

La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.—2.1. Las previsiones normativas.—2.2. La problemática derivada de determinados criterios de adjudicación.—2.2.1. La experiencia.—2.2.2. Cláusulas de tipo social, particularmente las dirigidas a la protección de colectivos desfavorecidos.—III. OTROS ELEMENTOS POTENCIALMENTE PERTURBADORES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA.—3.1. Prescripciones técnicas y marcas comerciales.—3.2. Valoración de mejoras.—IV. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN.—4.1. Un apunte preliminar sobre la locución «oferta económicamente más ventajosa».—4.2. Sobre la ponderación de los criterios de valoración y las reglas contenidas en el art. 134 LCSP.—4.3. La selección del adjudicatario y la eventual declaración desierta de la licitación.—V. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: ¿CARÁCTER REGLADO O DISCRECIONAL?—VI. SÍNTESIS FINAL.

RESUMEN

La conexión de la adjudicación de los contratos administrativos con el cabal cumplimiento de los principios de la contratación pública explica la creciente preocupación por dotar a aquella de la exigible objetividad, con la consiguiente disminución de la discrecionalidad administrativa. De ello dan fe, sin duda, las incesantes reformas normativas que caracterizan la regulación de los contratos del sector público. Sin embargo, es el análisis de la jurisprudencia el elemento más revelador a la hora de explicar esta evolución y sus matices: no en vano el recorrido por la prolija producción judicial pone de manifiesto la necesidad de deslindar los diversos extremos implicados en el proceso

★ Dra. Profesora Adjunta de Derecho Administrativo ICADE. Universidad Pontificia Comillas.

adjudicador, que van desde la determinación de los criterios de adjudicación hasta el acto de adjudicación propiamente dicho tras la pertinente valoración de las ofertas presentadas a licitación. La distinta naturaleza de tales operaciones presenta una trascendencia práctica de importancia indubitada, puesto que de aquella dependerá el alcance del propio control jurisdiccional.

I. INTRODUCCIÓN

García Gómez de Mercado pone de relieve que *«históricamente la adjudicación de los contratos públicos ha sido la principal preocupación de la normativa relativa a los mismos, y aún lo es en las Directivas comunitarias, únicamente referidas a la adjudicación de los contratos, y no a su contenido y efectos»*¹.

Incuestionablemente la adjudicación y todo lo que ella comporta —singularmente los criterios y procedimientos— constituyen un aspecto central de la contratación administrativa y así lo demuestra el apreciable índice de conflictividad judicial que aquella lleva aparejada².

Este tema, en todo caso, dista de ser simple, ya que en el mismo están implicadas operaciones de diverso carácter que determinan un también distinto tipo de actividad administrativa, con las consiguientes diferencias en el alcance del control judicial.

Dicho esto, nuestro estudio se centrará esencialmente en dos aspectos, a saber:

- a) La determinación de los criterios de adjudicación por parte del órgano de contratación y los requisitos que aquellos deben cumplir; apartado éste que exigirá un análisis de aquellos criterios que se han revelado problemáticos por su dudosa compatibilidad con los principios generales de la contratación pública.
- b) La adjudicación propiamente considerada y las acciones que la misma conlleva, en especial la ponderación de las proposiciones y la clasificación de las mismas como base en la que aquella se soporta. En este sentido debemos advertir que este análisis no se detendrá en aquellas modalidades de contratación cuya adjudicación presenta peculiaridades propias³.

¹ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*. Comares, Granada, 2004, p. 302.

² Al hablar de conflictos no aludimos únicamente a los suscitados por eventuales licitadores a través de la interposición de los oportunos mecanismos impugnatorios, sino también a las «llamadas de atención» que reciben los Estados por el incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos públicos. Sobre los procedimientos de infracción emprendidos contra los Estados miembros, *vid.* http://ec.europa.eu/community_law/index_es.htm

³ Nos referimos concretamente a los denominados «contratos menores» (art. 122 LCSP) que pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 122.1 LCSP) y en los que la adjudicación, por tanto, es discrecional. Interesa en este punto mencionar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, IJCCA) 1/09, de 25 de septiembre de 2009, que viene a resolver

Por lo demás, es sobradamente conocido que la materia contractual vive en un escenario de constantes reformas normativas, la más reciente de las cuales —operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto⁴, que procede a incorporar las previsiones de la Directiva 2007/66/CE—, ha introducido un cambio que, aunque tangencial al tema que nos ocupa, resulta significativo: nos referimos a la eliminación de la distinción entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva⁵ y la traslación de la perfección del contrato al momento de la formalización del mismo. La razón de esta última modificación no es otra sino *«dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la*

la duda suscitada sobre si en este tipo de contratos es exigible el requisito de aptitud consistente en que los contratistas no se encuentren incurso en prohibición de contratar. La Junta asevera que el artículo 43.1 LCSP es rotundo en este sentido al establecer que *«sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*. Y prosigue la argumentación indicando: *«Para que el supuesto contemplado en el artículo 122.3 pudiera considerarse exceptuado de los términos tajantes de este precepto sería preciso, cuando menos, que lo dijera expresamente. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la finalidad del artículo 122.3 no es establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que éstos pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación, que este mismo artículo contempla en sus otros apartados. La limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación debe ser tenida en cuenta»* (Consideración Jurídica 3.^a).

Todos los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pueden encontrarse en la siguiente dirección Web: Informes y Dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: Ministerio de Economía y Hacienda.

Fuera de este estudio quedan también los contratos que sigan la tramitación de emergencia que, conforme al artículo 97.1 LCSP, rige para supuestos en los se requiera una actuación inmediata de la Administración como consecuencia de catástrofes, situaciones de grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En tales situaciones el órgano de contratación podrá ordenar la ejecución de cuanto sea necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida. De este modo, podrá contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, incluso sin la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.

Téngase en cuenta que esta tramitación, en cuanto conlleva la eliminación de determinadas exigencias, debe ceñirse a las necesidades motivadas por las circunstancias excepcionales concurrentes, de modo que las prestaciones que, aun siendo precisas para completar la actuación administrativa emprendida, no tienen ese carácter de emergencia, se contratarán de acuerdo con la tramitación ordinaria (art. 97.2 LCSP).

La jurisprudencia mantiene una interpretación rigurosa de la previsión legal. Sirva de ejemplo la STSJ Andalucía de 4 de mayo de 2005: *«Esta previsión debe ser interpretada restrictiva y subsidiariamente en relación a la tramitación del procedimiento de urgencia en la medida en que permite la utilización de un procedimiento de adjudicación de los contratos rigurosamente excepcional con merma o eliminación de los principios de publicidad y libre concurrencia. Por tanto debe concurrir con toda claridad el supuesto de emergencia...»*. STSJ Andalucía (sede Sevilla) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.^a), de 4 de mayo de 2005; recurso núm. 354/2002. Ponente: ALEJANDRE DURÁN, M.^a Luisa. Referencia Jurisprudencia El Derecho Editores (en adelante, EDJ) 2005/325526.

⁴ BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010.

⁵ Recordemos que la LCSP contemplaba dicha estructura bifásica, la cual, como apuntó RAZQUIN LIZARRAGA, se hallaba ligada a la introducción del recurso especial en materia de contratación.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, julio-diciembre 2007, p. 31.

adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo [...]» [Exposición de Motivos Ley 34/2010].

II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

2.1. Las previsiones normativas

El artículo 134 LCSP mantiene la tradicional previsión de que la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberán atender a *criterios directamente vinculados al objeto del contrato*. En este sentido el propio artículo 134.1 LCSP procede a dar una relación de criterios que, pese a su amplitud, tiene carácter ejemplificativo y, por tanto, no constituye una relación «*numerus clausus*»⁶. Cuando se utilice un solo criterio de adjudicación, éste habrá de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Los criterios que sirven de base para la adjudicación del contrato *se determinarán por el órgano de contratación* y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Tratando de reforzar el carácter crecientemente objetivable y reglado de la adjudicación en el que después profundizaremos, el artículo 134.2 LCSP establece que en la determinación de los criterios «*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*». Esto, a la postre, requerirá la diferenciación entre dos tipos de criterios —los evaluables mediante aplicación de fórmulas y aquellos otros que requieren un juicio de valor—; distinción que tendrá incidencia en los órganos encargados de realizar tal operación valorativa.

2.2. La problemática derivada de determinados criterios de adjudicación

Tanto las consultas elevadas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como los conflictos suscitados con ocasión de la impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas aportan doctrina de interés de

⁶ Así, se cita: «*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. 134.1 LCSP).

cara a apreciar el carácter objetivo o, en su caso, discriminatorio de ciertos criterios contenidos en aquellos⁷.

Detengámonos en algunos de ellos.

2.2.1. La experiencia

La experiencia como criterio de adjudicación —en ocasiones acompañada de un componente localista, esto es, la experiencia en la realización de trabajos o servicios similares a los del objeto contractual en la zona geográfica de que en cada caso se trate—, ha sido motivo de varios pronunciamientos que encuentran aquella claramente discriminatoria.

Así, la STS de 28 de abril de 2005⁸ consideró contraria a Derecho una cláusula por la que se establecía, entre otros criterios a tener en cuenta para la adjudicación, la experiencia de la empresa en la prestación del mismo servicio en el ámbito de Cataluña, adjudicándose dos puntos por cada concesión obtenida durante los últimos cuatro años, hasta un máximo de diez puntos. El Tribunal estima que dicha cláusula vulnera el ordenamiento jurídico al suponer una restricción injustificada de los principios de objetividad y libre concurrencia, dando lugar a discriminación.

⁷ Recordemos que la consabida caracterización de los pliegos de cláusulas administrativas como «Ley del contrato» ha propiciado una interesante controversia sobre su naturaleza jurídica. Así, mientras algunos han defendido su carácter de norma jurídica de naturaleza reglamentaria, con efectos «ad extra», otros mantienen su naturaleza estrictamente contractual, sin que su carácter obligatorio y redacción unilateral por la Administración permitan derivar que se incorporan, como norma, al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia evidencia también esta aparente ambivalencia; sirva de ejemplo la STS de 25 de septiembre de 2000, que dice: «La argumentación utilizada para ello es que las controvertidas cláusulas no son una norma con efectos “ad extra” ni integran el ordenamiento jurídico; que su naturaleza está más próxima a las denominadas “normas internas de la Administración”; y que por ello la inimpugnabilidad sólo procederá cuando se aprueben tales cláusulas por el órgano de contratación.

Sin embargo, esos razonamientos ofrecidos en apoyo de este motivo no merecen ser compartidos.

La actuación aquí controvertida no agota su eficacia jurídica en el ámbito de organización interna de la Administración demandada, pues, al pretender servir de patrón a posteriores contratos administrativos, determina las posibilidades que se ofrecen a los particulares, ajenos a la organización administrativa, que pretendan participar en la contratación pública.

Y encarna por ello una actuación que ya en sí misma, sin necesidad de actos complementarios, despliega una eficacia jurídica que se proyecta hacia el exterior y no queda reducida al ámbito interno de la organización administrativa». STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 25 de septiembre de 2000; recurso núm. 197/1995. Ponente: MAURANDI GUILLÉN, Nicolás. EDJ 2000/33792.

También la STS de 28 de junio de 2004, cuando señala: «[...] la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulte a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación». STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de junio de 2004; recurso núm. 7106/2000. Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. EDJ 2004/82935.

⁸ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de abril de 2005; recurso núm. 418/2003. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2005/1601.

En esta misma línea, la STS de 11 de julio de 2006⁹ recuerda que la STS de 24 de mayo de 2004¹⁰ sostenía que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa —principio esencial en nuestro ordenamiento— constatándose que no procede considerar la experiencia como factor a puntuar en la adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo en la clasificación.

La experiencia, en suma, puede constituir un elemento relacionado con la solvencia de la empresa, pero no tiene validez como criterio de adjudicación al no hallarse vinculado al objeto contractual. Una doctrina que se recogió en la STS 27 de octubre de 2004¹¹, al declarar que *«si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares»*.

De igual modo la STS de 28 de febrero de 2005¹² afirma que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria. Pronunciamiento que sirve también de base a la STS de 5 de julio de 2005¹³, por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la STSJ Comunidad Valenciana que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares, recordando:

«Sin embargo, la doctrina del Tribunal de Justicia es unánime en descartar toda discriminación de los contratistas y de ello se deja constancia [...] al considerar contrario a ese principio el favorecimiento de “empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional”, al reservarles “un porcentaje de los contratos públicos” y esa doctrina es reiterada por el Tribunal al considerar que esas discriminaciones comportan una vulneración o comportan “un obstáculo a la libre concurrencia”, pudiéndose citar la última sentencia de la que se tiene conocimiento, la de 28 de octubre de 1999 (asunto C-328/96; Comisión/Austria); declarando contrario a la Directiva y precepto mencionado el favorecimiento de unos determinados productos o Región. Hecha las anteriores consideraciones, es necesario señalar que difícilmente puede justificarse la “singularidad” del contrato que justifique la mayor puntuación en una pretendida experiencia cuando es lo cierto que no existe la más mínima constancia en el expediente de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviere alguna singularidad (regional o poblacional) que hiciera necesario recurrir a esa condición».

⁹ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 11 de julio de 2006; recurso núm. 410/2004. Ponente: PICO LORENZO, Celsa. EDJ 2006/109862.

¹⁰ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 24 de mayo de 2004; recurso núm. 7759/1999. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2004/63755.

¹¹ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 27 de octubre de 2004; recurso núm. 2029/2000. Ponente: PICO LORENZO, Celsa. EDJ 2004/174224.

¹² STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 28 de febrero de 2005; recurso núm. 161/2002. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2005/40698.

¹³ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 5 de julio de 2005; recurso núm. 852/2003. Ponente: MARTÍ GARCÍA, Antonio. EDJ 2005/113695.

La «confusión» entre requisitos de solvencia y criterios de adjudicación encuentra en la experiencia un ejemplo paradigmático, pero no se produce exclusivamente respecto del mismo. Sirva de referencia complementaria la duda resuelta por IJCCA 73/04, de 11 de marzo de 2005, que realiza idéntica puntualización en relación con la posesión de determinadas certificaciones medioambientales ISO.

2.2.2. *Cláusulas de tipo social, particularmente las dirigidas a la protección de colectivos desfavorecidos*

Mayores dificultades ha planteado la pertinente separación entre criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución (art. 102 LCSP)¹⁴ y, en especial, los casos en que los pliegos contenían criterios cuya intención última pasaba por proteger a colectivos con dificultades de inserción socio-laboral.

En esta línea cabe situar la **preferencia de empresas con un porcentaje determinado de trabajadores fijos**. Esta cuestión llegó a instancias europeas, con el resultado que pone de manifiesto la STS de 27 de junio de 2006¹⁵: el conflicto se suscitó con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Madrid. La STSJ Madrid de 30 de mayo de 2003¹⁶ consideró conforme a Derecho tales preceptos al estimar que no encerraban situaciones discriminatorias como alegaba la recurrente:

¹⁴ La incorporación de estos criterios sociales y ambientales en la contratación pública originó dudas sobre su aplicación y límites que la Comisión Europea trató de aclarar mediante dos Comunicaciones interpretativas (2001/C333/07 y 2001/C333/08) en las que se analiza la virtualidad de estos criterios en las distintas fases del contrato. A la luz de las mismas, FERNÁNDEZ ASTUDILLO los resume en los siguientes términos:

«... no cabe duda sobre la posibilidad de que los poderes adjudicadores introduzcan aspectos sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación pública [si bien] esa posibilidad está limitada al cumplimiento consecutivo de dos aspectos fundamentales:

1. Por un lado, que tenga una vinculación directa con la contratación objeto del concreto procedimiento que se está impulsando, de lo que se infiere (i) que no se debe imponer con carácter general, a través de leyes, reglamentaciones y demás normas, la inclusión indiscriminada de determinados aspectos sociales o medioambientales, independientemente, por tanto, de la concreta contratación; y (ii) que el aspecto social y/o medioambiental que el poder adjudicador incluya en la concreta contratación deberá fundamentarlo en la naturaleza de la prestación objeto de esta contratación o, en su caso, a sus condiciones de ejecución.
2. Por otro lado que la inclusión de esos aspectos sociales y/o medioambientales en una concreta contratación debe ser compatible con el Derecho Comunitario, en particular con las ya citadas libertades y con los principios de ellas derivados».

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.^a *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea. La nueva Directiva reguladora de los contratos públicos*. Barcelona: Bosch, 2005.

¹⁵ STS (Sala 3.^a, Sección 4.^a) de 27 de junio de 2006; recurso núm. 337/2004. Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. EDJ 2006/109857.

¹⁶ STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.^a) de 30 de mayo de 2003, núm. 606/2003; recurso núm. 208/1999. Ponente: MASSIGOGUE BENEGIU, Juan Miguel. EDJ 2003/220357.

«...del examen del Decreto impugnado se desprende que [...] no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el artículo 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto.

Tampoco cabe apreciar la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa relativa a los trabajadores minusválidos (arts. 4 y 5 del Decreto), por cuanto [...] o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las leyes 13/82 de 7 de abril artículo 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (Disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones “después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos”; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 13/95.

Así pues, ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo”.

Se alega asimismo que los criterios no son de naturaleza objetiva. No comparte tal opinión la Sala que considera que los criterios son objetivos “al no contemplar situaciones que no puedan acreditarse mediante los datos concretos y objetivos de la plantilla de la empresa y así: ‘mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido’, ‘porcentaje de trabajadores con contrato indefinido respecto del total de la plantilla’ ‘porcentaje de trabajadores de la plantilla afectos a la ejecución del contrato’ y ‘nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución del contrato’”.

También se alega el carácter subjetivo de tales criterios, “por no tratarse de criterios necesarios para asegurar una correcta ejecución u obtener la selección de la oferta más ventajosa, para la Administración en el sentido de no venir referidos a la oferta, sino a las características de la propia empresa, por lo que en su caso habrían de formar parte de los criterios de selección del contratista y no de la adjudicación de los contratos.

Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta [Sala], que aquellos 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 (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria».

No obstante este fallo judicial, las asociaciones de empresarios de la construcción denunciaron la situación ante la Comisión Europea, que en su Dictamen de 21 de diciembre de 2001 examina las medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo y las encaminadas a favorecer la integración social de los minusválidos establecidas en el Decreto madrileño. Este dictamen mantiene que *tales criterios pueden aceptarse como cláusulas contractuales que imponen condiciones de ejecución de los contratos pero que no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios deberían considerarse en su caso para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas, pero no en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente.*

Sin embargo el contenido del Dictamen de la Comisión fue corregido por otro de 8 de febrero de 2002, que acogiendo la STJCE en el Asunto 225/98, retira la objeción *«siempre que la evaluación de las ofertas se efectúa desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos, las normas de transparencia y el principio de no discriminación».*

Fuera del escenario judicial, también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido oportunidad de emitir su parecer sobre este tipo de cláusulas. Así el Informe 1/05, de 11 de marzo de 2005, resuelve dos cuestiones que pueden ser de interés de cara a interpretar la actual Disposición Adicional 6.^a LCSP¹⁷:

¹⁷ Recordemos el tenor literal del precepto citado.

«Disposición Adicional sexta LCSP. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.

1. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por ciento, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

2. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

- 1) En cuanto a la posibilidad de que los Pliegos contengan la *preferencia en caso de empate a favor del licitador que ostente el mayor número de trabajadores minusválidos en plantilla «siempre que supere el mínimo del 2%»*. La JCCA entiende que esta formulación es contraria a la ley, no tanto por lo que pudiere implicar de contravención del principio de concurrencia, cuanto porque tal previsión es contraria a la letra del precepto que, según considera el órgano consultivo, *«ha de ser objeto de una interpretación estricta y ajustada a sus términos literales»*.
- 2) Sobre si es factible que los pliegos establezcan la *preferencia a favor de la empresa que, cumpliendo el porcentaje mínimo del 2%, tenga un mayor número de trabajadores minusválidos en plantilla*. Con base en el mismo argumento anterior, la conclusión es igualmente negativa.

En idéntica línea se ha resuelto en relación con otros criterios que, aunque distintos en su formulación, son similares en la cuestión de fondo que plantean. Véase en este sentido el Informe 44/04, de 12 de noviembre de 2004 que, ante la consulta sobre cláusulas de **discriminación positiva** en los pliegos, dijo:

«Como resumen de la normativa comunitaria [...] y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que ésta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros,

-
- b) *Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.*
 - c) *Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.*
 - d) *Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.*
 - e) *Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.*
 - f) *Personas con discapacidad.*

3. *En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.*

4. *Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».*

es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales sino también por los licitadores de otros Estados miembros.

Constatando que la legislación española diferencia, en línea con las Directivas comunitarias, la fase de selección y la de adjudicación del contrato, «han de establecerse criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato, siendo necesario para que excepcionalmente pudieran establecerse otras condiciones que no produzcan efectos discriminatorios respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea».

Adviértase que la DA 8.^a de la derogada LCAP y DA 6.^a de la vigente LCSP también otorgan preferencia a empresas que cumplan con determinados requisitos aunque siempre partiendo de situaciones de empate en la valoración de las ofertas. Cuestión distinta es si dichas situaciones de empate tienen o no virtualidad práctica o si, como algunos han constatado, son casi imposibles en la realidad¹⁸.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta el diferente contenido de las Disposiciones Adicionales 6.^a y 7.^a LCSP¹⁹, cuya «interacción» ha negado el Informe de la JCCA 59/08, de 31 de marzo de 2009 al entender que «la primera establece opciones de decidir quién será el adjudicatario de un contrato cuando se produzca una situación de empate en la valoración de las proposiciones, cuando así se haya previsto expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y la segunda confiere al órgano de contratación la facultad de reservar el contrato a unas determinadas empresas». Aclarando más detalladamente esta distinción, el Informe señala:

- En cuanto a la DA 7.^a LCSP —que, a la postre, implica una limitación de la concurrencia— se recuerda que la misma tiene su origen en el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, precepto que se justifica en la importancia del empleo y la ocupación como elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades y la inserción social de determinados colectivos²⁰.

¹⁸ Sobre esta cuestión, LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Manual para la aplicación de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de riesgo de exclusión social*, Pamplona, p. 63; del mismo autor, «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, p. 70. Citado en el trabajo *Las cláusulas sociales en el nuevo sistema de contratación pública: problemas jurídicos*. Ejemplar consultado en dirección: http://www.quantor.net/actualidad_actualidad.aspx.

¹⁹ Esta Disposición Adicional séptima LCSP establece: «Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición».

²⁰ Recordando el Considerando 28 de la mencionada Directiva, se dice: «En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencias, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».

- Sin embargo, de la DA 6.^a LCSP «no se deduce la posibilidad de reservar la concurrencia a la adjudicación del contrato a unas determinadas empresas», y en relación con el apartado 3 de dicha disposición hace notar que «además de incorporar a las asociaciones sin ánimo de lucro que describe, faculta al órgano de contratación para requerir a tales asociaciones, que pueden competir por no estar restringida la concurrencia a otro tipo de personas jurídicas o físicas, que presenten el detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes, sin duda porque tales asociaciones disponen de beneficios fiscales siempre pueden ofrecer precios más bajos que una empresa normal, lo que permite al órgano de contratación efectuar una correcta ponderación de todas las ofertas recibidas».

Fácil es de percibir que la garantía de los principio de concurrencia e igualdad se coloca, una vez más, en primer plano.

III. OTROS ELEMENTOS POTENCIALMENTE PERTURBADORES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA

El cabal cumplimiento de determinados principios de la contratación administrativa —singularmente el principio de igualdad entre ofertantes y no discriminación— puede verse alterado asimismo por elementos ajenos a los criterios de adjudicación.

3.1. Prescripciones técnicas y marcas comerciales

Como es sabido, en sentido análogo a la diferenciación obrante respecto de los pliegos de cláusulas administrativas, se distingue entre pliegos de prescripciones técnicas²¹ generales y particulares²². Por lo que ahora nos ocupa, son estos últimos los que presentan mayor interés y, en especial, las reglas para su establecimiento que el artículo 101 LCSP fija en los siguientes términos:

- a) Su definición debe hacerse, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta *criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos*

²¹ TOLOSA TRIBIÑO, con base en la definición de Moreno Gil, conceptúa los pliegos de prescripciones técnicas como los «documentos que tienen como finalidad hacer un desarrollo descriptivo de la forma en que ha de realizarse la ejecución de la prestación del contratista, contemplando también la regulación funcional desde un punto de vista estrictamente técnico, ya que el aspecto legal queda recogido en los pliegos de cláusulas administrativas». TOLOSA TRIBIÑO, César, *Contratación administrativa*, DAPP Publicaciones jurídicas, Pamplona, 2008.

²² De acuerdo con el artículo 100 LCSP, dicho pliego de prescripciones técnicas particulares se aprueba por el órgano de contratación con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella y, en todo caso, antes de la licitación del contrato (si ésta no existe, antes de la adjudicación) y contienen las condiciones técnicas que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades teniendo en cuenta los requisitos establecidos por la Ley para cada tipo de contrato.

(Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando *criterios de sostenibilidad y protección ambiental* (arts. 3 y 4 Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación).

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

- b) Las prescripciones técnicas deberán permitir el *acceso en condiciones de igualdad de los licitadores*, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.
- c) Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las *formas* contempladas en el artículo 101.3 LCSP²³.
- d) Se *prohíben*, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las menciones a una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, así como las referencias a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

Sobre esta cuestión, el IJCCA 2/99, de 17 de marzo de 1999, indicaba:

²³ Este artículo 101.3 LCSP señala al efecto la posible definición de las prescripciones técnicas:

- a) Haciendo referencia, por orden de prelación a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”.
- b) Cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, incorporando la contemplación de características medioambientales de cara a la fijación de exigencias funcionales o de rendimiento.
En este aspecto, los parámetros deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación. Así, haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad a las especificaciones citadas en el apartado anterior.
- c) Empleando tanto las especificaciones, como las exigencias funcionales o de rendimiento mencionadas en los puntos ya reseñados (esto, a la postre, permite entremezclar criterios en función de las características de que se trate).

«La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que la excepción a las prohibiciones de que esté justificado por el objeto del contrato afecta tanto a la mención de productos de una fabricación o procedencia determinada, a la indicación de marcas, patentes o tipos, y a la alusión a un origen o producción determinado, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos. [...] debe mantenerse... que debe prescindirse de la expresión “o equivalente” en los casos que esté justificado por el objeto del contrato».

En similar sentido, la jurisprudencia ha entendido ajustados a Derecho pliegos de prescripciones técnicas que señalaban fabricante o marca determinada de productos informáticos, dado que se precisaban componentes que fueran compatibles con los equipos y programas utilizados por la Administración (sobre este supuesto concreto, STS de 6 de julio de 2004²⁴).

Más recientemente destaca la Resolución de 10 de junio de 2008, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos²⁵. Dicha Recomendación tiene su origen en la preocupación de la Comisión Europea al haberse constatado una práctica llevada a cabo por diversos órganos de contratación consistente en el empleo de especificaciones técnicas cuya aplicación tiene efectos discriminatorios en relación con la compra o arrendamiento de ordenadores y, en general, equipos informáticos. Abierto procedimiento de infracción contra España por vulneración de la normativa europea, la Recomendación de la JCCA establece en su punto 2:

«...las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que:

- a) la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato;*
- b) la entidad adjudicadora no tenga posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y*
- c) la indicación de la marca esté acompañada de la mención “o equivalente”, condiciones que son acumulativas y que deberán demostrarse que se cumplen las tres».*

²⁴ STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 6 de julio de 2004; recurso núm. 3347/1999. Ponente: GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. EDJ 2004/86990.

²⁵ BOE núm. 150, de 21 de junio de 2008.

3.2. Valoración de mejoras

Esta cuestión ha sido objeto del reciente IJCCA 59/09, de 26 de febrero de 2010, que pone de relieve la procedencia de objetivar al máximo determinados criterios que, si bien válidos cuando son debidamente especificados en los pliegos respecto de sus diversos extremos, no lo son cuando se formulan genéricamente. El mencionado Informe da respuesta a la consulta planteada sobre la posibilidad de incluir como criterio la ejecución adicional de obras gratuitas, señalando:

«[...] se han de advertir diversos aspectos básicos. Por una parte que todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias de contrato a ejecutar. Para ello el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

Así, no se cumple tal requisito cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente hayan sido especificadas en los pliegos y concretada la forma en que deberán valorarse a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De igual modo, no se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guarden la debida relación con la prestación objeto del contrato.

Como consecuencia de todo ello, cabe indicar que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga».

IV. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN

Decíamos en la introducción que la adjudicación parte de operaciones de distinto signo, a saber:

- 1) La ponderación de las proposiciones o candidaturas, que será objetiva (o, por mejor decir, «automática») o valorativa dependiendo del criterio a apreciar. Esta tarea suele exigir informes y/o valoraciones especializadas, siendo por tanto un ámbito de «discrecionalidad técnica». Si bien relegaremos a un segundo plano la vertiente orgánica, hemos de reconocer el protagonismo indiscutible en este punto de los órganos de asistencia en los procedimientos de adjudicación.
- 2) La clasificación de las proposiciones en función de la puntuación o valoración obtenida. Ésta se conecta más directamente con la resolución por la que se adjudica el contrato y el margen de libertad con el que cuenta la Administración en la selección del contratista

es reducido y está en buena medida determinado por dicha clasificación en las puntuaciones.

4.1. Un apunte preliminar sobre la locución «oferta económicamente más ventajosa»

El principio general que preside la adjudicación de los contratos administrativos es que ésta se hará a la *oferta económicamente más ventajosa*. Esta locución encierra un concepto jurídico indeterminado que, pese a lo que una rápida lectura pudiere dar a entender, no alude únicamente a la vertiente crematística de la proposición. La supresión de los tradicionales términos «concurso» y «subasta», ha sido caldo de cultivo para ciertas críticas doctrinales²⁶ que, sin embargo, tachan a la ley de una ambigüedad que, a nuestro juicio, es sólo aparente.

La adjudicación de los contratos requiere, como presupuesto de la misma, la clasificación de las proposiciones presentadas lo que, a su vez, exige la predeterminación de los criterios que habrán de servir de base para tal operación. En relación con ello, la LCSP evita las denominaciones tradicionales de «concurso» y «subasta» (según la selección del adjudicatario se realice con base en una pluralidad de criterios o sólo en función del precio, respectivamente), si bien la diferencia permanece más allá de rótulos. Como señala la Exposición de Motivos de la LCSP:

«...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”)».

²⁶ Así, VICENTE IGLESIAS, José Luis, «Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Diario La Ley*, núm. 6871, enero 2008. Ejemplar consultado en página Web: <http://diariolaley.laley.es/>

Por otra parte, RAZQUIN LIZARRAGA pone en cuestión que la unificación de los términos «concurso» y «subasta» en la locución «*oferta económicamente más ventajosa*» se deba, como dice la EM de la Ley, a necesidades de ajuste con el Derecho europeo. En este sentido, constata que dicha «*unificación no concuerda con la Directiva 2004/18 ni se ajusta a los términos tradicionales ni recoge las dos modalidades de adjudicación*», señalando que la Directiva «*contempla dos denominaciones, que coinciden con las nociones tradicionales de subasta y concurso, ya que la primera de ellas utiliza como único parámetro de valoración el precio y la segunda varios criterios, además del precio*». RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público...», *op. cit.*, pp. 30-31; el mismo autor reproduce estas consideraciones en «Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4, 2008. Ejemplar consultado en Web: <http://www.westlaw.es/> (BIB 2008/544).

También critica la nueva fórmula y los «*circunloquios*» de la EM de la Ley para hacerla «*medianamente inteligible*», MARTÍNEZ MORALES, José Luis, «Algunos trazos administrativos de los contratos públicos y pinceladas artísticas de una exposición única (Ley 30/2007, de 30 de octubre)», *Auditoría Pública*, núm. 44, 2008, p. 12.

4.2. Sobre la ponderación de los criterios de valoración y las reglas contenidas en el artículo 134 LCSP

La determinación de la «oferta económicamente más ventajosa» pasa por llevar a cabo un proceso valorativo cuyos perfiles varían en función de la naturaleza y caracteres de los propios criterios de adjudicación. Un examen en perspectiva de las modificaciones de la normativa contractual permite advertir que la legislación hila cada vez más fino, tratando de que dicha operación valorativa sea lo más ajustada posible.

A tal fin se dirigen las reglas contempladas en el artículo 134 LCSP, que podemos sintetizar del siguiente modo:

a) Sin ánimo de restar protagonismo a la Mesa de Contratación²⁷, en las licitaciones seguidas por procedimiento abierto o restringido en las que los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas tengan una ponderación inferior a la de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la evaluación se realizará por un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada²⁸;

²⁷ Acerca de la Mesa de Contratación (órgano de asistencia regulado en el art. 295 LCSP), y de modo necesariamente sintético, diremos:

- a) La Mesa está constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario. Sus miembros son nombrados por el órgano de contratación, algunos de los cuales deben ser designados de entre funcionarios o personal dependiente de aquel que realicen labores de asesoramiento jurídico, control económico-presupuestario... En relación con los posibles integrantes de las Mesas de Contratación en el ámbito local, el IJCCA 49/08, de 29 de enero de 2009, constata que aquellas se encuentran expresamente reguladas en la Disposición Adicional 2.^a, apartado 10 LCSP, sin que en el listado que ésta aporta se encuentre el personal eventual. Recordemos en este sentido que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) incorpora en su clasificación (art. 8.2 EBEP) al personal eventual, definiéndolo en su artículo 12 como aquel que *«en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin»*. Cuestión distinta es que la Mesa de Contratación pueda solicitar informes técnicos al citado personal eventual, posibilidad factible en cuanto no está vedada por el artículo 135.1 LCSP.
- b) Atendiendo al artículo 295.1 LCSP, la Mesa de Contratación es el *«órgano competente para la valoración de las ofertas»* en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad del artículo 161.1 LCSP, salvo cuando la competencia para contratar corresponda a la Junta de Contratación. La constitución de la Mesa es potestativa en los procedimientos negociados sin publicidad.
- c) Debe tenerse en cuenta que la Ley contempla otros órganos de asistencia especializados según el tipo de contrato (así, los Jurados de concursos de proyectos, regulados en el art. 298 LCSP) o el procedimiento de adjudicación previsto (Mesa especial de diálogo competitivo, establecida en el artículo 296 LCSP).

²⁸ La cualificación profesional que habrán de poseer estos expertos será la adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración [art. 28 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2009)]. En lo sucesivo, RCSP.

Según prevé el artículo 29.1 RCSP, la designación de los miembros del comité de expertos podrá hacerse bien directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, bien establecer en ellos el procedimiento para llevarla a cabo. Dicha designación deberá publicarse en el perfil del contratante.

o por un organismo técnico especializado²⁹, debidamente identificado en los pliegos.

Por otro lado, estos supuestos presentan ciertas especificidades, a saber:

- En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá constar la identificación del criterio o los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada. Dicha valoración se realizará en todo caso antes de la correspondiente a los criterios cuantificables de forma automática (art. 30.1 y 2 RCSP).
- La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición. La finalidad es evitar el conoci-

La constitución de este comité de expertos ha planteado alguna duda residenciada en el contenido que debe darse a determinadas referencias normativas (singularmente al «órgano proponente del contrato»). Tales interrogantes tratan de resolverse en el IJCCA 34/09, de 25 de septiembre de 2009, que concluye con los siguientes puntos:

«1. Que por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación», conclusión que el Informe justifica del siguiente modo:

«Evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato, definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción» (Consideración Jurídica 3.^a).

«2. Que dispuesta la independencia de los miembros del comité de expertos encargado de la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sus miembros no pueden pertenecer a la Mesa de contratación, debiendo disponer de experiencia en la valoración de tales criterios».

En primer término, debe aclararse que «no es competencia de la Mesa de contratación proponer la celebración del contrato», luego la referencia normativa vista en el apartado anterior no lo es a la Mesa.

La JCCA subraya que el artículo 134.2 LCSP requiere explícitamente que «la valoración de tales criterios [en alusión a los que remiten a un juicio de valor] no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiese deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y que los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras a efectuar la valoración de tales criterios. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo...» (Consideración Jurídica 2.^a).

²⁹ En cuanto al **organismo técnico especializado** el RCSP aporta escasa información adicional, limitándose a especificar que su designación deberá figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil del contratante (art. 29.2 RCSP).

El Informe JCCA 34/09 mencionado en el apartado anterior señala que «de no existir personas expertas que puedan integrar en el citado comité de expertos debe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Ley de contratos del sector público y en el artículo 29.2 del [...] Real Decreto 817/2009, encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos, encomienda que podrá recaer en un órgano de tal carácter de una Administración Pública o concertar la prestación exigida mediante el correspondiente contrato de servicios» (Consideración Jurídica 4.^a).

miento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de dichos criterios (art. 26 RCSP).

- La apertura del sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente se efectuará en acto público, entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo ³⁰ (art. 27 RCSP).
- La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública (art. 30.3 RCSP).

En las reglas del procedimiento abierto, se establece que la evaluación que realicen estos comités de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará al órgano que haya de formular la propuesta de adjudicación (art. 144.1 LCSP) ³¹.

En relación con estas previsiones, Del Saz denuncia la «ignorancia o acaso ingenuidad» del legislador que en el artículo 174.1 a) LCSP menciona «los “criterios subjetivos” para hacer alusión a aquellos cuya valoración requiere de un juicio técnico, a pesar de que los criterios subjetivos se encuentran expresamente prohibidos por la normativa comunitaria». Ahora bien, la cuestión no estriba tanto en deslices en la denominación cuanto en la ausencia de límites a este tipo de situaciones que, en principio, deberían ser excepcionales (no en vano, la regla general parece dar clara preponderancia a los criterios de aplicación automática, tal y como se desprende del art. 134.2 LCSP, citado en el apartado anterior). Según la autora, la valoración de este tipo de criterios trata de compensarse con la intervención del referido comité de expertos, aunque pone de relieve que la intervención del mismo sólo se exige para

³⁰ A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

³¹ En relación con el plazo máximo de un mes que el propio artículo 144.1 LCSP otorga para el órgano competente para valorar las proposiciones, véase Informe 1/2009, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (disponible en la Web: Portal Contratación - Madrid.org - Portal de Contratación), que puntualiza:

«En algunos procedimientos de contratación en los que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se requiera de la valoración de una pluralidad de criterios de adjudicación, puede devenir de imposible cumplimiento el plazo máximo establecido en el artículo 144.1 de la LCSP para la apertura de las proposiciones, debido a diversos factores como pueden ser: la complejidad de las ofertas, la solicitud preceptiva de informes a un comité de expertos o a un organismo técnico especializado, la articulación en fases, el fraccionamiento en lotes, el elevado número de proposiciones a ponderar, etc. Por interpretación analógica de lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, se considera admisible la posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato contemple un plazo superior al mes para la apertura pública de la oferta económica».

la contratación de las Administraciones Públicas y, por tanto, no atañe a los contratos realizados por los llamados «poderes adjudicadores»³².

b) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la 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.

c) De acuerdo con el artículo 134.3 LCSP, la valoración de más de un criterio procederá, particularmente, en la adjudicación de una serie de contratos que el mismo cita: aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores, aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja, contratos de gestión de servicios públicos, cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución, etc.

d) *Si se toma en consideración más de un criterio:*

- Habrá de precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada.
- Cuando el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se aplicarán los distintos criterios, y 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.
- Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, cuando deba publicarse.

e) Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades (art. 196.1 LCSP), cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h) LCSP.

4.3. La selección del adjudicatario y la eventual declaración desierta de la licitación

Vistos los criterios reseñados, la cuestión se centra ahora en el modo de proceder del órgano de contratación de cara a la adjudicación del contrato.

³² DEL SAZ, Silvia, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?». *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 345-346.

a) Según señala el artículo 135.1 LCSP, «el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales», para lo cual:

- Cuando hayan de tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, dicho órgano podrá solicitar cuantos informes técnicos estime oportunos.
- Cuando el precio sea el único criterio a considerar, se entiende que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

Hemos de subrayar que la clasificación antedicha en modo alguno es superflua; más al contrario determina un derecho a favor del licitador situado en primer lugar³³ siempre, obviamente, que el mismo cumplimente el requerimiento a que alude el apartado 2 del mismo artículo 135 LCSP³⁴. Dos cuestiones relacionadas con ello:

- 1) Caso de que tal requerimiento no se cumplimente en plazo, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a pedir la misma documentación al licitador siguiente en el orden de clasificación (art. 135.2, último párrafo LCSP).
- 2) La apreciación de que la oferta contiene **valores anormales o desproporcionados** adquiere un singular relieve y su aparente indeterminación queda mitigada por las previsiones que, al respecto, figuran en el artículo 136 LCSP. Este artículo viene a establecer los criterios que deberán servir de base para que una oferta tenga la consideración de anormal o desproporcionada, a saber:
 - Cuando el precio sea el único criterio a considerar en la adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción se basa en parámetros objetivos, que han venido a concretarse en el artículo 89 RCSP³⁵.

³³ Véase Jurisprudencia citada en el posterior epígrafe.

³⁴ En dicho artículo se establece que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que en el plazo legalmente previsto presente «la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente».

³⁵ Dicho artículo 89 RCSP, basa el criterio en un porcentaje de baja respecto del presupuesto base de licitación o de la media aritmética de las ofertas según el número de licitadores que hayan concurrido (art. 89, apartados 1 a 4 RCSP). Dichas reglas se acompañan de dos previsiones que merecen reseñarse: a) excepcionalmente, el órgano de contratación puede reducir en un tercio los porcentajes establecidos en los números precedentes, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y motivándolo adecuadamente atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado (art. 89.5 RCSP); b) en la apreciación como desproporcionada de una oferta la Mesa de Contratación podrá considerar la relación entre aquella y la solvencia de la empresa (art. 89.6 RCSP).

- Cuando en la adjudicación se considere más de un criterio, los parámetros objetivos en que se base la apreciación de anormalidad o desproporción podrán expresarse en los pliegos. Caso de que uno de dichos criterios sea el precio, tales pliegos deberán indicar los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. En este sentido conviene tener en cuenta el reiterado criterio de la JCCA —y que venía manteniéndose desde la vigencia de la LCAP, cuya regulación contenía igual previsión que la actual LCSP—, puesto de manifiesto en el Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009:

«[...] la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación».

- Caso de que se identifique una proposición desproporcionada o anormal, se dará *audiencia al licitador* para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular por lo que se refiere al ahorro que permita la ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.
- Cuando la oferta sea anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. En los contratos sujetos a regulación armonizada, el rechazo de una oferta por este motivo deberá comunicarse a la Comisión Europea.
- En el procedimiento deberá solicitarse el *asesoramiento técnico del servicio correspondiente*.
- Si, tras las actuaciones descritas, el órgano de contratación estimase que la oferta no puede ser cumplida, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, por incluir valores anormales o desproporcionados, *acordará la adjudicación a favor de la siguiente proposición* económicamente más ventajosa que, de acuerdo con el orden de clasificación, se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración. Elección, por tanto, reglada en cuanto conduce nuevamente al orden de prelación resultante de las valoraciones.

b) La constricción en el margen de maniobra del órgano de contratación queda igualmente reflejada en la previsión concerniente a la declaración **desierta** de la licitación. Así las cosas, tal declaración no será posible cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (art. 135.3, segundo párrafo LCSP). En todo caso, parece claro que dicha declaración deberá estar debidamente motivada: no en vano, la STS de 31 de octubre de 1994³⁶ subrayó que «*las facultades de la Administración en este campo no son omnímodas, en el sentido de que la facultad para declarar desierto el concurso cuando hay un licitador que cumple el pliego, resultaría abusiva y contraria por tanto a los principios que, sobre satisfacción del interés público, inspiran las normas sobre contratación administrativa*».

V. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: ¿CARÁCTER REGLADO O DISCRECIONAL?

Más allá de los detalles de la regulación, es importante subrayar que la adjudicación de los contratos administrativos ha vivido un tránsito en el que la «presupuesta» discrecionalidad ha quedado en entredicho, tendiéndose a la configuración de una potestad de carácter reglado, basada en criterios ya objetivos ya valorativos, pero en todo caso mensurables y, por supuesto, susceptibles de control jurisdiccional.

El entendimiento de la adjudicación como acto en ejercicio de una potestad reglada ofrece, además, trascendentes consecuencias prácticas ya que, en cuanto al supuesto de hecho se le anuda una sola consecuencia jurídica, la fiscalización judicial puede tener alcance sustitutorio. Respecto del tema que nos ocupa, la consecuencia jurídica consistiría en la exigencia de que la adjudicación del contrato recaiga en la proposición económicamente más ventajosa, bien por ser la más barata (caso de que el precio sea el único criterio a manejar), bien por ser la que ha obtenido mayor puntuación, siendo la primera en la clasificación tras la oportuna valoración (cuando los criterios son varios).

En cualquier caso, un análisis riguroso de esta cuestión requiere separar las dos operaciones que se encuentran implicadas:

a) **Valoración de las ofertas.** En esta parcela, como veíamos, la LCSP da prioridad a los criterios susceptibles de ponderación mediante aplicación de fórmulas o porcentajes, lo que no impide la inclusión de criterios que requieren un juicio de valor. Este último tipo de criterios constituye un ámbito dominado por la llamada «discrecionalidad técnica» que, de acuerdo con la jurisprudencia, «exige saberes especializados y comporta un cierto margen de apreciación» (STS de 13 de febrero de 2004³⁷):

³⁶ STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 31 de octubre de 1994; recurso núm. 11657/90. Ponente: ESTEBAN ÁLAMO, Pedro. EDJ 1994/9956.

³⁷ STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 13 de febrero de 2004; recurso núm. 8372/1998. Ponente: MAURANDI GUILLÉN, Nicolás. EDJ 2004/31726.

«...sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales (SSTC 39/83 y 97/93, de 22 de marzo)».

Esta apreciación no puede, sin embargo, llevar a entender que el ámbito de la discrecionalidad técnica es inmune al control judicial:

«Confunde la administración recurrente la discrecionalidad de que pueda gozar en la fijación de la baremación en los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios prefijados en el pliego.

Una cosa son los criterios y puntuaciones asignados en el Pliego que no han sido objeto de discusión y otra muy distinta su aplicación a los concretos licitantes que sí fue objeto de controversia» (STS de 16 de diciembre de 2004³⁸).

En tal sentido, la discrecionalidad técnica es fiscalizable cuando los informes que proceden a la valoración no encierran en realidad juicio técnico alguno o cuando la apreciación de los criterios se acredita errónea o mal realizada.

«... la normal exigencia de que la ponderación de las exigencias técnicas impuestas en dichas bases, o condiciones, por parte de la Mesa de Contratación y del órgano que haya de adjudicar el concurso no pueda ser desvirtuada por apreciaciones meramente subjetivas que no encuentren apoyo en un medio de prueba idóneo y contradictorio, no es aplicable al caso en que lo incorrecto de esa ponderación resulte del simple contraste literal y lógico entre los requisitos a que ha de acomodarse la adjudicación del contrato y el contenido de las propuestas valoradas» (STS de 24 de junio de 2004³⁹).

b) ***Elección de la oferta económicamente más ventajosa.*** En este caso se ha producido una importante evolución jurisprudencial, que reseña con claridad la STS de 19 de julio de 2000⁴⁰:

«La jurisprudencia clásica, en efecto, ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril

³⁸ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 16 de diciembre de 2004; recurso núm. 5766/2000. Ponente: PICO LORENZO, Celsa. EDJ 2004/225067.

³⁹ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 24 de junio de 2004; recurso núm. 8816/1999. Ponente: SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo. EDJ 2004/82938.

⁴⁰ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 19 de julio de 2000; recurso núm. 4324/1994. Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. EDJ 2000/32796.

de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición “más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (STS 2 de abril y 11 de junio de 1991).

Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y, la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición “más ventajosa” o más útil para el servicio.

Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado “halo o zona de incertidumbre”, en relación con el cual —sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el “beneficio de la duda” en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso— sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición “más ventajosa” o “más conveniente” (Cfr. STS 25 mayo 1998).

La potestad de adjudicación de que se trata no es, por supuesto, ajena al Derecho. En su origen, en su procedimiento, efectos y elemento teleológico, es plenamente jurídica, aunque en su ejercicio concreto, en la determinación de lo “más conveniente” para el servicio, los Tribunales sólo puedan acudir para el control que ejercen a la técnica del concepto jurídico indeterminado (a través de las zonas de certeza y halo de incertidumbre).

El entendimiento del principio de legalidad que lleva a imponer una integración del acto administrativo, cuando se trata de calibrar lo más adecuado para el servicio, hasta llegar a considerar que sólo cabe una sola solución justa sin utilizar para ello criterios estrictamente jurídicos, puede distorsionar el papel que corresponde a los Tribunales en su función de control de la actuación de la Administración. A ellos le corresponde la tutela judicial plena y la interdicción de la arbitrariedad, pero sin olvidar la función que a una Administración democrática corresponde de elegir entre alternativas jurídicamente posibles, según su propia valoración técnica, y en función de la consideración de la eficacia administrativa para servir con objetividad los intereses generales, como establece el artículo 103 CE. Es un principio que rige la interpretación constitucional, el de la unidad de la Constitución recogido por la doctrina del Tribunal Constitucional: “la Constitución no es una suma de agregados de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado, a su vez, por la proclamación de su artículo 1, apartado 1, a partir de la cual ha de resultar coherente el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarle” (STC 206/1992). Y, desde esta perspectiva, ni el principio de legalidad ni el

de tutela judicial efectiva justifican que se sustituya la decisión administrativa por otra judicial, si ésta no está sustentada en los mecanismos que proporciona el ordenamiento.

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 CE), la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y el control judicial de la Administración (art. 106.1 CE) “consagran un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos (constitucionalmente) suficientes, no se producen exenciones a la regla general de sujeción de aquella al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia (STC 34/1995). Ahora bien, el derecho a la tutela se circumscribe al ejercicio por las personas de “sus derechos e intereses legítimos” (STC 62/1983). Pero, por una parte, el artículo 24.1 CE no legitima un proceso que conduzca a una alteración de la posición jurídica del recurrente. Y por otra, la decisión administrativa, en casos como el presente de adjudicación de un concurso, que exige tomar en cuenta criterios técnicos o de conveniencia (económica, social, organizativa), será ajustada a Derecho siempre que no se aparte de las bases o pliego de cláusulas, no aparezca como arbitraria o, en fin, realice una aplicación inadecuada del concepto de mayor ventaja que incorpora la norma jurídica.

En este contexto ha de admitirse que la ley se remite, en primer lugar, a valoraciones técnicas que ha de hacer Administración sobre la base de conocimientos técnicos del servicio que se justifican en la propia razonabilidad de la decisión del órgano que realiza la calificación. Y el ulterior control jurisdiccional ha de atender, en cuanto al contenido, a los conceptos jurídicos indeterminados de mérito, capacidad, oferta más ventajosa, etc., cuya concreción es enormemente incierta, salvo que la norma incorpore datos objetivamente contrastables.

En definitiva, el control judicial tiende al cumplimiento de la garantías organizativas y procedimentales, y aunque incluye el de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, el Tribunal no puede sustituir materialmente el de la Administración si no evidencia en su razonamiento que ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma».

No obstante el pronunciamiento transcrito, lo cierto es que la adjudicación del contrato tiende, cada vez más, a verse como manifestación de una potestad reglada. No hay que olvidar que, de acuerdo con la propia jurisprudencia del TS, la inclusión en el supuesto de hecho de conceptos jurídicos indeterminados —cual es la referencia a «la oferta económicamente más ventajosa»— no comporta el otorgamiento de discrecionalidad administrativa. En este sentido, la regulación ha ido ahondando en el carácter reglado —«moderadamente reglado», en palabras de Monedero Gil⁴¹— de la adjudicación al imponer la predeterminación de los criterios de valoración y establecer el carácter objetivable y vinculante de los mismos. Como señala la STS de 27 de mayo de 2009⁴², «no puede un concurso adjudicarse a

⁴¹ MONEDERO GIL, José Ignacio, «Criterios de adjudicación del contrato administrativo en el Derecho comunitario». *Noticias CEE*, núm. 21, 1986, p. 262.

⁴² STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 27 de mayo de 2009; recurso núm. 4580/2006. Ponente: PICO LORENZO, Celsa. Referencia Centro de Documentación Judicial (en adelante, CENDOJ): 28079130042009100215.

cualquier participante en el mismo sino exclusivamente al que haga la proposición más ventajosa a fin de no incurrir en arbitrariedad».

Esta línea ha permitido, paralelamente, un superior alcance del control judicial que en no pocas ocasiones, procede a sustituir la decisión administrativa adjudicadora cuando del expediente resulta con claridad que una de las ofertas se erige en la mejor de las presentadas:

«...en términos genéricos la adjudicación del contrato corresponde a la Administración y no a los Tribunales, y no procede que estos la lleven a cabo porque exista algún vicio o defecto del procedimiento de adjudicación. Pero en el caso concreto resulta que se han aquietado con la resolución del concurso dos de las cuatro entidades licitadoras, que además fueron las que obtuvieron las puntuaciones inferiores. Por otra parte no fue conforme a derecho resolver el concurso a favor de la empresa que resultó adjudicataria. Resta por tanto únicamente la empresa actora ante el Tribunal a quo, que además cumple todas las condiciones y, según aprecia la Sentencia recurrida era acreedora a que se le reconociese una puntuación mayor que a las demás licitadoras.

En estas condiciones la Sala entiende que es correcta en derecho la declaración de la Sentencia que se combate y que el contrato debe ser adjudicado a la recurrente, como se ha hecho por este Tribunal Supremo en casos semejantes cuando se apreció que la proposición más ventajosa era claramente una determinada, de lo que es muestra la Sentencia de 11 de junio de 1991 en la que se rechazó que en tales casos se aplicase el criterio discrecional de la Administración. Así debemos pronunciarnos sin que esta declaración sea obstáculo para que entendamos que la doctrina general es que la voluntad administrativa no debe ser sustituida por la declaración judicial basada en haberse apreciado vicios jurídicos en el procedimiento de contratación» (STS de 8 de julio de 2005⁴³; aplican esta doctrina, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 24 de julio de 2007⁴⁴ y STSJ Asturias de 29 de junio de 2007⁴⁵).

Algunas Sentencias de las citadas aluden recurrentemente a la STS de 11 de junio de 1991⁴⁶. Este fallo judicial resulta especialmente significativo porque, si bien no parece poner en tela de juicio el carácter discrecional de la adjudicación, subraya con denuedo las vías de control de la discrecionalidad —control de los elementos reglados, control de los hechos determinantes y, finalmente, el enjuiciamiento de la actividad administrativa a la luz de los principios generales del Derecho—, haciendo un especial hincapié en el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE):

⁴³ STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 8 de julio de 2005; recurso núm. 511/2002. Ponente: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. EDJ 2005/113718.

⁴⁴ STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 1267/2007, de 24 de julio de 2007, recurso núm. 1296/2001. Ponente: Iruela Jiménez, M.ª de los Desamparados. EDJ 2007/221310.

⁴⁵ STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 953/2007, de 29 de junio de 2007; recurso núm. 1049/2003. Ponente: Salto Villén, Francisco. EDJ 2007/198088.

⁴⁶ STS (Sala 3.ª) de 11 de junio de 1991. Ponente: Delgado Barrio, Francisco Javier. EDJ 1991/6170.

«...principio éste que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los “principios de buena administración”», de suerte que «la legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional, sino de la racionalidad de su contenido en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo».

Pese a esa aparente asunción de la discrecionalidad insita en la adjudicación, la propia Sentencia se encarga de recalcar que el término «proposición más ventajosa» encierra un concepto jurídico indeterminado que *«en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes. En los conceptos jurídicos indeterminados, entre una zona de certeza positiva y otra de certeza negativa, puede haber una parcela de incertidumbre o penumbra dentro de la que se reconoce a la Administración un cierto margen de apreciación».*

Se cierra así la gran paradoja, tan común en los conflictos suscitados con ocasión de actos de adjudicación: partiendo de una discrecionalidad que parece asumida sin discusión, toda la argumentación jurídica que le sigue se dirige a asentar con vigor una fiscalización de plena jurisdicción (esto es no meramente anulatoria del acto administrativo, sino llegando al reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas), que empieza por desmontar el propio carácter discrecional de la potestad ejercitada.

La virtualidad del propio control explica la importancia de la motivación de la resolución adjudicadora y así lo ha subrayado la jurisprudencia⁴⁷:

«Por tanto, la Ley establece dos aspectos para facilitar el control judicial de la discrecionalidad técnica, cuya apreciación corresponde a la Administración, bien a través de los criterios para la adjudicación del concurso, que deben ser objetivos y establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, bien a través de la motivación de la resolución, que debe hacer referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuran en el pliego. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de

⁴⁷ Sobre la trascendencia de la motivación y su relación con los principios de igualdad y transparencia, las recientes SSTJCE de 9 de septiembre de 2010, Asunto T-63/06, Asunto T-300/07 y Asunto T-387/08 (todos ellos suscitados por Evropaiki Dynamiki — Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra la Comisión Europea) señalan:

«[...] la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63 y jurisprudencia citada).

Por otra parte, la obligación de motivación constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2001, Francia/Comisión, C-17/99, Rec. p. I-2481, apartado 35; sentencias del Tribunal General de 12 de noviembre de 2008, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-406/06, no publicada en la Recopilación, apartado 47, y VIP Car Solutions/Parlamento, citada en el apartado 45 anterior, apartado 63)» (STJCE de 9 de septiembre de 2010, Asunto T-300/07, puntos 46 y 47).

1991 “ciertamente en la decisión de un concurso, la elección de la proposición más ventajosa, no se ha de hacer sólo con criterios económicos, sino atendiendo además a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato. Pero la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de la discrecionalidad aceptado por los participantes en el concurso. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad”» (SAN de 28 de marzo de 2007⁴⁸).

«En cuanto a la fase de adjudicación, [...] el concurso se adjudicará tras motivar en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Constituye pues, la motivación, conforme al artículo 54.2 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación; la motivación de la decisión habrá de ser razonada y fundada con arreglo a los criterios del pliego» (STSJ País Vasco de 21 de febrero de 2007⁴⁹).

VI. SÍNTESIS FINAL

El devenir de la contratación administrativa muestra una tendencia evidente a la objetivación de la adjudicación y la consiguiente (y ostensible) reducción de la discrecionalidad, proyectándose esta circunstancia en tres vertientes:

- a) La determinación de los criterios de adjudicación; parcela ésta que ha venido a erigirse en auténtico reducto de discrecionalidad administrativa, con el límite, claro está, del debido respeto a los principios de la contratación pública (igualdad, transparencia, libre concurrencia...), amén del conformado por la propia ligazón de los criterios con el objeto contractual.
- b) La ponderación de los criterios aplicada a las proposiciones de los licitadores, operación presidida por la denominada discrecionalidad técnica y respecto de la cual el alcance del control judicial es el indicado en apartados anteriores.
- c) La adjudicación propiamente dicha a favor de la oferta económicamente más ventajosa y en la que, a la vista de la evolución normativa y la interpretación jurisprudencial, el margen de «libertad» del órgano de contratación es prácticamente inexistente.

A nuestro juicio este acrisolamiento de las diversas operaciones trabadas a la adjudicación y su tránsito hacia lo reglado (o, cuando menos, al creciente automatismo) es, sin duda, positivo porque propicia el acceso a la

⁴⁸ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 28 de marzo de 2007; recurso núm. 391/2006. Ponente: MATEO MENÉNDEZ, Fernando de. EDJ 2007/18944.

⁴⁹ STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 100/2007, de 21 de febrero de 2007; recurso núm. 2491/2003. Ponente: DÍAZ PÉREZ, M.ª del Mar. EDJ 2007/31254.

contratación pública en condiciones de igualdad; y, sobre todo, porque hace posible una fiscalización judicial de mayor calado.

No olvidemos que la idea con la que comenzábamos este estudio halla plena vigencia tanto en la normativa como en la propia actividad jurisdiccional: nos referimos al carácter garantista de la adjudicación y su indisoluble ligazón con los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, no hay apartado de la regulación contractual en el que la igualdad de oportunidades tenga una presencia comparable a la verificable en las normas sobre la adjudicación de contratos.