



La regulación de los criterios de adjudicación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público
Miguel H. Javaloyes Ducha.

Adjudicación de contratos del sector público.

I. Los criterios de adjudicación en la contratación pública: régimen jurídico. Necesidad de ajustarse al objeto del contrato

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP- (EDL 2017/226876), dedica sus arts. 145 y ss a la regulación de los criterios de adjudicación de los contratos administrativos.

Dicha regulación, como es lógico, parte de la necesidad de respetar la aplicación de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia que el art. 132 LCSP consagra y, frente a la previsión del derogado RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSPP- (EDL 2011/252769), cuyo art. 150.1 partía de la necesidad de determinar la oferta económicamente más ventajosa, la vigente LCSP parte, en su art. 145.1, de la obtención de la mejor oferta en base a parámetros de mejor calidad-precio, si bien, previa justificación en el expediente administrativo, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atiende a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al art. 148 LCSP.

En todo caso, resulta interesante remarcar que la LCSP no parte sólo de la perspectiva de la calificación de la oferta en base a la obtención de la oferta "más barata" o económicamente más ventajosa, sino que atiende a la necesidad de obtener dicha oferta en base a la mejor relación calidad-precio, que, conforme prevé el art. 145.2 LCSP, se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

En suma, no se pretende conseguir la adjudicación del contrato al precio más barato, sino que, toda vez que los contratos públicos han pasado a ser considerados como instrumentos definitorios de políticas públicas, es necesario a obtener la mejor prestación desde la perspectiva cualitativa. De hecho, el apartado cuarto del art. 145 LCSP señala claramente que:

"Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible

a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146."

Así, como señala el Informe 2/2014, de 29 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, (EDD 2014/138743) corresponderá al órgano de contratación determinar en cada contrato los criterios que considere más adecuados para seleccionar la mejor oferta, con la limitación de que los criterios de adjudicación que seleccione estén vinculados directamente al objeto del contrato y no a las características subjetivas de las empresas licitadoras.

Asimismo, dicho informe incide en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, citando, a modo de ejemplo, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del TJUE dictada en el asunto C-299/08, CAS República Francesa/Comisión Europea (EDJ 2009/270949), los criterios de adjudicación que establezcan los órganos de contratación deben respetar, en todo caso, los principios fundamentales del derecho comunitario, y, en particular, el principio de no discriminación que deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Al hilo de dicha afirmación, conviene tener en cuenta que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC), en su Resolución número 750/2022, de 23 de junio de 2022, argumenta que con la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la mejor oferta, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato.

Dicha Resolución del TARC, además, señala que este principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerarse la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros) (EDJ 2002/61297), y de 19 de junio de 2003 (GAT) (EDJ 2003/16807), así como incide en que son manifestaciones particulares de este principio que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, EDJ 1996/12235), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, EDJ 2001/50462).

A su vez, el TARC, en la mencionada Resolución 750/2022 alude a la doctrina fijada por la STJUE de 19 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España) (EDJ 2013/182708), que en extracto nos dice:

"«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada).

El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada)."

Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por

último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)». "

Por otra parte, el TARC, en su Resolución 972/2018, de 26 de octubre (EDD 2018/132036) determina que es conditio sine qua non que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato, entendiendo que esta vinculación existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas .

En otro orden, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 6/2014, de 3 de marzo de 2014 (EDD 2014/36829) remarca que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, de forma que su función consiste en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland (EDJ 2002/43157) y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl (EDJ 2005/1888253); y el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (EDD 2014/36829).

Dicho informe, además, argumenta que:

"(...) la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]".

Es decir, la finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre

resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación."

Debemos incidir, por tanto, en que los criterios de adjudicación en la contratación pública deben venir referidos exclusivamente a características del objeto del contrato y nunca a las condiciones o características del contratista, como ya concluía la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 del TSJCE (asunto 31/1987, Gebroeder Beentjes B.V contra Estado de los Países Bajos) (EDJ 1988/17098), al disponer que los criterios de adjudicación deben referirse a las características de la prestación a realizar o a las modalidades de ejecución, sin que puedan venir referidas a condiciones subjetivas del licitador.

A la vista de todo lo expuesto, vemos que la LCSP prevé en el apartado segundo de su art. 145 que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 del art. 145 LCSP, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

Dicho art. 145.2 LCSP incide en que las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Asimismo, el tenor literal de dicho art. 145.2 LCSP parte de que:

"Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al

suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato."

Al hilo de dicha previsión, conviene tener en cuenta que, por el mero hecho de que un criterio tenga efectos sobre el medio ambiente, la mejora de las condiciones laborales, etc, no significa que sea un criterio ajustado a derecho, ya que, para que sea válido, dicho criterio debe responder a cómo repercute el criterio de adjudicación propuesto en el objeto del contrato y cómo garantiza una mejor relación calidad-precio en la prestación.

Así, la Resolución del TARC número 409/2020, de 19 de marzo de 2020 (EDD 2020/11398), argumenta que:

"...con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 (EDL 2014/35497) no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio. Es decir, la prestación contractual. Lo anterior resulta confirmado por el Considerando 94 de la Directiva 2014/24 (EDL 2014/35497), que determina que: (94) "Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta".

En ese sentido vuelve a incidir el TARC en su Resolución 885/2021, de 23 de julio de 2021 (EDD 2021/36231), al afirmar que:

"Para resolver acerca de la admisibilidad de este criterio de adjudicación de carácter social hemos de atender a los principios que sobre la introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato viene reflejando la doctrina de este Tribunal (por ejemplo, en la Resolución núm. 378/2019, con cita de la doctrina contenida en las Resoluciones número 234 y 235, ambas de 2019, atendiendo a las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE (EDL 2014/35497) y de la LCSP), así como las más recientes número 298/2021 y 480/2021, a las que seguidamente haremos referencia. A tal respecto, hemos de partir señalando que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en los pliegos, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Bajo tal premisa, las condiciones de empleo y las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato.

En efecto, nuestra Resolución núm. 480/2021, ya indicaba que "si bien es cierto que el artículo 145.2 de la LCSP (EDL 2017/226876) admite que el órgano de contratación establezca criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio de la oferta y que tales criterios cualitativos incluyan aspectos sociales, no es menos cierto que el mismo precepto exige que los criterios que se establezcan estén vinculados al objeto del contrato en la forma dispuesta en el apartado 6 de ese mismo artículo 145, conforme al cual: "(...) se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

Asimismo, la Resolución del TARC 114/2022, de 27 de enero de 2022 (EDD 2022/19629) señala que:

"...En efecto, este Tribunal no aprecia que la circunstancia de que las personas que van a ejecutar los servicios de consultoría y soporte jurídico técnico en materia de protección de datos personales al Delegado de Protección de Datos de la Diputación de Valencia y a su departamento, que de acuerdo con el apartado A.1 del Anexo I del PCAP (anteriormente reproducido) constituyen el objeto del contrato, estén vinculados a la empresa licitadora por una relación laboral indefinida o sean mujeres, tenga incidencia en el rendimiento de las ofertas presentadas respecto de ese objeto, como es imprescindible para que dichas circunstancias puedan ser admitidas como criterio de adjudicación, conforme a la doctrina anteriormente expuesta."

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Respecto a la posibilidad de prever un criterio de adjudicación como el señalado en el presente apartado, debe tenerse en cuenta que éste deberá venir referido a cómo incide la citada organización, cualificación y experiencia en la ejecución del contrato, para así garantizar que nos encontramos ante un criterio objetivo, y que nos hallemos ante una valoración adicional a los requisitos de solvencia exigidos en la documentación que sirve de preparación para la adjudicación del referido contrato.

Asimismo, la previsión de dicho criterio no puede ser configurada de forma genérica, sino que debe justificarse expresamente el motivo por el que se necesita dicho criterio de adjudicación, de manera que sólo cabrá utilizar dicho criterio cuando sea determinante para la prestación contractual.

A modo de ejemplo, la Resolución del TARC 114/2022, de 27 de enero de 2022 (EDD 2022/19629) incide en que las cualidades del personal que va a ejecutar la prestación contractual pueden emplearse como criterios de adjudicación, incluso de índole social, si inciden sobre la calidad de aquélla, pero solamente cuando ello sea determinante para el nivel del rendimiento del contrato.

En ese sentido, la Resolución del TARC 409/2020, antes analizada, señala que:

“...Por tanto, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. De lo que se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando, ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto. Y en caso de que se tenga en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal. A contrario, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico (...) Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva”. En fin, afecta también a la cuestión

que nos ocupa la circunstancia de que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98, párrafo segundo (EDL 2014/35497)."

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el art. 148 LCSP.

Por su parte, el apartado tercero del art. 145 LCSP señala que la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.

b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

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

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

e) Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

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

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

En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disp. adic. 48ª LCSP, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación.

En relación al concepto de "prestaciones de carácter intelectual", recomendamos encarecidamente la lectura del Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares (EDD 2020/5968) y el Informe 1/2022, de 29 de abril de 2022, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en los que se analiza detenidamente los posicionamientos al efecto.

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

El apartado quinto del art. 145 LCSP, además, dispone que los criterios de adjudicación se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, a pesar de que el citado art. 145.5 LCSP no lo prevea expresamente, los criterios de adjudicación también deben recogerse en la pertinente memoria justificativa de la tramitación del expediente de contratación (art. 116 LCSP).

Asimismo, el apartado quinto de dicho art. 145 LCSP prevé que los criterios de adjudicación deben cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado sexto del art. 145 LCSP.

A tal efecto, como señala el mencionado art. 145.6 LCSP, se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

1.- en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

2.- o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

De lo anteriormente expuesto, podemos extraer las siguientes notas:

1.- Los criterios de adjudicación siempre deben ser objetivos, nunca subjetivos, esto es, los criterios deben venir siempre relacionados con el objeto del contrato o la prestación a realizar, sin que puedan valorarse cualidades subjetivas de una empresa licitadora.

2.- Los criterios de adjudicación pueden ser de dos tipos:

2.1.- Criterios objetivos evaluables de forma automática, esto es, aquellos en los que la valoración responde a la aplicación de fórmulas matemáticas, de manera que no es precisa la labor intelectual por parte de funcionario a la hora de valorar la oferta.

2.2.- Criterios objetivos evaluables mediante juicios de valor, esto es, aquellos en los que la valoración corresponde a la intervención de una persona o grupo de personas (Mesa de contratación, a la vista del art. 150 de la LCSP, en aquellos supuestos donde deba participar

dicho órgano colegiado), que, a la vista de las reglas de valoración previstas en el expediente de contratación, analizará la oferta y asignará la correspondiente puntuación.

II. La discrecionalidad técnica de la Administración en la determinación de los criterios de adjudicación. Solvencia Vs criterio de adjudicación

Como hemos visto, corresponde al órgano de contratación, de forma justificada, determinar en cada contrato los criterios que considere más adecuados para seleccionar la mejor oferta. Partiendo de dicha premisa, resulta interesante tener en cuenta la doctrina relativa al principio de discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, así como la doctrina general del TARC al efecto.

Así, la Resolución del TARC 439/2019, de 25 de abril de 2019 (EDD 2019/29678) argumenta lo siguiente:

"Dados los términos del recurso, resulta relevante recordar el principio de discrecionalidad técnica que, para la valoración de las ofertas, tiene el órgano de contratación.

Así, recordando la doctrina de este Tribunal, podemos citar resolución de 16 de noviembre de 2018 (resolución 1032/2018 en recurso 972/2018), con cita de la de 8 de junio anterior, que establecía: "Recordemos que el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas sin que la misma se haya viciado, en el supuesto que nos ocupa, de arbitrariedad. Así, procede citar, por todas, la resolución de 8 de junio de 2018 nº 559/2018: "Expuesto lo anterior, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 516/2016 ya razonábamos que "la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor".

Y, en dicha línea, y con cita de otras previas resoluciones del Tribunal, veníamos a señalar que, sobre la aplicación de los criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicio de valor, "el análisis ha de quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la

valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material que pueda afectarla. Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal. La utilización del criterio de discrecionalidad técnica ya fue reconocido por este Tribunal en la Resolución de fecha 1 de agosto de 2013 en cuyo apartado Décimo se señalaba que la valoración está amparada por el principio de discrecionalidad técnica, no siendo posible la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente o por el de este Tribunal.

Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica" ."

En dicha línea se vuelve a pronunciar el TARC en su Resolución 690/2022, de 8 de junio de 2022.

Por tanto, corresponde a la Administración, de forma justificada, prever cuáles son los criterios que, en relación al objeto del contrato, permitirán obtener la mejor relación desde la perspectiva calidad-precio.

Asimismo, y como señala la Resolución del TARC 750/2022, de 23 de junio de 2022, antes citada, toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores, como bien advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008 (Lianakis) (EDJ 2008/1062), al afirmar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Dicha Resolución 750/2022, además, afirma que:

"Esta misma doctrina resulta aplicable a los criterios sujetos a juicio de valor, que exigen realizar una ponderación de su aplicación al caso y su justificación en cuanto a su elección, pero no así de los de índole automática, que por su propia naturaleza son de más fácil justificación. Así se ha concluido con el precio, que respeta el único límite fijado por la Ley, sin perjuicio de cumplir en cuanto a su fijación todas las disposiciones establecidas al efecto ya señaladas en el anterior Fundamento de Derecho, y que —en todo caso— es público, notorio y conocido por todos los licitadores que quieran tomar parte en esta licitación."

Dicha premisa fue objeto de análisis, a su vez, en el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (EDD 2011/1098), al afirmar que:

“...El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata desde el primer párrafo del considerando 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: "la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva", principios de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores recogidos asimismo en el artículo 123 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 (en adelante LCSP) EDL 2007/175022.

El artículo 53 de la mencionada Directiva (EDL 2004/44276) establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. La LCSP recepcionó dicho mandato incorporando a su articulado el término "oferta económicamente más ventajosa" para denominar la utilización de cualquiera de los dos tipos de criterios de adjudicación, bien sea uno único, que habrá de ser en este caso necesariamente el precio, o varios.

Cuando el órgano de contratación se fundamente en diversos criterios para la valoración de las proposiciones y la consiguiente determinación de la "oferta económicamente más ventajosa" - como en los supuestos que se plantean en la consulta- si bien la elección de aquéllos es discrecional para ese órgano, tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, las características y la naturaleza del contrato; han de ser objetivos; han de estar ponderados; han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en el anuncio de licitación, en los pliegos o, en su caso, en el documento descriptivo.

(...) Esta exigencia pretende conseguir la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato, y está recogida con profusión en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

Así, la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, recoge una doctrina reiterada anteriormente por muchas otras, y después de rechazar como criterios de adjudicación los que versan sobre la aptitud de los licitadores (entre otros, experiencia) señala que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de

condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque el principio de igualdad de trato comporta también una obligación de transparencia y, dicha obligación, "exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los mismos".

El citado Informe 1/2011, además, argumenta que si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada de puntuaciones a cada uno de los licitadores, a la vista de la documentación presentada.

Asimismo, el Informe 16/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (EDD 2013/137962) afirma que:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) en su Sentencia de 27 de septiembre de 2002 ha declarado al respecto que la legislación comunitaria "no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora... (y ser utilizados) para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa".

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

Así pues, el citado Informe 16/2013 señala que la Administración, con todo, sigue disponiendo de un considerable espacio de maniobra para elegir una solución u otra, gozando, igualmente, de discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un determinado contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno, siempre y cuando los mismos se ajusten a ciertos requisitos formales y materiales.

Por su parte, la Resolución del TARC 294/2021, de 26 de marzo de 2021 (EDD 2021/32460) señala que:

"Como dijimos en nuestra Resolución núm. 363/2016, de 13 de mayo, "procede en primer término diferenciar el concepto de habilitación empresarial o profesional de otros similares como el de solvencia. Esta cuestión fue resuelta por el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se dijo: "La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata.

(...) En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 54.2 del TRLCSP] citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal". De dicho informe, cuyo contenido ya hizo suyo este Tribunal en su resolución 1172/2015, se desprende que al amparo del requerimiento de habilitación empresarial o profesional únicamente pueden exigirse aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato.

El este sentido, el artículo 65 de la LCSP (EDL 2017/226876) regula las condiciones de aptitud para contratar con el sector público, indicando el apartado segundo que "Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato".

Así, mientras que las exigencias de solvencia (técnica y profesional) tienen por objeto garantizar que el licitador dispone de los medios económicos, financieros y técnicos adecuados para cumplir satisfactoriamente el objeto del contrato, la habilitación empresarial constituye un requisito de legalidad relacionado con el objeto del contrato, dirigido a evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal. Naturaleza y finalidad de una y otra, claramente distintas, que justifican que en el primer caso se admita la integración de la solvencia con la de terceras empresas, mientras que en el segundo sea imposible hacerlo, por ser un requisito personalísimo del licitador. "

Así pues, mientras los criterios de adjudicación (un aspecto objetivo) son aquellos elementos que permiten al ente contratante seleccionar la mejor oferta, en base a criterios relacionados con el objeto contractual, la exigencia de solvencia técnica y profesional (un aspecto subjetivo) parte de la necesidad de garantizar que el licitador dispone de los medios económicos, financieros y técnicos precisos para cumplir satisfactoriamente la prestación del contrato.

En otro orden, y como se señala en la Resolución del TARC arriba analizada, la habilitación empresarial constituye un requisito de legalidad relacionado con el objeto del contrato, dirigido a evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal.

III. Análisis práctico de los criterios de adjudicación en el ámbito local

A continuación, con tal de ofrecer una perspectiva práctica a la hora de preparar la documentación que sirva de base a la licitación de contratos administrativos, analizaremos la diversa casuística que suele darse en el ámbito local en relación a la previsión de los criterios de adjudicación.

A) El precio como criterio de adjudicación

1. ¿Puede obviarse el precio como criterio de adjudicación?

Por regla general, no, aunque los órganos consultivos admiten excepciones al respecto. En ese sentido, el precio, tradicionalmente, ha sido considerado como el criterio de adjudicación básico a emplear en toda licitación de los contratos públicos. Así, si bien es cierto, como hemos visto, que la LCSP parte de la necesidad de prever una pluralidad de criterios de adjudicación para obtener la mejor oferta en base a criterios de calidad-precio, ha de tenerse en cuenta que el art. 146.1 LCSP señala que cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el art. 148 LCSP.

Ahora bien, el hecho de que la LCSP parta de la necesidad, como regla general, de prever varios criterios de adjudicación para obtener la mejor relación calidad-precio, no conlleva la posibilidad de obviar el precio como criterio de adjudicación.

Así, el Informe 2/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (EDD 2015/47467) concluye que el criterio precio debe ser, con carácter general, uno de los componentes necesarios para conseguir una comparación de ofertas correcta de cara a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. En todo caso, el citado informe argumenta que, de forma excepcional y con motivación detallada - precisando en el expediente las causas que así lo justifique, que deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato- se podrá prescindir de dicho criterio.

A tal efecto, el informe 2/2015 afirma que:

"El criterio precio, por tanto, tiene una vocación general que aconseja su inclusión como criterio de valoración en toda contratación pública. Es más, el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, como (EDL 2012/64550) uno de los paradigmas de la correcta gestión, la eficiencia de los fondos públicos, y la «economía» del contrato es, sin duda, un elemento clave para alcanzarla. Eso no significa que no pueda prescindirse del criterio precio, pero tal posibilidad será marcadamente excepcional, De darse esta circunstancia, debe ser motivada con detalle, consignándose en el expediente las causas que así lo justifican (que deberán estar vinculadas necesariamente al

objeto del contrato). Este es el criterio ya mantenido en los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 28/95, de 24 de octubre y 29/98, de 11 de noviembre.

(...) Es decir, si la posibilidad de no incluir el precio como criterio de adjudicación es excepcional, todavía lo es más en los contratos de obras como los que suscitan la consulta, pues éstos se refieren a la ejecución de un proyecto, en el que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del mismo (artículo 121 TRLCSP) e incorporar un presupuesto, con expresión de los precios unitarios y descompuestos."

En línea con dicha afirmación, el citado Informe concluye igualmente que la inclusión del criterio mejoras con la intención de agotar el presupuesto y «ampliar» el objeto de la licitación -con independencia de que se prescindiera, o no, del criterio precio-, no sólo es contraria al principio de eficiencia/economía, sino que, además, vulnera el principio de igualdad de trato.

En ese sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 6/2014, de 3 marzo de 2014 (EDD 2014/36829) argumenta que:

"El criterio precio es ordinario en todas las licitaciones, al entenderse que es consustancial al propio concepto de "oferta económicamente más ventajosa". Y éste debe aplicarse con un sistema proporcional lineal puro. Es elocuente la Comisión Nacional de la Competencia, en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, al afirmar que "La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajas, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo".

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 8/97, de 20 de marzo, indicó que "no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquellas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el Pliego". Se trataba de dar adecuada respuesta a la utilización de la denominada oferta media de mercado, como sistema de ponderación del precio; pues la oferta media no era aceptada por las autoridades comunitarias.

Conviene recordar que la Comisión Europea ya se manifestó acerca de esta cuestión, en su Dictamen motivado de 23 de diciembre de 1997, en relación al procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el pliego, se valorarían en atención a las cuantías que más se aproximasen a las medias aritméticas de todas

las ofertas admitidas, lo que desvirtúa la noción de "oferta económicamente más ventajosa", instando a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen. El razonamiento de la Comisión era el siguiente: "la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderándolos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto de vista económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que el mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del art. 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana, de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima a todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras y no la más rápida".

En respuesta a lo argumentado por la Comisión, el Informe 27/98, de 11 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (sobre ponderación del criterio del precio en concursos) emitido, entre otras cuestiones, para dilucidar el carácter del Dictamen citado, advertía que los expedientes de infracción pueden desembocar en una demanda ante el Tribunal de Justicia Europeo y que, en caso de pronunciarse en sentido favorable a las tesis de la Comisión, su decisión sí que vincularía a todos los órganos de contratación. Además, el Dictamen contiene la interpretación común de un precepto de las Directivas sobre contratación pública (Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE) que sí son obligatorias para el conjunto de Administraciones Públicas. Es decir, que el sistema de medición de criterios y asignación debe ser compatible con las reglas del derecho comunitario y sus principios."

El citado Informe 6/2014 de la JCCA de Aragón se hacía eco, a su vez, de los criterios de otras Juntas Consultivas en relación a la valoración del criterio precio, según el siguiente detalle:

"La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, a través del Informe 5/98, de 26 de junio, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, señalaba que "el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas".

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, mediante Informe 4/97, de 6 de mayo, afirmaba que "la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública".

La Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, por medio del Informe 4/2003, de 27 de junio, sobre la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, sostenía igualmente la aplicación del criterio de las Instituciones comunitarias.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su Informe 3/2005, de 7 de julio, incluye entre sus conclusiones que "Toda valoración del precio, como criterio de adjudicación, tiene que otorgar la mayor puntuación a la oferta más barata y sólo a ésta. En consecuencia, una valoración del precio que otorgase la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas que, aunque próximas al anterior, fuesen más caras, vulneraría el marco jurídico de los contratos públicos".

2. ¿Cabe admitir el denominado "umbral de saciedad"?

Sí. Si bien es cierto que el TARC había venido emitiendo Resoluciones por las que se anulaban criterios de valoración que suponían la fijación de umbrales de saciedad mediante la limitación de la puntuación que se asignaba a las ofertas económicas a partir de una determinada baja, el propio TARC ha cambiado su criterio, afirmando que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP y el nuevo régimen jurídico de valoración de las ofertas, en el que se refuerza la importancia de los criterios vinculados a la calidad, han de permitirse cláusulas como la impugnada cuando ello obedezca a fines permitidos por el ordenamiento jurídico como dar un mayor peso a los criterios cualitativos y desincentivar ofertas con bajas excesivas.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, la Resolución del TARC 496/2021, de 30 de abril de 2021 (EDD 2021/33376) o la Resolución del TARC 484/2019, de 9 de mayo de 2019 (EDD 2019/18314) se hacen eco de dicho cambio de criterio, afirmando que el criterio de "precio" en modo alguno equivale siempre y en todo caso a "precio más bajo".

Así, la Resolución del TARC 496/2021 afirma que:

"...en modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido. Y en sexto lugar, no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de

una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquél y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales, con lo que se cumple el criterio del TJUE de que una oferta más cara obtenga más puntos que otra de precio inferior a aquélla."

B) Las memorias como criterios cualitativos objetivos dependientes de un juicio de valor

En primer lugar, debe advertirse que las memorias como criterios de adjudicación deben limitarse a los supuestos en los que realmente sea precisa su aportación, ya que es el pliego de prescripciones técnicas el documento mediante el cual se determina cómo debe llevarse a cabo la prestación objeto del contrato, de manera que, en la medida que el Pliego de prescripciones técnicas sea lo suficientemente exhaustivo y detalle de forma adecuada cómo deberá ejecutarse el contrato, carecerá de relevancia que un licitador proponga cómo debe ejecutarse el mismo.

La problemática que suele dar la previsión de dicho criterio a la hora de la práctica es que se suele obviar que, en los supuestos en los que debe intervenir la Mesa de Contratación, es este órgano el encargado de llevar a cabo la valoración de los criterios de adjudicación, sin perjuicio, claro está, de solicitar los informes que resulten pertinentes (art. 150.1 LCSP). La falta de determinación de cuáles van a ser las reglas de valoración de una memoria puede dar lugar a la invalidez del procedimiento.

Así, debe tenerse en cuenta que la configuración del criterio consistente en que un licitador aporte una memoria detallando cómo debe realizarse el objeto contractual es un ejemplo de criterio cualitativo objetivo dependiente de un juicio de valor, por lo que ha de señalarse que la Resolución 84/2021 de 11 de marzo de 2021, del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía -TARCJA- (EDD 2021/9607), como viene señalando reiteradamente dicho Tribunal, afirma que las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores.

De la misma forma, la Resolución del TARC 580/2016, de 15 de julio de 2016 (EDD 2016/112747) señala expresamente que:

"...En este punto, hemos de comenzar recordando la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a la Mesa a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la Mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo, se señalaba por este Tribunal que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes. Citábamos entonces lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia". De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada.

Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud "adecuada". Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser "adecuada", la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional".

Por tales razones, y como se concluía asimismo en la resolución citada, la falta de concreción de las puntuaciones en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta, supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad

(artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

En la misma línea de razonamiento, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero, de este Tribunal se indicaba "Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis-, se concluía que en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar a posteriori reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho "...porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta". Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente los subcriterios y pautas a aplicar para la valoración de las mejoras, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), "los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento...

De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión". Y concluye que "La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso".

También en la Resolución nº 590/2013, de 4 de diciembre, declarábamos que si no se ha establecido previamente la puntuación de cada uno de los subcriterios para valorar la oferta técnica, el PCAP adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez, incurriendo en un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) de la LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE).

Es cierto que la anterior doctrina queda matizada en otras resoluciones en las que, acudiendo asimismo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se detallan las

condiciones en las que resulta admisible que la Mesa de contratación pueda establecer subcriterios de adjudicación o reglas de ponderación de éstos.

Así, en la Resolución 304/2014, de 11 de abril, se ponía de relieve como la doctrina sentada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupulis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008, que previamente hemos citado, dejaba a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

"32 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión: -- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; -- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; -- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores".

Ahora bien, esta posibilidad debe partir de una concreta determinación del criterio de valoración por el Pliego, de modo que no se infrinja nunca el triple límite citado."

Asimismo, la Resolución 1226/2020 del TARC, de 13 de noviembre de 2020 (EDD 2020/42873) incide en lo hasta ahora señalado:

"Comenzando por el análisis de la motivación de estos criterios de adjudicación, debe recordarse que los criterios dependientes de un juicio de valor deben estar lo suficientemente definidos en los Pliegos, de modo que no dejen al órgano de contratación una libertad ilimitada para la emisión del juicio de valor y, con este, una libertad absoluta de elección entre las ofertas presentadas (por todas, puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- de 4 de diciembre de 2003, asunto C 448 / 01, EVN y Wienstrom). En el supuesto ahora analizado, lo cierto es que si bien los Pliegos han determinado ciertos hitos a ponderar en la valoración, también lo es que no se han asignado puntuaciones limitadas e individualizadas para cada uno de ellos, fijándose una sola banda de valores a aplicar globalmente a la memoria técnica (de 0 a 50 puntos). Ello determina que el órgano de contratación va a tener mayor discrecionalidad técnica a la hora de valorar las ofertas, si bien ésta debe ser aceptada con ciertos límites, de modo que deban respetarse siempre unos requisitos mínimos de motivación que permitan a los licitadores conocer qué concretos aspectos han sido ponderados para llegar a la puntuación global que se atribuya por la mesa de contratación a cada oferta. En efecto, por todas puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo de 10 de mayo de 2017 (Recurso 2504/2015) , cuando señala que "la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados". Y es que, en efecto, la motivación de los criterios subjetivos dependientes de un juicio de valor no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o del servicio técnico que le asista, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.

Al efecto, el art. 151 de la LCSP exige que el acuerdo de adjudicación esté motivado ("La resolución de adjudicación deberá ser motivada") y que permita conocer las razones por las que resulta mejor valorada la propuesta del adjudicatario (deberá contener "la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente (...) b) ... un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas...").

De la simple lectura de este precepto se deduce la necesidad de que se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación efectuada permita a los licitadores cuya propuesta no ha sido mejor valorada, conocer las razones a que obedece su menor valoración, de modo que puedan interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Sobre este extremo puede citarse la reciente Resolución de este Tribunal 126/2017, de 3 de febrero, que ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al fondo, y como señaló la Resolución del TACRC 295/2016, o la 777/2016, atañe a la motivación de la resolución de adjudicación del contrato en la que, como resulta de los Antecedentes, el órgano de contratación se ha limitado a asumir, en lo referido a los criterios no evaluables de forma automática, un informe técnico que sólo contiene las puntuaciones conferidas a los licitadores; habiéndose trasladado así también a los licitadores.

Pues bien, como allí se decía, "sobre este tipo de cuestiones este Tribunal se ha pronunciado en infinidad de ocasiones. Por ejemplo, en nuestra Resolución 274/2016 señalamos que como se exige por el artículo 151.4 del TRLCSP, la adjudicación deberá ser motivada. Deberá contener en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Respecto a lo que se entiende por motivación suficiente en nuestra Resolución 1170/2015 se pone de manifiesto que la motivación es un elemento esencial de los actos administrativos porque permite a los interesados conocer las razones por las que la Administración ha tomado determinada decisión y, con ello, poder impugnarlos, si lo consideran

pertinente. Para que un licitador pueda proceder a la impugnación de la adjudicación de un contrato que no le favorece ha de conocer las puntuaciones atribuidas en cada uno de los criterios establecidos en el pliego, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación. En nuestra Resolución 1116/2015 se dice que: "la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982 de 16 de junio , SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo 1999 y 13 de enero de 2000)".

Y, en cuanto a la asignación de puntuaciones, "Este Tribunal ha declarado en su Resolución 272/2011, de 10 de noviembre que en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 y 31 de enero, 2 de febrero, 12 de abril y 21 de junio de 2000 y 29 de mayo de 2001 se ha señalado que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, ya que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo al mismo tiempo que el no beneficiario puede contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos." Y, en cuanto a la motivación in aliunde, que "Pero esta declaración no quiere decir que esta circunstancia alcance siempre la nulidad en estos casos. Es doctrina y jurisprudencia constante y reiterada (y así lo hemos expuesto, por ejemplo, en nuestra resolución 231/2016, de 1 de abril), que la motivación in aliunde, esto es, por referencia a informes obrantes en el expediente, es admisible siempre y cuando se acompañe al acuerdo el informe o informes en que se basa la resolución dictada, supuesto que debe asimilarse al caso en que se haya facilitado a la empresa recurrente todos los informes con la valoración técnica de la empresa adjudicataria. Esta circunstancia queda acreditada en el propio expediente de contratación y en la previa resolución de puesta de manifiesto del expediente dictada por este Tribunal." Pero, naturalmente, partíamos de que el informe técnico no se limitaba a una mera asignación de puntuaciones, pues en tal caso, implicaría en todo caso la insuficiencia antes razonada. Así, añadíamos que "Por lo demás, este Tribunal ha anulado la adjudicación en aquellos supuestos en que el informe técnico en el que se valoran los criterios sujetos a un juicio de valor se limita a asignar una serie de puntos para cada apartado por licitador, entendiéndose que esta valoración no cumple con las exigencias de motivación antes apuntadas".

Por lo anteriormente expuesto puede concluirse que procede la anulación de la adjudicación dado que como a simple vista resulta del expediente, no solo la resolución de adjudicación adolece de un defecto de motivación, sino que el informe técnico se limita a asignar una serie de puntos para cada apartado sin incluirse las razones por las que dicha puntuación es asignada. De modo correlativo, examinado el contenido de la notificación de la adjudicación, la misma tampoco permite tener un conocimiento preciso de los motivos de la adjudicación ni permite, aun pudiendo consultar el referido informe técnico como alega el órgano de contratación- la interposición de una reclamación suficientemente fundada, informando única y exclusivamente

de la puntuación técnica, sin detallar los motivos de la asignación de la puntuación técnica a cada licitador. Se trata por tanto de un defecto de motivación esencial que ha de llevar aparejada la anulación de la adjudicación procediendo retrotraer las actuaciones al momento anterior a la clasificación de las ofertas con el fin de que se evacue un informe técnico motivado de todas las ofertas".

C) Las mejoras

1. Régimen jurídico de las mejoras como criterios de adjudicación

Uno de los aciertos de la LCSP fue, entre otros, el hecho de establecer una regulación concreta del régimen jurídico de las mejoras como criterios de adjudicación en los contratos administrativos. Así, el apartado séptimo del art. 145 LCSP determina que, en el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, éstas deberán estar suficientemente especificadas.

En ese sentido, el art. 145.7 LCSP dispone que se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En relación a esta última previsión, el apartado sexto del mencionado art. 145 LCSP prevé que se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

En todo caso, el art. 145.7 LCSP prevé en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del art. 146 LCSP (esto es, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática), no podrá asignársele a las mejoras una valoración superior al 2,5 por ciento.

El citado art. 145.7 LCSP incide en que se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato. Por último, dicho artículo señala que las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

En relación a dicha previsión, la Resolución del TARC 719/2019, de 27 de junio de 2019 (EDD 2019/32684) remarca que las mejoras son prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato licitado.

Asimismo, la Resolución del TARC 1144/2018, de 17 de diciembre de 2018 (EDD 2018/133810) y la Resolución del TARC 592/2014, de 30 de julio de 2014 (EDD 2014/310054), entre otras, nos recuerdan que los requisitos de las mejoras, como criterios de adjudicación, deben ser los siguientes:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarlas en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación”.

En ese sentido, la citada Resolución del TARC 1144/2018 se hace eco de otras Resoluciones sobre el régimen jurídico de las mejoras: "La Resolución de este Tribunal 467/2014 añade que:

"...el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación.”.

El recurrente alega expresamente la inexistencia de vinculación de la mejora del PCAP con el objeto del contrato.

El criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundaría en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos .

Como se recuerda en la Resolución núm. 600/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 22 de julio de 2016, C.A. Galicia, con cita de la Resolución 467/2016 de este Tribunal, que el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas.

Sobre la relación de la mejora con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, también ha considerado relevante (Acuerdos 12/2015 y 84/2015), la alteración del valor estimado del contrato como consecuencia inmediata de la aplicación de mejoras que alteren el objeto, afectando al principio de igualdad, y a la necesidad legal de que el precio del contrato atienda al precio de mercado; en el acuerdo citado 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, analizó precisamente unas mejoras entre las que se encontraban la cesión de determinados bienes como criterio de adjudicación en un contrato de servicios de mantenimiento de las instalaciones y equipos de electromedicina y las instalaciones de baja tensión en centros sanitarios del Sector de Huesca: "...en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP (EDL 2017/226876). Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora de importante impacto económico -- como sucede con la entrega de un vehículo de forma gratuita, o la entrega de equipos SAI-- que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato es, por este motivo, ilegal.

Y es que, aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada.
"

En similares términos, el antes citado Informe 2/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, nos recuerda que:

"En el Informe 29/98, de 11 de noviembre, ya citado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado rechazó precisamente mejoras en el precio, entendidas éstas como las que consisten en realizar un mayor volumen de obra sobre la prevista en el proyecto y en el contrato, por el mismo precio de licitación ofrecido. A este respecto, debe recordarse nuevamente que los contratos de obras se refieren a la ejecución de un proyecto (elaborado, supervisado, aprobado y replanteado previamente), y que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del mismo (artículo 121 TRLCSP), por lo que solamente la obra contenida en el proyecto es la que se licita y la que puede ejecutarse, sin que sea posible referir las ofertas a un mayor volumen de obras comprendidas en las denominadas mejoras de precio, de forma que dé lugar a la ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado. Y ello, además, porque una obra debe cumplir, por si misma, una función económica

o técnica (artículo 6 TRLCSP), y los proyectos deben referirse, necesariamente a obras completas (artículo 125.1 RGLCAP). No se alcanza a comprender por esta Junta que supuestos como los planteados (se afirma, incluso, en la consulta «que no siempre queda acreditado representen una obra completa»), puedan obtener el informe favorable de los servicios jurídicos y de la intervención de una entidad local. En el mismo sentido, la Junta estatal, en su Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010, precisó que no se cumplen los requisitos de las mejoras cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente haya sido especificada en los pliegos la forma de su valoración, a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Tampoco se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guardan la debida relación con la prestación objeto del contrato. En todo caso, la posibilidad de mejoras, además de no distorsionar el objeto del contrato, debe preservar que se cumplan las exigencias de correcta determinación de su valor estimado. Es doctrina consolidada del TACPA (entre otros, Acuerdos 45/2014, 51/2014 y 6/2015), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP. Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato, sería, por este motivo, ilegal en si misma. Y es que, como ha recordado el TACPA, «aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada» (Acuerdo 12/2015, de 20 de enero).

En consecuencia, la respuesta a la consulta es que la inclusión del criterio mejoras con la intención de agotar el presupuesto y «ampliar» el objeto de la licitación -con independencia de que se prescindiera, o no, del criterio precio-, no solo es contraria al principio de eficiencia/economía, sino que, además, vulnera el principio de igualdad de trato. Pues como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 22 de abril de 2010, mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta. Ofertar una mejora que va más allá de la limitación del objeto quiebra las reglas de igualdad en la presentación de ofertas, que es un límite insoslayable, ya que impide una adecuada comparación de ofertas, y, por ello, este criterio debe ser considerado ilegal (criterio ya adoptado en el Acuerdo 12/2015, del TACPA).”

En otro orden, el Informe 4/2014, de 11 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía (EDD 2014/190309) nos remarca la diferencia entre el concepto "variante" y el concepto "mejora", al señalar que:

“Ambas han de cumplir idénticos requisitos en cuanto a su determinación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicación en el anuncio, etc., de acuerdo con el citado artículo 147 del TRLCSP EDL 2011/252769. La diferencia pues, como indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Acuerdo de 28 de julio

de 2011, (Recurso nº 40, Resolución nº 43/2011), indicado en la propia consulta, ha de concretarse en el contenido de las mismas. Así, mientras las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración."

2. ¿Es admisible como "mejora" la pretensión consistente en un incremento de número de horas de ejecución del servicio con cargo a la empresa adjudicataria?

A la vista del régimen jurídico de las mejoras como criterios de adjudicación, según las pautas arriba señaladas, puede surgir en la práctica la duda sobre si la intención de prever como criterio de adjudicación en los contratos administrativos de servicios las denominadas "bolsas de horas", esto es, el incremento del número de horas de prestación del servicio de forma gratuita para la Administración contratante y con cargo a la empresa adjudicataria es un criterio válido o no.

En ese sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias 047/2022, de 14 de febrero de 2022, afirma que :

"A partir de esta redacción, puede deducirse que está haciendo referencia a "horas extraordinarias" y, por lo tanto, busca valorar aquellas ofertas que ofrezcan horas para adicionar a las ordinarias empleadas en la realización de la prestación objeto del contrato, y no para realizar una prestación adicional y distinta a la recogida en el pliego.

Si se siguiera la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), se interpretaría que la bolsa de horas gratuitas de ejecución del servicio no tendría la consideración de "mejora", porque para serlo tendría que tratarse de una prestación adicional no definida por el PPT o el proyecto. Motivo por el cual, no siendo mejora tampoco estaría sujeta a la exigencia legal de establecer límites al número de horas, como así queda recogido en el artículo 145.7 de la LCSP. Ésta es la doctrina que sigue el TACRC en las siguientes resoluciones: Resolución 1402/2019, de 2 de diciembre; así como las citadas por el órgano de contratación: Resoluciones 619/1017, de 7 de julio y 129/2019, de 30 de enero de 2020.

Por el contrario, la recurrente sostiene que sí estamos ante una mejora, y apoya su argumentación en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 91/2020, de 14 de mayo de 2020 y en la Resolución 021/2021, de 8 de febrero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Sin entrar a valorar si una prestación adicional, para ser mejora, sólo puede suponer ofrecer una prestación distinta y no una mayor cantidad de prestación, lo cierto es que, se llame como se llame (criterio de adjudicación o mejora), no deja de ser un criterio de adjudicación y, como tal, está sujeto a los requisitos previstos en el artículo 145.5 de la LCSP (...)

El criterio "Incremento en el número de horas de ejecución del servicio con cargo a la empresa adjudicataria" incumple los siguientes requisitos exigibles a los criterios de adjudicación:

- Ser formulado con pleno respeto a principio de transparencia: porque se desconoce la previsión del número máximo de horas, fuera de las ordinarias, que pudiera requerir el órgano de contratación para este contrato, de acuerdo con la experiencia que ya tiene en este tipo de contratos.
- Ser formulado con pleno respeto al principio de proporcionalidad: porque al no establecerse un límite máximo, pudiera incluso ofertarse un número ilógico y carente de proporción con la necesidad pública a satisfacer, quedando, además, afectada la viabilidad de la oferta mejor puntuada.

Un criterio de adjudicación debe permitir elegir la mejor oferta para dar satisfacción a la necesidad pública que ha detectado el órgano de contratación, entendiendo por tal la que sea mejor poniendo en relación su calidad y su precio. En este caso, al no limitarse el número de horas que pueden ofrecerse, se puede dar lugar a una oferta irreal, inviable o irrealizable durante la ejecución del contrato, al permitir ofrecer un número desproporcionado de horas con el único resultado de obtener la mayor puntuación, pero sin que pueda ejecutarse lo ofrecido. La aplicación del criterio, entonces, permitiría al órgano de contratación obtener la oferta de mayor puntuación, pero no necesariamente se correspondería con la mejor oferta calidad-precio si fuera irrealizable."

En suma, el citado órgano, si bien no discute la viabilidad de dicho criterio de adjudicación, en el caso analizado señala que la repercusión de la falta de un límite máximo al número de horas gratuitas ofrecidas estaría amparando la posibilidad de valorar, con la máxima puntuación, ofertas irrealizables en su conjunto (ofreciendo una ventaja superior en horas de la que nunca podría beneficiarse la Administración por irrealizables), frente a otras viables (de mejor calidad, incluso) pero con menor puntuación, a pesar de ofrecer un número de horas gratuitas realizables. En definitiva, no quedaría garantizada una adjudicación en base al principio de selección de la mejor oferta para satisfacer la necesidad pública (art. 145.1 LCSP).

Vemos, pues, cuáles han de ser las pautas a respetar para garantizar la viabilidad del citado criterio de adjudicación.

D) El arraigo

Otra de las cuestiones que suelen darse en la práctica del ámbito local es la tendencia a favorecer a las empresas del municipio, lo que da lugar a la pretensión de introducir criterios de adjudicación tendentes a favorecer el arraigo.

Como es lógico, dicha práctica no resulta, por regla general, ajustada a derecho, toda vez, como hemos visto, que los criterios de adjudicación deben ser objetivos, vinculados al objeto del contrato, no a cualidades subjetivas de los licitadores.

En ese sentido, el Informe 36/2007, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, hoy Junta Consultiva de Contratación Pública (EDD 2007/342654) afirmaba que no puede exigirse a las empresas concurrentes que la experiencia esté vinculada al desarrollo de trabajos en una región o Estado determinado, al igual que el Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, hoy Junta Consultiva de Contratación Pública (EDD 2009/55488) incidía en que el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público puesto que no está permitido discriminar las ofertas por razón de la implantación en un territorio ya que las circunstancias referentes al origen o lugar en que la empresa realiza preferentemente sus actividades en nada influye ni en la prestación misma, ni en sus resultados.

En idénticos términos se pronunciaba el Dictamen 53/2010, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la Guía sobre Contratación Pública y Competencia (EDD 2010/402933) al afirmar que:

"La inviabilidad de tal práctica ha sido objeto de diversos pronunciamientos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en similar sentido 38 al considerar que el origen, domicilio social o cualquier indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser utilizado como criterio de valoración de su oferta. Por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa consideró que no puede servir de fundamento, para limitar a una sola empresa la consulta prevista en el actual artículo 162.1 Ley de Contratos del Sector Público (EDL 2017/226876), la inexistencia de empresas con las que se pueda negociar y que puedan ejecutar el contrato en el territorio de una Comunidad Autónoma o de una localidad concreta por constituir un grave atentado al principio básico de la contratación de libre concurrencia. Deben tenerse en cuenta, indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los artículos 1, 123 y 134.1 Ley de Contratos del Sector Público. En relación con este último la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala que del mismo se deriva la exigencia de la vinculación directa del criterio de valoración con el objeto del contrato. En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma. Esta última precisión nos parece importante

dado que en casos muy concretos podría darse el caso de que un criterio de arraigo territorial si tuviera tal vinculación directa con la posibilidad de realizar la prestación objeto del contrato."

Por su parte, el Informe 2/2017, de 3 de febrero de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana (EDD 2017/249266) incide en lo expuesto, al señalar que:

"Este precepto contempla una preferencia de adjudicación en caso de empate para las entidades que tengan la calificación de entidad valenciana socialmente responsable o similar reconocida en la Comunitat Valenciana. A estos efectos indicar los numerosos pronunciamientos de los Tribunales central y autonómicos de recursos y pronunciamientos judiciales sobre la no conformidad a Derecho de establecer cláusulas de territorialidad o arraigo territorial que suponen una quiebra a los principios de igualdad y no discriminación rectores de la contratación pública."

Asimismo, el Informe 5/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (EDD 2018/133202) afirma que:

"Respecto de las condiciones de ejecución de los contratos relativas a la disponibilidad de centros en un determinado ámbito territorial se ha pronunciado esta Junta Consultiva, en el Informe 6/2011, de 5 de julio, en el que ya se manifestó que la posibilidad de exigirla, como condición de ejecución, había que analizarla caso por caso, siempre que fuera necesaria para la correcta ejecución del contrato o introdujera mejoras en cuanto a su objeto. Muy recientemente, en la Resolución núm. 170/2018, de 3 de octubre, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público ha recordado que "la prohibición de cualquier forma de discriminación que, a través de la aplicación de los criterios distintivos, distorsione la libertad de concurrencia o los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad, de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato entre los licitadores", haciendo patente la doctrina sobre las cláusulas de territorialidad en los contratos públicos afirmando la "necesidad de ser especialmente garante ante cualquier restricción a la libre concurrencia fundamentada directa o indirectamente en el llamado arraigo territorial, admitiéndolo mayoritariamente, y en una interpretación necesariamente restrictiva, en el ámbito de las condiciones de ejecución de los contratos, siempre que, de acuerdo con el art. 202 de la LCSP (EDL 2017/226876), estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos"entendiendo, en el caso concreto que se analiza, que van más allá de lo estrictamente necesario para prestar el servicio."

Frente a la línea común arriba señalada, conviene tener en cuenta el pronunciamiento ofrecido en la Sentencia del TS de 9 de diciembre de 2021 (nº rec. 4218/2019) (EDJ 2021/780203) relativa a la controversia sobre la conformidad a Derecho del criterio de adjudicación del contrato de servicios de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios del Servicio Vasco de

Salud relativo a la proximidad a la planta de gestión de residuos, ya que el criterio de adjudicación favorece a aquellas empresas prestadoras de dichos servicios que estén establecidas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la medida en que otorga hasta siete puntos (sobre un total de cien) a las empresas que cuenten con una planta de gestión de residuos (considerándose a estos efectos que la gestión es sólo el tratamiento, y no el almacenamiento) que se halle muy próxima a las capitales de los Territorios Históricos del País Vasco.

Dicha Sentencia argumenta que:

“En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad. (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03).

Paralelamente la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos y la actual Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que sustituye a la anterior, establecen el marco legislativo para la manipulación de residuos en la Comunidad. Tal y como señala la exposición de motivos de la Directiva 2008/98/CE el primer objetivo de cualquier política en materia de residuos debe ser reducir al mínimo los efectos negativos de la generación y la gestión de los residuos para la salud humana y el medio ambiente, idea que se refuerza el artículo primero de la citada Directiva al disponer que "La presente Directiva establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de los impactos adversos de la generación y gestión de los residuos, la reducción de los impactos globales del uso de los recursos y la mejora de la eficacia de dicho uso".

Pues bien, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que la gestión de los residuos se realizará sin poner en peligro la salud humana y sin dañar al medio ambiente y, en particular sin provocar incomodidades por ruidos y olores (art. 13 de la Directiva) estableciendo que los principios que han de regir la gestión de los residuos destinados a su eliminación son los principios de autosuficiencia y proximidad contenidos en el art. 16 de la Directiva, en los términos expuestos anteriormente.

De modo que si bien existe un principio general de igualdad y no discriminación en materia contractual, ello no impide que uno de los criterios de puntuación de cara a la adjudicación de los contratos referidos a la gestión de residuos para su eliminación tome en consideración el principio de proximidad de las instalaciones para primar a aquellas empresas que permitan

cumplir en mejor medida con dicho principio, primándose así los objetivos previstos en esta Directiva, específicamente destinada a regular el tratamiento y gestión de los residuos. Existe por tanto una razón de interés general para primar el criterio de proximidad en la adjudicación de este tipo de contratos, sin que se introduzca discriminación alguna por razón de la nacionalidad ni por el domicilio social la empresa licitadora ya que tanto las empresas pertenecientes a otros Estados miembros como las que tienen su domicilio social en otras Comunidades Autónomas no solo pueden concurrir sino que además pueden beneficiarse de este criterio de baremación por razones de proximidad siempre que sus plantas de gestión estén radicadas a las distancias indicadas en la cláusula controvertida."

Partiendo de dichos argumentos, e, insistimos, para el caso concreto, la Sentencia concluye que la utilización de un criterio de baremación en un proceso de adjudicación contractual de servicios de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios que puntúa, y por lo tanto prima, la cercanía de una instalación respecto del lugar donde se genera el residuo, no puede considerarse contrario al derecho comunitario, sino que queda amparado por el principio de proximidad recogido en la normativa de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en la normativa nacional, sin que se aprecie vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

E) Los certificados de calidad: El cambio de criterio del TARC

Otra práctica que suele darse es la intención de prever la aportación de determinados certificados de calidad por parte de la empresa licitadora a los efectos de ser valorado como criterio de adjudicación, lo que conlleva, como hemos venido analizando en el presente artículo, la problemática de querer prever como criterio de adjudicación lo que en realidad es un requisito de solvencia.

En ese sentido, el TARC venía rechazando la posibilidad de prever como criterios de adjudicación la aportación de certificados de calidad, si bien debemos resaltar que se ha producido un cambio de criterio, admitiéndose dicha posibilidad siempre y cuando quede debidamente justificada la repercusión de dicho certificado de calidad en la mejor prestación del servicio. Huelga decir que no serán admisibles previsiones vagas o imprecisas, de manera que el órgano de contratación deberá, caso por caso, motivar por qué es conveniente valorar la disponibilidad de dichos certificados.

Así, la Resolución del TARC 442/2022, de 7 de abril de 2022, analiza la doctrina del citado órgano sobre la cuestión que nos ocupa. En ese sentido, dicha Resolución señala que:

"...debemos con carácter previo poner de manifiesto, que conforme ya indicamos en nuestra Resolución nº 115/2018, de 9 de febrero de 2018, consideramos incorrecta la práctica de exigir como medio de acreditación de la solvencia estar en posesión de determinados certificados de acreditación del cumplimiento de determinadas normas de control de garantía de la calidad (artículo 93 de la LCSP) o de gestión medioambiental (artículo o 94 de la LCSP), sin que

simultáneamente se concrete entre los medios de solvencia técnica exigidos en el PCAP, alguno de los previstos y descritos en el artículo 90 de la LCSP para el caso de contratos de servicios.

Abordando ya la cuestión controvertida, el Tribunal ha matizado, a raíz de la entrada en vigor de la vigente LCSP, su doctrina tradicionalmente adversa a configurar los certificados de calidad como criterios de adjudicación del contrato. Con base en nuestra Resolución 1283/2021 de 29 de septiembre, en la que, con cita de otras anteriores, pusimos de manifiesto las razones y el sentido de la evolución doctrinal señalada, podemos sintetizar la postura del Tribunal en relación con la cuestión considerada en los siguientes términos:

A. La LCSP prevé, siguiendo la evolución de las Directivas de contratos públicos, la posibilidad de incluir, entre los criterios de valoración de las ofertas, los medioambientales, sociales y laborales. El artículo 145.1 de la LCSP establece que “los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo (...)”.

Coherentemente con la previsión anterior, resulta posible admitir como criterios de adjudicación, prima facie, certificados que acrediten que el licitador, en el desarrollo de su actividad, observa estándares o buenas prácticas generalmente aceptados en los ámbitos referidos por la LCSP.

B. Para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que reúnan dos condiciones:

1) Por un lado, que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, en el sentido en que la doctrina del Tribunal, interpretando lo dispuesto por el artículo 145.6 de la LCSP, interpretan la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Tal vinculación debe ser debidamente motivada en el expediente.

2) Por otro, que permitan medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, de forma que la oferta que resulte finalmente adjudicataria tenga la mejor relación calidad-precio."

El TARC, habiendo cambiado su criterio al respecto, señala que las normas ISO están concebidas hacia el funcionamiento y actividad general de las empresas en su conjunto y para mejorar en los aspectos que contemplan, por lo que habrá que justificar y concretar en cada contrato, si se quiere solicitar la aportación de dichos certificados como criterios de adjudicación, cómo incide

la aplicación de dichas normas en el objeto del contrato y de qué manera incide directamente en una mejora en la calidad de la prestación del servicio.

En el supuesto planteado en dicha Resolución, no obstante, el TARC afirma que los certificados de calidad previstos no eran válidos como criterio de adjudicación, ya que la memoria justificativa se limitaba a exponer una descripción de la finalidad de los certificados requeridos, pero no los vinculaba al objeto del contrato ni exponía las razones por las que el hecho de que un oferente los aportara podía incrementar el valor de su oferta a efectos de la finalidad pretendida por el órgano de contratación.

Como conclusión al presente artículo, debe recordarse que la práctica del día a día suele viciar la configuración de los criterios de adjudicación, de forma que en multitud de ocasiones éstos pueden, o, mejor dicho, deben ser reconfigurados como condiciones especiales de ejecución u obligaciones del contratista a la hora de llevar a cabo la prestación del contrato.

Así, ha de recordarse que, por el mero hecho de prever un criterio de adjudicación concreto, puede darse la circunstancia de que un licitador que no haya ofertado el mismo pueda resultar adjudicatario del contrato sin la obligación de ejecutar el mismo con el criterio originariamente previsto. Ello motiva, pues, que todas aquellas necesidades del órgano de contratación que se estimen precisas para la ejecución del contrato sean previstas como obligaciones inherentes al contrato, no como criterios que pueden ser ofertados o no por los licitadores.