

LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA(*)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ

SUMARIO: I. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA.— II. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA ADJUDICACION.— III. ADJUDICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

RESUMEN: Análisis de los criterios objetivos para determinar la oferta económicamente más ventajosa en los contratos: Análisis práctico de los distintos criterios y su ponderación: criterios sociales y ambientales.

Palabras clave: contratación pública; oferta económicamente más ventajosa; adjudicación de contratos.

ABSTRACT: Analyse of the objective criteria used to determine the so-called «most economically advantageous tender» in public contracts: practical analysis of the various criteria and their balance: social and environmental awarding criteria.

Key words: public procurement; most economically advantageous tender; contract awarding.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 (LCSP) pretende la trasposición de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos. Clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales contenidos en el Tratado y, en particular, los

(*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública»* (cursiva nuestra) (1)

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, como ya se ha explicado, son de aplicación los principios de Tratado. Principios que, en lo que ahora nos ocupa, tiene una evidente concreción en la fase de los criterios de adjudicación de los contratos.

I. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA

El artículo 53 de la Directiva 2004/18 establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. Se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilita la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos. Por ello, como recuerda la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (*Metalmecanica Fracasso SpA*), el órgano de contratación no está obligado a adjudicar el contrato al único licitador que haya sido considerado apto para participar.

En todo caso, los criterios a introducir para la valoración, además de guardar directa relación con la prestación demandada deben garantizar que no se quiebra el principio de igualdad de trato (2). Así lo indico la STJCE 18 de octubre de 2001 (*SIAC Construction*) afirmando que si bien la Directiva

(1) Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

(2) En este aspecto concreto significa que ni las condiciones o cláusulas que impidan la participación de empresas (reglas de exclusión), ni las reglas para admitir a concurso a cualquier solicitante (reglas de selección), ni los criterios de adjudicación de los contratos pueden incluir una exigencia sobre nacionalidad a los licitadores, ni tampoco establecer condiciones que directa o indirectamente supongan no sólo una discriminación por razón de la nacionalidad, sino incluso un fomento directo o indirecto a la compra nacional.

«deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente» (sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 19). Al respecto resulta de especial interés la STJCE de condena al Reino de España (asunto INSALUD) al considerar que:

«El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.»

La LCSP receptiona dicho mandato incorporando el término «oferta económicamente más ventajosa» para denominar la utilización de cualquier de los dos tipos de criterios de adjudicación, o bien solamente el precio, o diversos criterios.

Una primera observación es que la regulación de la oferta económica que establece la LCSP debe ser de aplicación a todos los contratos que se realicen al margen del importe y del tipo de entidad —Administración pública o no— por cuanto tanto del artículo 1 y 175 y 176 de la Ley así se deduce al recoger de forma expresa que en contratos no armonizados y de entes del sector público que no sean Administración Pública, incluso no siendo poder adjudicador, la adjudicación debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa. De ahí la importancia de la regulación que al efecto establece la Ley de que criterios incluir para poder decidir sobre cual es la oferta económicamente más ventajosa.

La LCSP, en su artículo 134 opta —al menos aparentemente— por un unico criterio, lo que introduce ciertas dudas prácticas no pareciendo conveniente incluir en un mismo criterio lo que ahora son dos criterios de adjudicación tanto en nuestra derogada LCAP como en la Directiva (por ciento, tam-

bien dos en la Ley 31/2007, de contratación en sectores especiales). Dice así el artículo 134.1:

«Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.»

En definitiva, que subsisten de hecho las dos formas clásicas de adjudicación de contratos.

El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato.

El artículo 134.1 LCSP precisa que los criterios de valoración de las ofertas han de estar directamente vinculados al objeto del contrato. A título indicativo menciona la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes (3).

(3) Recuérdese como el artículo 99 del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas («Reglamento financiero»), se afirma que la oferta económicamente más ventajosa es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio,

La finalidad de esta evaluación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por lo tanto evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia práctica— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (4).

Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores (5).

En todo caso, como bien recuerda la STJCE de 24 de enero de 2008 (Lianakis) no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

«26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).

teniendo en cuenta, en particular, los criterios justificados por el objeto del contrato, tales como el precio propuesto, el valor técnico, el carácter estético y funcional, las características medioambientales, el coste de utilización, la rentabilidad, el plazo de ejecución o de entrega, el servicio de posventa y la asistencia técnica.

(4) Véase, por ejemplo, la letra b) del apartado 1 del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE «diversos criterios según el contrato en cuestión».

(5) Desde esta perspectiva Cuestionable es la previsión del artículo 113 LCSP en contratos de concesión de obra pública de iniciativa privada pues debe garantizarse que el promotor no obtiene ventajas competitivas que puedan conducir a un falseamiento de la competencia y vulneración del principio de igualdad de trato exigida por el artículo 2 de la Directiva 18/2004.

29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión..»

Esto significa que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJCE de 4 de junio de 2003 (GAT). Por ello, si queremos que esa experiencia empresarial sirva no sólo como criterio de admisión sino como criterio de valoración debe ser instruido un procedimiento restringido (entre otros, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/97, de 2 de marzo de 1998, Informe 18/98, de 30 de junio de 1998, Informe 44/98, de 16 de diciembre e Informe 22/00, de 6 de julio) (6) dado que no guarda relación directa con el objeto del contrato (así lo entiende, por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2001). Y es que las Directivas comunitarias y la LCSP distinguen entre criterios de solvencia que deben reunir los licitadores y criterios para la adjudicación del contrato, de tal manera que si se pretende valorar el elemento subjetivo (la experiencia o capacidad del contratista) debe acudirse necesariamente al procedimiento restringido (7). Así lo recuerda, además, la Recomendación de

(6) Vid. BAÑO LEÓN, «La influencia...», ob. cit., pp. 34-36 y RUIZ DE CASTAÑEDA, en libro col *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, granada, 1996, p. 172, MARTÍNEZ MENÉNDEZ, «Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo...», *Noticias Unión Europea*, núm. 198, 2001, p. 39; y ORTIZ MALLOL, «A vueltas sobre la experiencia como criterio de adjudicación de los contratos administrativos licitados por forma de concurso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pp. 77-98. También J. PÉREZ-ILZARBE SARAÜETA, «La nueva contratación administrativa en Navarra: en particular los Procedimientos negociados», *RJN* núm. 28, 1999, 155-156, participa de esta opinión si bien entiende que, por debajo de los umbrales comunitarias tal exigencia dificulta la mejor adjudicación.

(7) Y así lo explicita ya el TSJCE en su sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Beentjes).

la Comisión Europea al Gobierno español de 31 de enero de 1996 al declarar que la experiencia es un criterio para evaluar la capacidad de los licitadores y no de adjudicación (8). Opinión que también sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 2007 al afirmar «que resulta patente que el criterio de experiencia no es un criterio de adjudicación». Por el mismo motivo, por su carácter subjetivo, no pueden incluirse criterios de valoración del grado de cumplimiento en la ejecución de contratos análogos ni uno que valorara negativamente el que se fuera ya adjudicatario de un contrato. Tampoco puede considerarse correcta la inclusión como criterio de valoración la relación del personal afecto al contrato, su cualificación, al ser criterio de selección (9).

Insiste en este criterio la STS de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/4570) al afirmar que «la experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los contratistas y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato, ya que son fases separadas que se rigen por normas diferentes (FJ 3 in fine).

En conclusión, los criterios a incluir en la oferta deben guardar relación con el qué y nunca con el quién. Y cuáles son y su ponderación deben incluirse en el anuncio de licitación (art. 134.5 LCSP), sin que sea posible que la mesa de contratación en su competencia de valoración de ofertas, en un procedimiento de licitación, pueda fijar a posteriori los coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación (STJCE 24 enero 2008, Lianakis) al quedar en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos (10). Exigencia de transparencia que pretende conseguir la

(8) El Sindic de Greuges, en su Informe al Parlamento de Cataluña de 1997 —en relación con la queja 1734/94— manifiesta que la experiencia del licitador debe ser un criterio de selección cualitativa y nunca un criterio de adjudicación. La Resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos de 30 de julio de 2002 ha venido nuevamente a insistir en este asunto recordando que los criterios basados en la experiencia o la inclusión de criterios tales como la capacidad técnica del licitador referida a la proposición (incluidas valoraciones y cualificaciones del personal aportado); relaciones de medios materiales; relaciones de medios humanos (con referencia explícita, en ocasiones, al personal fijo) y la solvencia técnica o idoneidad del licitador pueden servir para acreditar la capacidad técnica de los contratistas en la fase de selección de los mismos, pero no en la adjudicación.

(9) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/00, de 6 de julio.

(10) Las TJCE de 24 de noviembre de 2005 (TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc) ya destacó 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,

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.

Si bien es posible un único criterio precio (la subasta) adjudicando al que, sin ser desproporcionada su oferta, proponga el precio más bajo, cuando sean varios los requisitos (como un concurso), se deberá establecer un orden de prelación, mediante un sistema de puntuación entre las distintas proposiciones estableciendo el pliego de prelación (descendente) de dichos criterios con la ponderación-puntuación que se les atribuye (siendo posible, como admite la STS de 1 de febrero de 1996 —Arz. 886—, que uno de los parámetros obtenga una puntuación de cero puntos), debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos (precio, rentabilidad, plazo, revisión de precios (11), interés técnico, estética, etc., debiendo constar en el pliego (12). Exigencia ésta que, como indica DE SOLAS RAFEGAS pretende conseguir la armonización de dos principios básicos como son el respeto a la competencia exclusiva de la Administración 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 (13). Este criterio de adjudicación, al permitir valorar distintos aspectos del objeto del contrato se ha convertido en la práctica en el más usual, lo que no significa que siempre sea lo más adecuado acudir al mismo (14).

El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Los crite-

siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

(11) Como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 45/96, de 22 de julio, entre los criterios de adjudicación del concurso puede figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión que, para evitar arbitrariedades, deberán figurar o en el anuncio de la contratación o en el pliego de condiciones.

(12) Para la STS de 8 de octubre de 2001 —Arz. 8207— no basta con fijar las puntuaciones, sino que es necesario razonar sus decisiones.

(13) DE SOLAS RAFEGAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 190.

(14) Vid. GIL IBÁÑEZ, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 36-39.

rios que se apliquen habrán de conceder al poder adjudicador un margen discrecional para comparar de manera objetiva las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa conforme a criterios objetivos, como los que se relacionan a título de ejemplo en las Directivas (15).

Entre los criterios objetivos en la oferta económicamente más ventajosa con varios criterios se encuentra el precio que, aunque no es obligatorio que se incluya, resulta difícil imaginar una licitación en el que el factor económico, en mayor o menor medida, no sea relevante. Por ello, habrá que entender como excepcional esta posibilidad, consignándose en el expediente las causas que así lo justificaran (16). El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 4767) analiza un supuesto de contratación de mediador de seguros que no genera gastos a la Administración contratante y por tanto no tiene obligaciones económicas.

En general, la máxima puntuación por este criterio será obtenida por quien oferte el precio más bajo. Debiendo figurar en el precio el sistema de puntuación parece lógico optar por sistemas de medición proporcionales que atiendan al presupuesto de licitación y no a las ofertas y número de éstas que puedan presentarse por las distintas empresas licitadoras (17). La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 8/1997, de 20 de marzo, indica 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».

Obviamente, en la valoración del precio conjuntamente con otros criterio obtendrá la máxima puntuación la oferta con el precio más bajo que no incurra en desproporcionalidad sin que parezca correcta la opción de conceder la máxima puntuación a la oferta media entre las ofertas presentadas al ser este un criterio no legal y no aceptado por las autoridades comunitarias. La Comisión Europea ya se manifestó acerca de esta cuestión en su Dictamen 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 aproximaran a las medias aritméticas de todas las ofertas admitidas, lo que desvirtúa la noción

(15) Conclusiones del Abogado General en el Asunto 31/87: Gebroeders Beentjes – par. 27.

(16) Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 28/95, de 24 de octubre e Informe 29/98, de 11 de noviembre.

(17) La cuestión ha sido objeto de varios informes de las JCCA adoptando posiciones no siempre coincidentes. Destacamos el Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, de la JCCA de la Generalidad Valenciana, Informe 1/2000, de 8 de febrero, de la JCCA de la Comunidad de Madrid.

de «oferta económicamente más ventajosa», instando a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen.

El razonamiento de la Comisión es 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».*

No obstante, debemos recordar el carácter no vinculante del dictamen (art. 249 TCE), sin perjuicio de que los órganos de contratación se atengan a estos criterios. Sin embargo, el Informe 27/98, de 11 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, emitido, entre otras cuestiones, para dilucidar el carácter del Dictamen citado, destaca que los expedientes de infracción pueden desembocar en una demanda ante el Tribunal de Justicia Europeo 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 (18).

(18) Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de las Comunidades Autónomas se han pronunciado en la línea del Dictamen de 23/12/97 de la Comisión: a) Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia: Establece en su Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos, que *«deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas»*, b) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares: En virtud de su Informe 5/98, de 26 de junio, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, señala 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»*; c) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid: Informe 4/97, de 6 de mayo, sobre los criterios de adjudicación en los concursos, en el que concluye que *«la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas pre-*

Esta posición ha sido ratificada por el Tribunal de Cuentas al reseñar la directa incidencia de las fórmulas de valoración del precio como criterio de adjudicación del concurso en el volumen del gasto público, dado el ingente número de contratos de obras adjudicados mediante concurso que celebra la Administración. En concreto, señala que el método en el que prima la proximidad de la baja de cada oferta a la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuado a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública constitucionalizados en el art. 31.2 CE. Establece, asimismo, que *«carece de justificación no valorar las mayores bajas una vez examinada la capacidad, los medios y la solvencia de las empresas licitadoras, así como las especiales ventajas de cada oferta según los restantes criterios, con la amplitud que se considere oportuna en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato»*.

En conclusión, el precio más bajo, ya sea un único criterio o acompañe a otros, debe ser valorado de igual forma referenciando la puntuación sobre el precio más bajo. En todo caso, sería aconsejable utilizar sistemas de carácter proporcional lineales que atiendan al precio de licitación como punto de referencia determinado el umbral para considerar a una oferta en presunción de anomalía o desproporción (19).

Directamente relacionado con el precio y su forma de valorarlo se encuentra el tema de las «mejoras del precio» consistentes en una mayor ejecución de obra a la proyectada y licitada. Posibilidad que, como bien afirma la Junta Consultiva en su informe 29/98, debe ser rechazada al afectar al objeto del contrato.

La mejor oferta económica debe ser evaluada desde una perspectiva finalista y global tal y como recuerda la STJCE de 18 de octubre de 2001 (SIAC), en la que se afirma que una entidad adjudicadora que haya decidido adjudicar un contrato a la oferta económicamente más ventajosa puede adjudi-

sentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública», d) Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia: Informe 04/2003, de 27 de junio, sobre la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos

(19) Se reitera la solución incorporada por la Ley 53/99 de modificación de la anterior Ley de Contratos, que asume el criterio de las Directivas comunitarias y de los Informes de la Junta Consultiva en relación a la prohibición de exclusión automática de las ofertas presuntamente temerarias o desproporcionadas. Así, las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE sobre contratación establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas.

carlo al licitador que haya formulado la oferta cuyo coste final pueda ser el menos elevado según el dictamen profesional de un perito, siempre que se respete la igualdad de trato de los licitadores, lo cual supone que se garantice la transparencia y la objetividad del procedimiento y en particular: a) que el referido criterio de adjudicación se haya mencionado claramente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, y b) que el dictamen profesional se base, en todos los puntos esenciales, en factores objetivos considerados, con arreglo a las normas que rigen en ese campo, pertinentes y adecuados para la apreciación llevada a cabo (20).

Cuestión distinta sería incluir como criterio la valoración complementaria de la rentabilidad, definida por la Junta (Informe 28/95, de 24 de octubre) como «cociente entre beneficios, prestaciones o utilidades y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios dentro del propio pliego».

Otro criterio declarado válido por Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es el de la seguridad del abastecimiento (sentencia de 28 de marzo de 1995, *Evans Medical y Macfarlan Smith*).

Un criterio objetivo es también la calidad del producto o servicio a prestar aunque, un problema, puede ser el de su mesura por lo que habrá que estar, por ejemplo, la acreditación por organismos de normalización, etc. (21). En este contexto debe entenderse el reciente Informe núm. 59 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 12 de noviembre de 2004 al admitir la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación el mayor número de elementos personales y materiales de los exigidos como requisito de aptitud y solvencia, en cuanto supongan una mejor prestación del servicio y no se vulnere el principio de igualdad de trato.

Por lo que respecta a la admisión de variantes debe advertirse que, frente a la práctica habitual, y a fin de adecuar la norma española sólo posible cuando así se motive en el pliego de condiciones. Y así lo indicó la STJCE de 16 de octubre de 2003 (*Traunfellner*) al no admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación.

Por otra parte, no parece conforme a la Directiva la previsión que se deduce de que cuando el criterio precio aparece junto a otros criterios puede no recaer la adjudicación en el mejor postor (a diferencia de cuando es único criterio en el que el más bajo tiene mayor puntuación). Tal conclusión sería

(20) Sería deseable como práctica administrativa que, cuando figure el precio, se valoren previamente el resto de los criterios a fin de evitar que el objetivismo de la oferta económica pueda «influir» en las técnicas y forzarles a valorar de forma distinta los aspectos técnicos de las ofertas.

(21) Sobre la viabilidad de este criterio se posiciona el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/97, de 2 de marzo.

contraria a la Directiva 2004/18. Otro tanto podría suceder con el concepto de mejora, que debería ser objeto de concreción mediante su definición y finalidad y que no puede suponer una variante encubierta (22).

Llama positivamente la atención el que el LCSP pretenda objetivizar al máximo la puntuación de los criterios fomentando los de carácter matemático y estableciendo la interesante previsión de que cuando los de carácter más discrecional supongan más puntuación que los de naturaleza reglada deberán ser evaluados por un comité de expertos independientes al órgano de contratación (23). Se trata de una concreción del principio de buena administración y debe ser elogiado siempre y cuando se cumpla con las prescripciones de la STJCE de 18 de octubre de 2001 (SIAC). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada con la previsión del artículo 174.1 a) LCSP que exime esta regla cuando los entes contratantes no tienen la consideración de Administración Pública (previsión que puede amparar fugas hacia entes de esta naturaleza). La pregunta que uno se formula es: ¿por qué hay más desconfianza cuando lo hace una Administración pública que en los casos de ser personificaciones privadas?

Una cuestión importante es la relativa a como protegerse frente a las ofertas desproporcionadas. Esta posibilidad se regula —135.2 y 136 LCSP— de forma más correcta y las denomina ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas y no temerarias y para determinarla se atiende a distintos criterios y no sólo precio, reforzándose la información que se requiere al licitador en estos casos. En todo caso, a estos efectos deberá respetarse la doctrina de la STJCE 27 de noviembre de 2001 (Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni):

(22) Por lo que respecta a la admisión de variantes debe advertirse que, frente a la práctica habitual, y a fin de adecuar la norma española a las Directivas, siendo sólo posible cuando así se motive en el pliego de condiciones —131 LCSP—. Y así lo acaba de reafirmar la STJCE de 16 de octubre de 2003 (Traunfellner) al no admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación. La JCCA del Estado en Informe 31/07, de 5 de julio trata la cuestión. En este Informe se sitúa el objeto de consulta en estos claros términos: «La cuestión principal del escrito de consulta es la posibilidad de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando éste admita la presentación de variantes, diferentes presupuestos de licitación. La finalidad sería que aquellas variantes que impliquen un mayor coste que la solución de base puedan ser valoradas». Dicho órgano consultivo concluye que no se pueden establecer varios presupuestos de licitación en función de posibles diferentes variantes o mejoras. Se expresa en estos términos su conclusión: «...con excepción de aquellos supuestos en los que el presupuesto del contrato se determina como resultado del procedimiento de la licitación del contrato, no es posible establecer más de un presupuesto para justificar el mayor coste de las posibles variantes que los licitadores puedan presentar».

(23) En todo caso, estos criterios deben ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores).

«Se opone a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que permiten que la entidad adjudicadora rechace por anormalmente bajas las ofertas que suponen una baja que supera el umbral de anomalía teniendo únicamente en cuenta las justificaciones de los precios propuestos que correspondan al menos al 75 % del importe de base del contrato indicado en el anuncio de licitación, justificaciones que los licitadores estaban obligados a adjuntar a sus ofertas, sin que, después de la apertura de las pliegos, se dé a los licitadores la posibilidad de alegar su punto de vista sobre los componentes del precio propuestos que hubieran dado lugar a sospechas.

— Se opone también a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que imponen a la entidad adjudicadora la obligación de tener en cuenta exclusivamente, a efectos de verificar las ofertas anormalmente bajas, justificaciones basadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas adoptadas o en las condiciones especialmente favorables de que disfrute el licitador, con exclusión de las justificaciones relativas a todos aquellos elementos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o puedan determinarse a partir de datos oficiales.

— En cambio, siempre que se cumplan todas las exigencias que impone y no se vean afectados los objetivos que persigue la Directiva, dicha disposición no se opone, en principio, a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que, en materia de determinación y de verificación de las ofertas anormalmente bajas, por un lado, obligan a todos los licitadores, so pena de excluirlos de participar en la licitación, a acompañar sus ofertas de justificaciones de los precios propuestos que correspondan al menos al 75 % del importe de base de dicha licitación, y, por otro lado, aplican un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de todas las ofertas recibidas para la adjudicación de que se trate, de manera que los licitadores no están en condiciones de conocer dicho umbral en el momento de presentar su documentación; no obstante, la entidad adjudicadora debe poder reconsiderar el resultado al que conduzca la aplicación de este método de cálculo».

Esta técnica de fundamenta ya en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato.»

La Directiva 2004/18 en su artículo 55 contiene una previsión similar. Y la trasposición la realiza la LCSP en los art. 135.2 LCSP, que previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando «...el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados», y el art. 136 LCSP, que regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precios— o varios. En el primer supuesto se man-

tiene el sistema artículo 85 RCAP (24). En el segundo caso —varios criterios— le corresponde al pliego de cláusulas de ejecución determinar los criterios objetivos de calificación de oferta anormalmente baja (el art. 136.2 LCSP detalla que si el precio es uno de los criterios podrán marcarse «los límites» que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida).

La cuestión de declaración de oferta anormalmente baja está en relación con, entre otros aspectos, la forma de adjudicación de las licitaciones y las características de los criterios de valoración de ofertas. Si los criterios de adjudicación son muy abiertos o discrecionales, de forma que dejan a los técnicos un margen de valoración amplio, la tarea de objetivar los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja no será fácil. En todo caso, debe recordarse que la LCSP llama a la utilización preponderante de criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes (art. 134.2 LCSP). Si ese objetivo se cumple quizás la tarea de objetivar los criterios de calificación de una oferta como anormalmente baja se haga también más sencilla (25).

En todo caso, la LCSP ha decidido que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —art. 136.3 final LCSP—) pueden entenderse justificadores o no de la oferta y de sus condiciones (26).

(24) El Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004 de la JCCA del Estado, aclara la aplicación del criterio de oferta inferior en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, cuando hay más de tres licitadores. También aclara la mecánica de los cálculos aritméticos a efectuar el Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Murcia 2/2002, de 16 de junio.

(25) El Informe 5/2000, de la JCCA de Andalucía, de 20 de diciembre de 2000 afirma que en los sistemas de contratación centralizada cuando se celebra el concurso general (llamado de determinación de tipo) que dará cobertura a los contratos de aprovisionamiento, también deben aplicarse a los precios máximos ofertados, los criterios de oferta anormalmente baja respecto los precios máximos de licitación.

(26) Una novedad de la actual LCSP, sin duda acertada, es que si se adjudica el contrato a la empresa presuntamente calificada de oferta anormalmente baja desaparece en la LCSP la obligación de constitución de una garantía definitiva del 20% del importe de adjudicación que establecía la anterior LCAP.

Esta opción legislativa es imperativa para los contratos de umbral armonizado pero puede ser modulada (no lo hace la LCSP) para los de importe inferior si no tuvieran carácter transfronterizo. El TJCE, en su sentencia de 15 de mayo de 2008 —SECAP SpA— entiende que debe atenderse al interés transfronterizo del contrato y al número de ofertas. En consecuencia, esta Sentencia establece excepciones a la necesidad de audiencia tras una oferta desproporcionada en función de la cuantía del contrato (no umbral comunitario). Así, las normas fundamentales del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37 y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados. No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas (27).

Por último, una novedad importante, ligada al sistema de recursos previsto en el artículo 37 LCSP, es la introducción de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva (135 LCSP). En todo caso, el contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva (artículo 27 LCSP), aunque el acto de adjudicación que finaliza el procedimiento concurre en la adjudicación

(27) La aportación de esta sentencia está en delimitar cuáles son esos contratos que con un valor económico inferior al de los umbrales de las directivas deban respetar los principios del Tratado. El concepto que se utiliza es el de que esos contratos presenten «un interés transfronterizo cierto» (apartado 21). La presencia de un interés transfronterizo debe ser considerada por la entidad adjudicadora pero esta decisión puede someterse a control jurisdiccional (apartado 30). La Sentencia reconoce la posibilidad que una normativa establezca criterios objetivos que indiquen la existencia de un interés transfronterizo cierto y, avanza, que podrían ser «el valor relativamente elevado del contrato en cuestión conjugado con el lugar de ejecución de las obras». Aún precisa más la Sentencia afirmando que «...en determinados casos, las fronteras atraviesan aglomeraciones situadas en el territorio de Estados miembros diferentes y que, en esas circunstancias, incluso los contratos de poco valor pueden presentar un interés transfronterizo cierto» (parágrafo 31).

provisional (28). Obviamente, la notificación de la adjudicación provisional requiere motivación (a efectos de poder hacer efectivo el derecho a recurrir). Y por idénticos motivos debe motivarse la decisión de no celebrar un contrato o desistir prevista en el artículo 139 LCSP.

II. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA ADJUDICACIÓN

Un tema de especial interés es el de los criterios sociales y ambientales. Y así se refleja en la propia Exposición de Motivos de la LCSP:

«Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, ...las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un «comercio justo» con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales, a la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores.

Los criterios sociales y medioambientales, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en si misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE (29). Así

(28) Me remito a mi trabajo «El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?», *Documentación Administrativa*, núm. 274, 2006.

(29) La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, «Encore: women's clauses in public procurement under Community Law», ob. cit., pp. 624.627

nada impide, como recuerdan las dos comunicaciones citadas, que se incluyan estos criterios dado que los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinarlos siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros. Así, en el campo del medio ambiente pueden ser criterios de selección la posibilidad de exigir una experiencia determinada (en temas medioambientales), de exigir a los contratistas que actúen en el marco de un sistema de gestión medioambiental (por ejemplo, el ISO 14001, o cualquier otro justificante) (30). Y en el campo de las políticas sociales es este el momento procedimental oportuno (31). Y debe recalcarse en la conveniencia de incluirlos en los pliegos de cláusulas administrativas, pues como indica MORENO MOLINA (32), es un criterio objetivo adecuado que se sitúa entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos (33). Estos criterios sociales y ambientales no restringen la competencia sino que suponen una adecuada regulación de la misma, optando por primar a las legislaciones más avanzadas en la aplicación de dichas políticas públicas —y las empresas que las cumplen— frente a legislaciones de otros Estados indiferentes a estas materias. La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en esta fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables. Pero conviene analizar su adecuación como criterio objetivo en la oferta económicamente más ventajosa.

Así, en relación a la posibilidad de incluir criterios que integren aspectos sociales, cabría admitirla cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del con-

(30) Al fin y al cabo, como bien afirma B.F. MACERA, el respeto al medio ambiente es «el límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de empresa. *El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación pasiva del Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 102.

(31) Así lo entiende también BLÁZQUEZ RONMAN, A., y RAMÍREZ HORTELANO, P., « Las cláusulas sociales en la contratación administrativa », *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pp. 39-48

(32) MORENO MOLINA, *Nuevo régimen*, ob. Cit., p. 322. Igualmente, VERNIA TRILLO, S., « La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública », *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 20, 2002, pp. 441-453.

(33) Por el contrario, una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea —como cláusulas sociales o medioambientales— es sostenida por ARROWSMITH, S., «The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach», *European Law Review*, vol 21, núm 1 de 2002, pp. 11-13.

trato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001) (34). Criterio del que participan tanto el Consejo de Estado (Dictamen 4468/1998, 22 diciembre) como el Consejo Económico y Social (Dictamen nº 5 de 27 de mayo) al entender que los criterios a valorar en un concurso «no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que han de venir integrados en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos». La STJCE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/Francia) considera que la inclusión de una cláusula relativa al empleo, relacionada con la lucha contra el desempleo, no es por sí, contraria a Derecho Comunitario: «(las Directivas) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, apartado 29).

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de condición.»

Así pues, puede concluirse en la legalidad de la inclusión de los aspectos sociales en la adjudicación, siempre que guarden relación con la presta-

(34) En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina vid. MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», Noticias Unión Europea núm. 198, 2001, pp. 68.

ción demandada y no relación con una mejor solvencia. Por ello, cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestrabilidad laboral, deficitalmente se puede justificar su relación con la prestación demandada, siendo más propio de necesaria valoración en la fase de solvencia de los contratistas (35).

La Disposición Adicional Sexta LCSP fija una preferencia en la adjudicación, en situación de empate entre empresas respecto la oferta más ventajosa económicamente, a favor de empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento; empresas dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social; entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. El apartado 4 de la disposición referida también establece una preferencia de adjudicación en situación de empate, a favor de las Organizaciones de Comercio Justo que ofrezcan productos en los que exista esta alternativa. Previsiones de dudosa eficacia práctica, al limitar o condicionar su aplicación a una «difícil» situación de empate.

La Disposición Adicional Séptima «Contratos reservados» prevé una licitación con participación restringida a Centros Especiales de Empleo o una ejecución restringida en el marco de empleo protegido.

En este contexto, el artículo 134 LCSP, «Criterios de valoración de las ofertas», establece que para la valoración de las ofertas y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto el contrato, indicando diversos y entre ellos, las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenecan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. De ahí la dificultad de encontrar algún criterio social que se pueda valorar en fase de adjudicación.

Por lo que se refiere a los criterio medioambientales el artículo 13 LCSP establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como... las características

(35) Por ello la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 5/2002, de 13 de junio entiende que la estabilidad en el empleo no puede ser criterio de concurso, pudiendo ser causa de selección y exclusión de contratistas. Sobre la dificultad de valorar criterios sociales en el concurso se pronuncian también BLÁZQUEZ RONMAN, A., y RAMÍREZ HORTELANO, P., ob.cit., pp. 45-48. Esto explica la posición de la Comisión frente a la opción de la Comunidad de Madrid de valorar los criterios sociales en el concurso, ya que a juicio de aquella son criterios de índole subjetiva que no guardan relación con la prestación concreta.

medioambientales... el apartado 3, letra h) de dicho artículo añade que deberán adjudicarse mediante la aplicación de varios criterios de adjudicación aquellos ...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. Los aspectos medioambientales se mencionan explícitamente en la Directiva 2004/18 de contratos públicos (36). En consecuencia, el artículo sobre los criterios de adjudicación debe interpretarse de modo que los aspectos medioambientales resulten en la definición de criterios de adjudicación específicos. Que un producto «sea» respetuoso con la naturaleza sin más precisiones no es, en cuanto tal, cuantificable y no aporta necesariamente una ventaja económica para los poderes adjudicadores. No obstante, éstos pueden tener en cuenta el carácter «respetuoso con el medio ambiente» de los productos o servicios (por ejemplo, el consumo de recursos naturales), «traduciendo» tal objetivo medioambiental a criterios concretos, relacionados con el producto y cuantificables desde el punto de vista económico, por ejemplo, exigiendo una determinada tasa de consumo de electricidad (37). En la mayor parte de los casos, este tipo de criterios se refiere a la calidad o eficacia del producto o de la ejecución de obras o prestación de servicios (es decir, la calidad o mérito técnico que se mencionan entre los criterios de adjudicación). Por lo tanto, los aspectos medioambientales relacionados con un producto o servicio estarán en pie de igualdad de las características funcionales y estéticas, que son criterios que se enumeran explícitamente en las directivas de contratos públicos, a la hora de medir el valor económico.

Los elementos medioambientales pueden servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa, en aquellos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación (38). Pero, insistimos, deberán estar relacio-

(36) Debe advertirse que en las propuestas de modificación de las Directivas de contratación pública, que la Comisión adoptó el 10 de mayo del 2000, las características medioambientales se relacionaban explícitamente entre los criterios que podrían servir para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

(37) Pueden utilizarse los criterios de la etiqueta ecológica para determinar la oferta económicamente más ventajosa cuando reúnan las condiciones que lo relacionen directamente con el objeto del contrato

(38) La Comisión señala a este respecto que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir el objeto del contrato y de integrar en esta fase de la licitación sus preferencias medioambientales relacionadas con posibles ventajas económicas indirectas, incluso recurriendo a la utiliza-

nados —aun de forma indirecta— con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista, pues ese aspecto se debe valorar en el procedimiento restringido (39).

La validez de este criterio fué confirmada por la STJCE de 17 de septiembre de 2002, (Asunto Concordia), al afirmar que son admisibles las consideraciones medioambientales (40). En esta importante Sentencia, en la que se analizaba la validez incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica) (41) se afirma que «1) El artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del

ción de variantes (p. Ej: Posibilidad de tener en cuenta los costes originados durante el ciclo vital de los productos; Posibilidad de tener en cuenta las externalidades —que son los daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado-; requisitos de protección o rendimiento medioambiental).

(39) Ese es, por lo demás, insistimos, el defecto del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de dicha Comunidad para apoyar la estabilidad y calidad del empleo.

(40) Un interesante comentario a esta Sentencia es efectuado por MARTÍNEZ PALLARÉS «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales», en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 161-171.

(41) Un licitador podía obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios. Así, tales puntos se asignaban, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+3,5 puntos/autobús) y, por otra parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+1 punto/autobús).

medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados.» Asimismo, y este dato es de gran relevancia, el Tribunal ha asumido el criterio esgrimido por el Abogado General Sr. Jean Mischo, ha considerado que el que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económica «indirecta» con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y al cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad.

En esta misma línea se ha posicionado la STJCE de 4 de diciembre de 2004 (EVN AG), al afirmar «La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue» (42).

En resumen, no sólo es posible, sino conveniente, valorar los aspectos medioambientales en al contratación pública con los requisitos ya expuestos (43). En este sentido, y a modo de ejemplo, resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña 4/2003, de 29

(42) En todo caso, como bien advierte el TJCE, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que: — no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, — exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sobre este tema vid. J. A. RAZQUIN, «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno», Revista Jurídica de Navarra núm. 37, 2004, pp. 218-219.

(43) Sobre esta cuestión vid J.F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medio ambiental», REALA núm. 291, 2003, pp. 705-730.

de abril, sobre incorporación de criterios medioambientales en la contratación administrativa, así como el Informe 1/2006, de 14 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre «Buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas».

Cuestión directamente realizada con criterios de selección es la posibilidad de que los criterios sociales y medioambientales puedan incluirse como cláusulas contractuales (pormenorizadas) sobre las modalidades de ejecución del contrato, comp reviene 102 LCSP. Como las cláusulas contractuales se refieren exclusivamente a la ejecución del contrato, deben evitarse las que sean especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos. Esto significa que todos los candidatos deben poder cumplir dichas cláusulas para que se les adjudique el contrato. Por razones de transparencia deberían anunciarse por anticipado a todos los candidatos (las directivas de contratación pública no contemplan las cláusulas contractuales, que sin embargo deben cumplir las normas y principios generales del Tratado, en particular las relativas al de no-discriminación).

Los poderes adjudicadores disponen de un amplio margen de maniobra para establecer cláusulas contractuales que tengan por objeto la protección del medio ambiente. A continuación, se citan una serie de ejemplos, recogidos por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre medioambiente ya citada, de condiciones concretas suplementarias, relacionadas con los resultados o la ejecución del contrato y que en última instancia cumplen una serie de objetivos medioambientales de carácter general, que son suficientemente concretas, cumplen los principios del Derecho comunitario y son conformes con las directivas:

- entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades
- recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados
- suministro de bienes en recipientes reutilizables
- recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto o después
- transporte y entrega donde tenga lugar la utilización de los productos químicos (por ejemplo, productos de limpieza) concentrados y diluidos.

El problema principal que plantea esta práctica —que, por cierto, aconseja la Junta Consultiva de Contratación Administrativa— es que se difiere a un momento posterior a la valoración dichos criterios, con lo que pueden no tener la misma eficacia. Además, puede plantear problemas prácticos en los casos de incumplimiento de dichas cláusulas contractuales lo que obligaría a

una resolución —con el consiguiente perjuicio al interés general— o a que se ejecute sin cumplir dichos criterios, con lo que el fin perseguido no se cumpliría. Entiendo por tanto que esta posibilidad debe ser analizada con precaución y que, lo más conveniente, a fin de dotar de eficacia real a los objetivos sociales y medioambientales en la contratación es que éstos se incorporen al procedimiento de adjudicación o al criterio de selección. En todo caso, de optarse por esta posibilidad deberían preverse penalidades contractuales muy severas que «disuadan» al licitador de su incumplimiento. Y, en todo caso, el cumplimiento debería considerarse de carácter esencial (como acertadamente posibilita el artículo 102 LCSP).

El pliego de condiciones de ejecución del contrato decidirá si algún criterio es esencial y si por debajo de cierta puntuación se excluye la oferta (44). En cualquier caso, el ente contratante puede desestimar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen debidamente la prestación del objeto contractual en las condiciones precisas, siendo posible, siempre que se garantice la igualdad de trato de los licitadores, permitir que éstos puedan mejorar sus proposiciones una vez abiertas las plicas del concurso (STS 27 de noviembre de 2001, Arz. 167 de 2002). Y una práctica aconsejable, desde la perspectiva del principio de buena administración, sería la de diferir al último momento procedimental la apertura de la oferta económica (reglada), con el fin de generar una mayor confianza del sistema y, por ende, una mayor concurrencia. Y así se prevé ahora de forma expresa en el artículo 134. 2 in fine LCSP.

III. ADJUDICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Los entes contratantes, valorados los criterios objetivos, finalizan el procedimiento a través de la adjudicación. La LCSP incorpora una novedad importante al distinguir entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, perfeccionándose el contrato con ésta última (art. 27 LCSP). El art. 135 LCSP regula la adjudicación provisional del contrato —que encuentra explicación en la regulación de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica las Directivas 89/665/CEE (y 92/13/CEE), en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos—, implantando un período de suspensión temporal previo a la adjudicación definitiva de los contratos a los

(44) Obviamente, la determinación de este umbral mínimo debe hacerse con gran prudencia pues podría legitimar indirectamente un posterior procedimiento negociado si ninguna de las ofertas fuera admitida.

efectos de posibilitar la interposición de los recursos legales por aquellos que invoquen un derecho (45). Con todo la regulación que ofrece la LCSP incurre, a nuestro juicio, en cierta «oscuridad» en lo relativo a los efectos jurídicos de las dos fases de adjudicación de los contratos. Y es que esta distinción tiene su explicación desde la óptica del sistema de recursos previsto por el artículo 37 LCSP. Así, de regulación de los artículos 37 y 135 LCSP se deduce que la adjudicación provisional es el acto declarativo de derechos que será objeto de fiscalización y que la elevación a definitiva tiene únicamente por objeto el cumplimiento de una de las características propias de los recursos de la Directiva, es decir, que no comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso (46).

De modo que si bien la adjudicación definitiva que confirma la provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición o directamente de recurso contencioso administrativo, según las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos; atendiendo a esta peculiar configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resulta inadmisibles el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28 de la LJCA. Así:

a) en el supuesto de no haberse recurrido la adjudicación provisional, no cabe duda de que la adjudicación definitiva, reproducción de aquella no es sino «un acto confirmatorio de otro anterior consentido y firme» (en términos del artículo 28 LJCA), y por lo tanto, no susceptible de recurso.

b) en el supuesto de haberse recurrido la adjudicación provisional, la inadmisión del recurso responde al hecho de no ser la adjudicación definitiva sino un acto reproducción de otro anterior definitivo y firme.

De la regulación de la LCSP se puede concluir que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva sin que proceda ya ningún recurso contra ésta en este aspecto, dado que la adjudicación definitiva se presenta, desde la perspectiva de la adjudicación, como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008,

(45) El art. 135.3 LCSP manifiesta que en los procedimientos negociados y de diálogo competitivo la adjudicación provisional define los términos del contrato.

(46) Vid. Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. De manera que contra el acto de adjudicación definitiva es inadmisible recurso alguno por cuando el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

Por ello, el artículo 135.3 LCSP establece que la adjudicación provisional se acuerda por el órgano de contratación en resolución motivada justificada por la obligación recogida en el artículo 54.2 LAP. Motivación en la que se deberían incluir las puntuaciones obtenidas por todas las empresas admitidas al procedimiento, esto es, tanto la puntuación total como la puntuación obtenida en cada criterio objetivo aplicado (47).

Obviamente, no se trata que el acto de adjudicación provisional esté motivado intrínsecamente sino que dicha motivación se contenga en la propia resolución y sea comunicada a los interesados para que éstos puedan informarse de las razones que han determinado la selección de la oferta más ventajosa económicamente y ejercer los derechos de recurso que convengan. Todo ello al margen del derecho de cada licitador excluido a solicitar un informe específico que deberá expedir el órgano de contratación justificando ahora especialmente ante la solicitud de un licitador concreto las razones de la adjudicación ya definitiva (art. 137.2 LCSP). El plazo de remisión será de cinco días hábiles (art. 135.3 LCSP).

Obviamente, los entes contratantes tienen un plazo máximo para dictar esta adjudicación provisional. El artículo 145.1 LCSP establece que, cuando el criterio de adjudicación sea uno, el precio, la adjudicación provisional deberá dictarse en el plazo máximo de 15 días desde la apertura de las proposiciones. El apartado 2 establece que si son varios los criterios, el plazo a contar desde la apertura será de dos meses, si bien este plazo de dos meses podría ser aumentado por el pliego de cláusulas administrativas. Si se requiere solicitar información a un o unos licitadores en situación de presunta oferta

(47) Vid. la Recomendación 4/2005, de 12 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, apartado IV.

anormalmente baja, el plazo de adjudicación provisional podrá ampliarse en 15 días más (48).

La adjudicación provisional, lógicamente, se notifica a los licitadores o candidatos. Pero además la LCSP establece la obligación de su publicación en los respectivos perfiles contratantes (art. 42 LCSP). Efectuada esta adjudicación provisional —insistimos en la necesidad de su publicación en el perfil contratante— en el plazo de 15 días la empresa adjudicataria deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones (tributarias, Seguridad Social) así como los documentos acreditativos de poseer los medios a adscribir a la adjudicación del contrato, si fuere el caso y constituirá también la garantía definitiva, si fue requerida en el pliego (art. 135.4 LCSP).

No puede llevarse a cabo la adjudicación definitiva (perfección del contrato) hasta que hayan transcurrido 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique en el perfil del contratante o en un diario oficial, si bien las Comunidades Autónomas podrían normar un plazo superior en todo caso no superior a un mes (art. 135.4 LCSP). Durante este plazo la empresa adjudicataria llevará a cabo una serie de trámites para acreditar determinados requisitos necesarios para producir la adjudicación definitiva, pero el plazo de 15 días no es sólo un plazo concedido para la realización de dichos trámites, sino principalmente un tiempo de espera para que el resto de licitadores pueda ejercitar efectivamente sus derechos de recurso frente a la adjudicación provisional. El plazo de 15 días hábiles, por tanto, no podrá reducirse en función de la agilidad de la empresa propuesta adjudicataria en el cumplimiento de los trámites a realizar. (Recuérdese que el plazo se reduce a 10 días cuando el expediente ha sido declarado de tramitación urgente [art. 96.2.b) LCSP].)

Transcurrido el plazo de 15 días hábiles, dentro de los 10 días hábiles siguientes (las CCAA pueden elevar este plazo hasta un mes si así lo establecen normativamente), habiendo cumplido la empresa adjudicataria todas su obligaciones y sin causa legal en contra (recuérdese que la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación provisional, previsto en el art. 37 LCSP, paraliza el expediente sin que pueda procederse a la adjudicación definitiva), se elevará a definitiva la adjudicación (art. 135.4 LCSP) perfeccionándose el contrato.

Obviamente, tras la adjudicación comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado. Al respecto, la LCSP adolece de

(48) El incumplimiento de estos plazos otorgará el derecho de los licitadores a retirar sus propuestas.

intentar corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas (49). Especialmente significativas son las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 LCSP, que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y es que la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurran los requisitos habilitante, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del 202.2 LCSP se presenta como principal «límite» a modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación).

En cuanto a los supuestos en que estamos en presencia de una nueva adjudicación debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (*presstext Nachrichtenagentur GmbH*) ha declarado que esto no sucede cuando:

«El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado

(49) Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., p. 159.

en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular».

Sí que existirá sin embargo una nueva adjudicación, cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido del Derecho comunitario cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la STJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46). La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.