitadores de justificarlas. Este criterio constituye, en suma, una suerte de regulación ilegal y encubierta de las ofertas anormales o desproporcionadas¹⁴⁸. Nada de extraño tiene, pues, que fuese considerado inaceptable por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2004 (rec. 324/2000) .

¹⁴⁶ STGUE de 20.9.2011 (*Evropaïki Dynamiki*, T-461/08, §§ 191 y ss.).

¹⁴⁷ Informe 8/1997, de 20.3.1997.

¹⁴⁸ La utilización de este criterio también fue denunciada por el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, p. 143. En sentido similar, L. A. BALLESTEROS MOFFA, *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 210 y ss.

Hay que entender que los artículos 150.1.II y 151.1.I *in fine* del TRLCSP vienen también a proscribir esta práctica cuando establecen que si sólo se utiliza un criterio de adjudicación éste será el del «precio más bajo».

Por lo demás, conviene señalar que, por razones de espacio, en este trabajo no vamos a analizar los problemas que plantea la aplicación del criterio más bajo en el caso de que se hayan formulado ofertas con valores posiblemente anormales o desproporcionados¹⁴⁹.

5. Criterios de desempate

¿Cómo hay que resolver los casos en los que, tras aplicar los criterios de adjudicación predeterminados en los pliegos, dos o más ofertas obtienen exactamente la misma puntuación? El artículo 87.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁵⁰ establece una regla aplicable únicamente a las subastas, es decir, a los casos en los que el único criterio de adjudicación es el del precio más bajo: «si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo». El método aleatorio supone renunciar a la determinación de cuál es la oferta económicamente más ventajosa, pero garantiza, al menos, la igualdad de trato de los licitadores.

Es fácil comprender por qué esta regla no se aplica en principio a los casos en los que se utilizan varios criterios de adjudicación: por lo general, no hace falta. Si el órgano encargado de valorar las ofertas sabe que no existe regla que permita resolver los empates, tratará de aprovechar el margen de apreciación de que goza en la valoración de las ofertas para evitarlos; se esforzará en afinar su juicio para que siempre exista una oferta siquiera un poco mejor que las restantes. El caso de la subasta es diferente, porque no está en manos del órgano de contratación evitar el empate, no puede servirse de su discrecionalidad para ello.

Las cosas cambian, sin embargo, cuando se valoran las ofertas como prescribe el artículo 150.2.III del TRLCSP : primero se evalúan conforme a los criterios que dejan un amplio margen de discrecionalidad y, luego, se aplican los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas. Aquí, el órgano de contratación no puede evitar los empates afinando el juicio, porque la puntuación final depende, como en la subasta, de factores ajenos a su control. Habida cuenta de la identidad de razón que estos casos, en

¹⁴⁹ Sobre el tema, vid., entre otros, J. F. MESTRE DELGADO, «La ordenación de las bajas temerarias en la contratación pública», *Noticias de la Unión Europea*, 198, 2001, pp. 45 y ss.; A. CALVERAS, J. J. GANUZA y E. HAUKE, «Las bajas temerarias en las subastas de obras públicas. Un análisis de la regulación española», *Hacienda Pública Española*, 162, 2002, pp. 135 y ss.

¹⁵⁰ Aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre .

los que se utiliza una pluralidad de criterios de adjudicación, guardan con las subastas, entendemos que la regla del citado artículo 87.2 también debería aplicárseles, por analogía.

El TRLCSP contempla otras reglas de desempate. Los apartados 2, 3, 4 y 5 de su disposición adicional 4ª prevén la posibilidad -que no la obligación- de que en los pliegos de cláusulas particulares se establezca para los casos de igualdad entre las ofertas la preferencia de aquellas formuladas por los empresarios en los cuales concurren determinadas características «sociales»: tener en plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%; tener la consideración de empresas de inserción; ser una entidad sin ánimo de lucro inscrita en el correspondiente registro oficial y provista de personalidad jurídica cuando se trate de ciertas prestaciones de carácter social o asistencial; y ser una organización de comercio justo en relación con la adjudicación de contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo¹⁵¹.

La conformidad con el Derecho comunitario de tales reglas es, ciertamente, dudosa¹⁵², pues a fin de cuentas constituyen criterios de adjudicación carentes de vinculación con el objeto del contrato, que no permiten identificar la oferta económicamente más ventajosa. Es más, como ya hemos señalado, la existencia de estas reglas puede propiciar que los órganos de adjudicación no traten de afinar su juicio como debieran a fin de precisar cuál es esa oferta. Ahora bien, en casos como los arriba descritos, el empate, aunque improbable, es posible e inevitable; la aplicación de los criterios objetivos predeterminados puede dar lugar a un empate, sin que el órgano de contratación pueda impedirlo. Y el sorteo, que de ninguna manera es un criterio vinculado con el objeto del contrato, no parece un método de resolver estos casos mejor que la aplicación de las referidas reglas de preferencia. Éstas, al menos, fomentan determinadas actividades de interés público. Cabe concluir, por consiguiente, que en tales circunstancias, cuando se utiliza como único criterio de adjudicación el del precio más bajo o cuando la evaluación de las ofertas queda determinada en su última fase por la aplicación automática de criterios cuantificables, dichas reglas de preferencia son compatibles con el Derecho comunitario.

6. Aplicabilidad a cualesquiera procedimientos de adjudicación

¹⁵¹ El art. 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla la posibilidad de utilizar otro criterio análogo de desempate.

¹⁵² H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas...», p. 48.

Según se decía en algunos informes de la JCCA, el procedimiento negociado constituía, por «su propia esencia», un «procedimiento de adjudicación sin sujeción a criterios previamente determinados», por lo que sería admisible utilizar en él la experiencia como criterio de adjudicación¹⁵³. La deficiente sistemática de la LCAP daba pie a esta doctrina, al regular los criterios de adjudicación en sus disposiciones relativas a las subastas y los concursos (arts. 75 , 83 , 84 y 87 de la LCAP), subastas y concursos que sólo podían celebrarse en los procedimientos abiertos o restringidos, pero no en los negociados (art. 75.1 de la LCAP).

Esta doctrina, que ya resultaba criticable cuando fue formulada¹⁵⁴, es insostenible a la luz del ordenamiento jurídico hoy vigente¹⁵⁵. Ni la Directiva 2004/18/CE ni el TRLCSP limitan a determinados tipos de procedimientos de adjudicación la aplicación de las reglas referidas a los criterios con arreglo a los cuales hay que valorar las ofertas. Estas reglas valen para todos esos procedimientos: abiertos, restringidos, negociados, diálogos competitivos, concursos de proyectos, subastas electrónicas¹⁵⁶. La estructura sistemática de ambos textos normativos, así como el tenor literal de los correspondientes preceptos, no dejan lugar a dudas en este punto.

III. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN

1. La discrecionalidad de la Administración para valorar las ofertas

La Administración goza de un cierto margen de apreciación o discrecionalidad para valorar las ofertas y determinar la económicamente más ventajosa con arreglo a los criterios de adjudicación preestablecidos. Una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas ha venido distinguiendo entre dos tipos de potestades administrativas: las discrecionales y las regladas que emplean conceptos jurídicos indeterminados¹⁵⁷. En el primer caso, la Administración puede optar entre dos o más

¹⁵³ Informes 13/98, de 30 de junio, y 36/01, de 9 de enero de 2002.

¹⁵⁴ Vid. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas...», p. 54, nota 60.

¹⁵⁵ J. CEPEDA MORRÁS Y OTROS, *Comentarios a la Legislación de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 547, por el contrario, estiman que «han de tenerse por vigentes las consideraciones en torno a la inaplicación de los criterios de valoración al procedimiento negociado, ya que en este caso la adjudicación se hace a favor del empresario justificadamente elegido por la Administración».

¹⁵⁶ L. Á. BALLESTEROS MOFFA, *La adjudicación...*, p. 181.

¹⁵⁷ La teoría fue importada de Alemania por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 171 y ss., y desarrollada ampliamente por F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

soluciones igualmente ajustadas a Derecho, y los Tribunales deben dar por buena la elección discrecional efectuada por la Administración, siempre que se mantenga dentro de ciertos límites. En el segundo, no hay tal margen de elección: la Administración debe tomar aquella decisión prescrita por el ordenamiento jurídico, aunque ésta pueda en ocasiones no conocerse con exactitud *a priori* -habida cuenta de la indeterminación de los conceptos empleados por la norma jurídica que impone esa decisión-, sino tan sólo a la vista de las concretas circunstancias de cada caso; los Tribunales, por su parte, pueden verificar si la Administración ha aplicado correctamente los correspondientes conceptos jurídicos indeterminados y ha escogido efectivamente esa única solución justa o no lo ha hecho, aunque en la práctica le reconocen un cierto «margen de apreciación» a estos efectos.

A la vista de ello cabría plantearse si la potestad de valorar las ofertas y adjudicar los contratos es discrecional o, en la medida en que el de la «oferta económicamente más ventajosa» constituye un concepto jurídico indeterminado, reglada¹⁵⁸. La cuestión tendría una enorme importancia práctica, en la medida que la respuesta determinaría el alcance del control que los Tribunales podrían ejercer sobre las decisiones de adjudicación. ¿Tiene el órgano de contratación un cierto margen de maniobra, que deben respetar los Tribunales, para elegir discrecionalmente entre las ofertas presentadas o, por el contrario, no dispone de margen alguno y los Tribunales son plenamente competentes para precisar cuál es la mejor oferta, compararla con la escogida por la Administración y sustituirla por aquélla si constatan una discordancia? En la práctica, sin embargo, la cuestión carece de relevancia, porque la actual jurisprudencia española sigue *de facto* la tesis que podríamos denominar monista: no existe una diferencia cualitativa entre las potestades regladas mediante normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales. En nada cualitativo se distinguen el margen de apreciación que en algunos casos debe reconocerse a la Administración, y de hecho se le reconoce, para interpretar esos conceptos en su «zona de incertidumbre» -en aquellos casos en los que no se aparece evidentemente cuál es la única solución justa- y el margen de discrecionalidad de que aquélla dispone en otros supuestos¹⁵⁹. Lo cierto es que el órgano de contratación dispone de un cierto margen de apreciación -o

¹⁵⁸ La STS de 9.7.1999 (rec. 2510/1993), por ejemplo, afirma lo segundo: «no nos hallamos aquí ante una discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección ante alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, sino ante un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas, y respecto del que cabe en todo caso el control jurisdiccional en cuanto al fondo del asunto».

¹⁵⁹ Vid., en este sentido, por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, 2006, t. I, cap. III, marginales 465 y ss.

discrecionalidad- para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa¹⁶⁰. La justificación es que las Administraciones públicas, por razón de sus procedimientos de actuación y de sus mejores recursos personales, materiales y temporales, están cognoscitivamente mejor dotadas y democráticamente más legitimadas que los Tribunales para realizar las complejas y subjetivas valoraciones necesarias a fin de precisar cuál es la oferta más ventajosa. De ahí que cuanto más subjetiva y técnicamente compleja sea la valoración, mayor será la amplitud del margen¹⁶¹.

Pero ese margen, conviene resaltarlo, no es infinito. Como ha señalado el Tribunal Supremo, el «necesario grado de discrecionalidad... no excluye el necesario control judicial»¹⁶². Los órganos jurisdiccionales pueden revisar si la Administración ha respetado ciertos límites, anular la decisión que los haya rebasado y, si disponen de suficientes elementos de juicio como para constatar que la oferta económicamente más ventajosa era otra, declararla a ésta como tal¹⁶³. Y ello incluso en el procedimiento negociado¹⁶⁴.

Esos límites son los mismos que se predicán en general de cualesquiera potestades discrecionales. Cabe citar, en primer lugar, el respeto de los elementos reglados de la potestad discrecional. La Administración, en particular, debe ajustar estrictamente sus valoraciones a los criterios de adjudicación establecidos con anterioridad¹⁶⁵, así como observar diversas reglas de procedimiento y forma.

¹⁶⁰ En palabras, por ejemplo, de la STS de 29.6.1999 (rec. 9405/1995) : «Esa operación de valorar cuáles de las ofertas eran las más ventajosas comporta necesariamente un margen de apreciación, en el que, sin rebasar las usuales pautas de racionalidad, son posibles diferentes opciones y todas ellas igualmente legítimas».

¹⁶¹ Así, la STS de 9.12.2004, rec. 5769/2001) aduce, para motivar su decisión de anular la determinación administrativa de la oferta más ventajosa y sustituirla por otra, que «no estamos... ante una cuestión que exija la intervención de un dictamen técnico-científico... El caso de autos ha de enjuiciarse bajo los criterios absolutamente objetivos fijados en el pliego de cláusulas administrativas que no exigen especiales conocimientos técnicos para valorar el hecho de que resulta arbitrario atribuir mayor puntuación a la empresa que ha proporcionado servicios a seis municipios españoles frente a la empresa que los proporcionó a trescientos municipios europeos, ocho de los cuales se ubicaban en España».

¹⁶² STS de 11.5.1999 (rec. 4071/1993) .

¹⁶³ Una sustitución tal efectúan, entre otras, las SSTS de 11.6.1991 (rec. 409/1986) , 11.5.1999 (rec. 4071/1993) , 25.1.2000 (rec. 6382/1993) , 4.6.2002 (rec. cas 3309/1997) , 14.7.2004 (rec. 1933/2002) , 15.11.2004 (rec. 6812/2001) y 9.12.2004 (rec. 5769/2001) .

¹⁶⁴ STS de 28.11.2000 (rec. 4964/1996) .

¹⁶⁵ Vid., entre otras muchas, las SSTS de 14.10.1999 (8714/1994) , 4.6.2002 (rec. cas 3309/1997) , 14.7.2004 (rec. 1933/2002) y 15.11.2004 (rec. 6812/2001) . Como dice la STS de 24.6.2004 (8816/1999), «aunque no quede excluida una cierta discrecionalidad en la apreciación de cuál es la oferta más ventajosa, la Administración no se puede excusar de atenerse en su apreciación a lo que constituye el auténtico elemento reglado moderador de la misma: las cláusulas y condiciones a que se somete el concurso en los pliegos que le sirven de base».

Hay que mencionar, en segundo término, el respeto de los principios generales del Derecho. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, por ejemplo, resulta vulnerado cuando habiendo recibido dos ofertas la misma valoración en sus aspectos técnicos se escoge la más cara, sin invocar razón alguna para ello¹⁶⁶. Los principios de igualdad de trato y de transparencia implican que «las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento»¹⁶⁷, y que estos criterios «deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores»¹⁶⁸.

Los Tribunales, en tercer lugar, pueden «examinar si la decisión adoptada por el órgano administrativo se corresponde con una adecuada y correcta valoración del material fáctico»¹⁶⁹.

2. El orden de los factores sí altera el producto. Valoración separada de los aspectos discrecionalmente apreciables y de los aspectos automáticamente cuantificables

En el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública* de 2004 se postulaba la aprobación de una norma que, en aras del principio de transparencia, generalizara la práctica observada por algunos órganos de contratación consistente en que «la valoración de los aspectos técnicos del concurso se [realizaba] antes de abrir las proposiciones económicas; con lo que se [impedía] que dicha valoración [pudiese] verse influida erróneamente por el deseo de, conocido el dato de la oferta económica, asignar a un licitador los puntos necesarios para obtener el contrato». Se contemplaba incluso la posibilidad de hacer accesibles a los licitadores las valoraciones técnicas de las ofertas antes de la apertura de las proposiciones económicas¹⁷⁰.

Esta propuesta, que sirve no sólo al principio de transparencia, sino, sobre todo, al de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), ha sido recogida sustancialmente por el artículo 150.2.III del TRLCSP:

«La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la

¹⁶⁶ STS de 11.6.1991 (rec. 409/1986).

¹⁶⁷ SSTJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 43) y 4.12.2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 92).

¹⁶⁸ STJCE de 18.10.2001 (*SIAC Construction*, C-19/2000, § 44).

¹⁶⁹ STS de 11.5.1999 (rec. 4071/1993).

¹⁷⁰ *Informe...*, p. 143.

mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada».

El inciso final de este precepto suscita la duda de si la evaluación separada es obligatoria *ex lege*, antes incluso de la entrada en vigor de las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo o, por el contrario, sólo después. Los términos imperativos y categóricos de la primera frase indican que la Administración debe llevar a cabo dicha evaluación aunque todavía no se hayan aprobado esos reglamentos, si bien en este caso serán los pliegos los que tendrán que determinar en qué supuestos se da publicidad a la evaluación previa, así como la forma en que los licitadores deberán presentar las proposiciones para garantizar -«hacer posible»- que los elementos discrecionales de las ofertas se valoran sin previo conocimiento de los aspectos apreciables automáticamente. La finalidad asignada aquí a las normas reglamentarias de desarrollo es, simplemente, uniformizar la regulación de estos pormenores en aras de la claridad, no la de hacer posible la evaluación separada, pues ésta es perfectamente posible sin una regulación reglamentaria tal. La práctica administrativa a la que se refería el citado *Informe* así lo prueba.

3. Asesoramiento técnico

Para valorar adecuadamente algunos aspectos de las ofertas contractuales se requiere muchas veces conocimientos especializados, técnicos, que no siempre posee el órgano de contratación. Es por ello que en tales casos deberían participar en la evaluación personas que dispongan de los mismos. El TRLCSP contiene dos previsiones al respecto. En primer lugar, establece en su artículo 150.2.11 *in fine* que:

«Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos».

El tenor literal del precepto sugiere que la evaluación efectuada por el comité de expertos constituido *ad hoc* o por el organismo técnico especializado es vinculante para el órgano de contratación, pues el TRLCSP no dice que aquéllos asesorarán o informarán a éste en la tarea de valorar determinados aspectos de las ofertas, sino que la propia evaluación se les encomendará a ellos. Esta conclusión, sin embargo, debe ser desechada en virtud de una interpretación sistemática¹⁷¹. La referida interpretación literal contrasta, por de pronto, con la solución establecida para los concursos de proyectos, pues aquí la evaluación que se refleja en la propuesta del jurado, que también constituye un «comité» creado *ad hoc* principalmente para valorar los aspectos técnicos de las ofertas, no vincula al órgano de contratación, que puede apartarse motivadamente de la misma (art. 188.8 TRLCSP). Pero el argumento principal en contra del carácter vinculante es que el artículo 160.2 de la TRLCSP , aplicable a los procedimientos de adjudicación abiertos y restringidos, permite al órgano de contratación adjudicar el contrato en desacuerdo con la propuesta efectuada por el órgano encargado de evaluar las ofertas, si bien de manera motivada. Sea como fuere, parece claro que el legislador ha querido garantizar, hasta cierto punto, la objetividad de la evaluación de los aspectos discrecionalmente apreciables de las ofertas, al encomendársela a un grupo de expertos provistos de una cierta independencia respecto de los órganos encargados de efectuar la propuesta de adjudicación y de adjudicar el contrato¹⁷².

En segundo lugar, el artículo 151.1 del TRLCSP establece que el órgano de contratación, para valorar y clasificar las ofertas presentadas, «podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes»¹⁷³. Parece que estos informes se configuran, pues, con carácter potestativo y no vinculante. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha declarado que estos informes pueden llegar a ser «inexcusables» -es decir, preceptivos- para la valoración técnica de las ofertas a pesar de que el legislador no lo haya dicho explícitamente, cuando los mismos proporcionan a los órganos de contratación competentes «unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles» para dicha valoración¹⁷⁴.

¹⁷¹ En sentido similar, J. CEPEDA MORRÁS Y OTROS, *Comentarios...*, p. 545.

¹⁷² Este precepto legal ha sido desarrollado por los arts. 25 y ss. del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP . Sobre la interpretación de alguna de las cuestiones que aquí se plantean, vid. los Informes de la JCCA 62/08, de 2 de diciembre de 2008, y 34/09, de 25 de septiembre de 2009. Se ha criticado, sin embargo, la circunstancia de que el legislador no haya garantizado suficientemente aquella independencia. Vid. L. A. BALLESTEROS MOFFA, *La adjudicación...*, p. 217.

¹⁷³ Vid., también, el art. 160.1.II TRLCSP .

¹⁷⁴ STS 7.5.2004 (rec. 651/2000) .

Aun no siendo vinculantes, los informes técnicos pueden tener una gran relevancia práctica. De un lado, porque las decisiones adoptadas por el órgano de contratación que se aparten de las opiniones manifestadas en ellos deberán ser motivadas [art. 54.1.c) de la Ley 30/1992]. De otro lado, porque la existencia de estos informes resultará especialmente necesaria para justificar ciertas decisiones, particularmente «discutibles», tales como la declaración de imposibilidad de cumplimiento de una oferta anormal o desproporcionada.

En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (rec. 7885/2003), por ejemplo, la Administración había otorgado la misma puntuación a dos ofertas, relativas a un contrato de suministro de electrodomésticos, en cuanto al criterio asistencia técnica, a pesar de que en una de ellas se indicaba como tiempo de respuesta 24 horas y en la otra 15 minutos, basándose en los informes de los técnicos, según los cuales este último tiempo «no era realista». Algo parecido había ocurrido al valorar la duración del periodo de garantía. Aunque una empresa ofertaba diez y la otra veinte años, ambas recibieron aquí la misma valoración, pues los técnicos estimaban que, transcurridos diez años resultaba más ventajoso sustituir el aparato que repararlo. El Tribunal confirmó la validez de la adjudicación, porque «la Administración se atuvo al informe técnico y... el parecer manifestado en éste era razonable».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 (rec. 1768/1996) tuvo muy en cuenta, para considerar justificada la declaración de desierto de un concurso, el que la misma había venido precedida de un informe del arquitecto municipal en el que se acreditaba la existencia de las razones de interés general justificantes de la declaración.

El Tribunal Supremo ha señalado en varias ocasiones que los órganos de contratación no pueden «prescindir de los informes técnicos que apoyan una propuesta de adjudicación mediante apreciaciones subjetivas que no tengan un apoyo real» en los criterios objetivos fijados para valorar las ofertas¹⁷⁵.

4. Motivación

Las decisiones relativas a la valoración de las ofertas deben ser motivadas. Así lo exigen los apartados f) y a) del artículo 54.1 de la Ley 30/1992 , por cuanto aquéllas son dictadas en el ejercicio de una potestad discrecional y, normalmente, limitan derechos o intereses de los licitadores. Así lo impone igualmente el número 2 de ese artículo 54, que establece que deben quedar acreditados los fundamentos de la resolución que ponga fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva. Y, por si no bastara con

¹⁷⁵ SSTS de 24.6.2004 (rec. 8816/1999) , 11.7.2006 (rec. 410/2004) y 21.3.2007 (rec. 6098/2000) .

ello, el TRLCSP subraya que será motivada la adjudicación (art. 151.4), así como las decisiones adoptadas por el órgano de contratación que se separen de la propuesta de adjudicación en los procedimientos abiertos o restringidos (art. 160.2 *in fine*) o del dictamen del jurado en los concursos de proyectos (art. 188.8 *in fine*).

Ya sabemos que la motivación garantiza el derecho de los afectados a defenderse, el control judicial de la decisión administrativa adoptada¹⁷⁶ y el acierto de la misma, disminuyendo la probabilidad de equivocaciones y arbitrariedades¹⁷⁷. La motivación deberá ser tanto más rigurosa cuanto mayores sean el grado de afección a los derechos de los interesados y el peligro de arbitrariedad. El rigor habrá de ser particularmente elevado, pues, cuando el órgano de contratación se aparte de la propuesta de la mesa de contratación¹⁷⁸ o de los informes técnicos recogidos en el expediente¹⁷⁹, cuando se declare desierta la licitación¹⁸⁰, cuando los criterios de adjudicación sean muy indeterminados¹⁸¹ o cuando se escoja la oferta más cara¹⁸².

A la Administración se le exige «un razonamiento en el que se explique el proceso intelectual para adoptar la decisión sobre cuál sea la proposición más ventajosa». La Administración debe «justificar adecuadamente», su decisión, aduciendo «buenas razones» en favor de la misma¹⁸³. Debe tratarse de razones de interés general que aconsejen la solución adoptada y que sean coherentes con los criterios objetivos de

¹⁷⁶ STPI de 26.2.2002 (*Esedra*, T-169/00, § 190).

¹⁷⁷ Como dice la STS 29.3.2005 (rec. 3073/2001) , «lo que se persigue con la expresión motivada de las razones que han conducido a efectuar la adjudicación en un concurso es evitar la arbitrariedad, fomentar los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades y otorgar razonabilidad a una decisión que siempre debe ir encaminada a la mejor satisfacción del interés público... la discrecionalidad de que pueda gozar la Administración al efectuar la adjudicación, incluso ateniéndose a criterios objetivamente predeterminados, no es absoluta, constituyendo precisamente la motivación en su actuación un elemento indispensable para que los Tribunales puedan efectuar su misión revisora y dotar de contenido real al principio de tutela judicial efectiva».

¹⁷⁸ STS de 28.2.2005 (rec. 161/2002) .

¹⁷⁹ SSTS de 24.7.2004 (rec. 8816/1999) , 11.7.2006 (rec. 410/2004) y 21.3.2007 (rec. 6098/2000) .

¹⁸⁰ SSTS de 31.10.1994 (rec. 11657/1990), 21.7.2000 (rec. 1768/1996) y 18.2.2002 (rec. 10207/1997) .

¹⁸¹ STS de 29.3.2005 (rec. 3073/2001) .

¹⁸² STS de 2.2.1995 (rec. 2616/1988) : «los órganos que representan a la Administración vienen obligados a velar por los intereses generales y superiores del Estado, eligiendo la oferta más conveniente, y si eligen la más costosa deberá ser porque tenga unas condiciones técnicas superiores y, en tal caso, la Administración deberá pronunciarse sobre cuáles sean esas condiciones superiores tenidas en cuenta motivando así su resolución». Vid., también, la STPI de 20.5.2009 (*VIP Car Solutions*, T-89/07, § 71) y la STGUE de 9.9.2010 (*Evropaiki Dynamiki*, T-300/07, § 72).

¹⁸³ STS de 30.5.2000 (rec. 6755/1994) .

adjudicación que se hubiesen fijado con anterioridad¹⁸⁴. La falta de una motivación suficiente es, obviamente, causa de invalidez de la adjudicación¹⁸⁵.

5. Imparcialidad de los evaluadores

Deben abstenerse de participar en la evaluación de las ofertas las personas en las que concurren circunstancias que hagan temer razonablemente por su objetividad e imparcialidad en el desempeño de esta función. De esta manera se garantiza la igualdad de los licitadores y aumenta la probabilidad de que la entidad adjudicadora escoja la oferta realmente más ventajosa. El artículo 319 del TRLCSP establece a estos efectos que «las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Debe señalarse, no obstante, que las exigencias de imparcialidad, derivadas de los principios de igualdad de trato (art. 14 CE) y de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) -o de «buena administración», como ahora está de moda decir-, van más allá de lo que establece este precepto legal. En primer lugar, porque el deber de abstención también se extiende a las personas integradas en otras entidades adjudicadoras distintas de las Administraciones públicas.

En segundo lugar, porque este deber también puede surgir en casos no explícitamente previstos en el artículo 28 de la Ley 30/1992. De aquellos principios se pueden deducir directamente determinadas prohibiciones de participar en el procedimiento de evaluación de las ofertas, cuando en los correspondientes sujetos concurre alguna circunstancia que haga sospechar seriamente que no realizarán sus tareas evaluadoras con la objetividad requerida. El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha declarado, en este sentido, que «el principio de igualdad de trato en materia de contratos públicos, la búsqueda de una buena gestión financiera de los fondos [públicos] y la prevención del fraude hacen que sea muy criticable [e ilegal] que se adjudique un contrato a una persona que participa en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación»¹⁸⁶.

¹⁸⁴ SSTs de 30.5.2000 (rec. 6755/1994) y 21.5.2000 (rec. 1768/1996).

¹⁸⁵ Vid., entre otras, las SSTs de 31.10.1994 (rec. 11657/1990), 24.6.2004 (rec. 8816/1999), 29.3.2005 (rec. 3073/2001), 16.12.2005 (rec. 5766/2000) y 20.7.2009 (rec. 744/2007).

¹⁸⁶ SSTPI de 15.6.1999 (*Ismeri Europa c. Tribunal de Cuentas*, T-277/97, § 112) y 17.3.2005 (*AFCOn Management Consultants*, T-160/03, § 74).

En tercer lugar, dichos principios exigen que la entidad adjudicadora actúe con la diligencia debida y adopte las medidas oportunas para garantizar la objetividad de los evaluadores, como, por ejemplo, la de investigar posibles conflictos de intereses o connivencias entre aquéllos y los licitadores¹⁸⁷.

La infracción de estos principios, cuando haya podido influir en la valoración de las ofertas, determinará la invalidez de la misma. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha declarado que las razones manifestadas en un informe técnico en el que se apoyó la Administración para escoger la oferta más cara no eran válidas, entre otras razones, porque el informe procedía de una entidad privada a la que pertenecía la empresa adjudicataria, por lo que «obviamente no [podían] estimarse bastantes en orden a suplir criterios económicos por otros que, al menos, no [dejaban] de ser sospechosos de un favoritismo subjetivista, dada la procedencia expuesta»¹⁸⁸.

¹⁸⁷ STPI de 17.3.2005 (*AFCOn Management Consultants*, T-160/03, § 75 y ss), que declara vulnerados los principios de buena administración e igualdad de trato por el hecho de que la Comisión europea, tras descubrir en el curso del procedimiento de adjudicación que uno de los evaluadores trabajaba para uno de los licitadores, no investigó debidamente las relaciones existentes entre ambos.

¹⁸⁸ STS de 4.6.2002 (rec. 3309/1997) .