

Nº 17
Primer trimestre 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 17
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 17. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN (I): BUENA ADMINISTRACIÓN Y COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN D. José Ignacio Herce Maza	15
--	----

LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LOS MECANISMOS DE INTERVENCIÓN SOBRE LOS EMISORES ACÚSTICOS D ^a . María Zaballos Zurilla	72
---	----

LA EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS D. José Losa Capó.....	102
---	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACION CENTROAMERICANA D. Karlos Navarro	141
---	-----

COMENTARIO DE SENTENCIAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 55/2018, DE 24 DE MAYO, SOBRE LA LEY 39/2015, DE 1 DE	
--	--

OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
COMÚN (BOE NÚMERO 151, DE 22-06-2018).

D. Alejandro Álvarez Sánchez-Escalonilla 186

RECENSIONES- NOTICIAS DE ACTUALIDAD

CONCLUSIONES DEL VIII CONGRESO INTERNACIONAL
DE CONTRATACIÓN CUENCA 2019

D. Javier Miranzo Díaz.....213

BASES DE PUBLICACIÓN221

EDITORIAL

Los pasados días 11 y 12 de abril, se celebraron en la Escuela de Administración Regional las jornadas de Gabilex bajo el título: "Balance de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Veinte años después".

El contenido de la jornada fue de un altísimo nivel intelectual y de un gran conocimiento de la cuestión por parte de los ponentes, reuniendo además unas características singulares. Las mismas se basaron en la conjunción de ponentes del mundo judicial, con D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, Magistrado del Tribunal Supremo y Vocal del CGPJ, D. Santiago Soldevila Frago, Magistrado Sala Contencioso de la Audiencia Nacional, D. Pablo Álvarez López, Magistrado del Juzgado de lo contencioso nº 1 de Madrid, D. Pedro Escribano Testaut, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, D^a Eulalia Martínez Lopez, Presidenta de la Sección Primera de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha; del ámbito académico con D^a M^a Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y D. Isaac Martín Delgado, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director

del Centro de Estudios Europeos; y de la abogacía, con D. Angel Cervantes Martín, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo.

Se aunaron, así, perspectivas diversas y complementarias, con reflexiones desde el Derecho de la Unión Europea, el Derecho procesal, o el Derecho administrativo.

Con esos antecedentes, la jornada vino marcada por una preocupación compartida como es el derecho a la buena administración de justicia. En relación con esto último, D^a Eulalia manifestó que se trata, como es bien sabido, de una aspiración antigua. El 28 de septiembre de 1789, pocos años después de la independencia norteamericana y el mismo año de la revolución francesa, George Washington escribía en una carta al Attorney General de los EEUU sobre la relevancia de una buena administración de justicia, frase que ha acabado escrita en granito en la fachada del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York.

D. Wenceslao apuntó cuestiones de calado como es la impugnación de planes de urbanismo por cuestiones procedimentales (y las cuestiones vinculadas de su naturaleza jurídica y de la teoría de las nulidades) o por ejemplo, el control judicial del indulto.

Uno de los debates más apasionados tuvo lugar con la ejecución de sentencias y la mediación en el ámbito de la jurisdicción contenciosa. Varios ponentes dieron su opinión sobre esta técnica de

solución de conflictos, mostrando las luces y sombras que la misma puede llevar aparejada.

De igual modo se debatieron los problemas detectados en la aplicación de la ley y los posibles modos de solucionar en el futuro éstos (así, por ejemplo, el modo de realización en la práctica de las pruebas periciales, las dificultades concretas en el funcionamiento del procedimiento abreviado o las costas, por ejemplo).

El broche de la jornada corrió a cargo del Decano del Colegio de Abogados, que trató la legitimación procesal del denunciante en los procedimientos administrativos sancionadores para impugnar en vía jurisdiccional contenciosa las resoluciones administrativas a la luz de la reciente STS 68/2019, de 28 de enero.

Desde el Consejo de Redacción queremos agradecer a todos los asistentes, especialmente a aquellos compañeros que vinieron desde distintos lugares de la geografía española para acompañarnos en estas jornadas de reflexión y debate.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

“LA EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS”

**“THE EVOLUTION OF AWARD CRITERIA OF
CONTRACTS”**

José Losa Capó

Letrado en el Consell Insular de Formentera. Técnico de
Administración General de Contratación en el
Ayuntamiento de Andratx –Islas Baleares-.

RESUMEN

El presente Trabajo realiza un análisis de la evolución de los criterios de adjudicación en los contratos públicos, para ello se realiza un recorrido y comparación entre la normativa europea y la normativa nacional, dando inicio el análisis con las Directivas de primera generación y culminando con las Directivas actuales, denominadas de cuarta generación.

La evolución normativa de los criterios de adjudicación permite comprobar el desajuste existente entre la normativa nacional y su problemática para su adaptación a la normativa europea en plazo, por ello, como bien se analiza en el trabajo, son varias las ocasiones en las que España ha sido condenada por realizar una transposición extemporánea de la Directivas europeas, así como por su propia vulneración.

La jurisprudencia ha ido introduciendo los criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de la contratación pública, entre otras con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “Gebroeders Beentjes BV contra Países Bajos” y “Comisión contra Francia”.

Finalmente, a modo de conclusión cabe indicar que todas las modificaciones normativas recientes serán infructuosas si su cumplimiento es difícil o imposible por la falta de medios de muchas Administraciones Públicas, especialmente de aquellas que cuentan con menos recursos.

ABSTRACT

The present Work realises an analysis of the evolution of award criteria in contracts public, for it is realised a route and comparison between the European norm and the national norm, giving to beginning the analysis with the Directives of first generation and culminating with the present Directives, denominated of fourth generation.

The normative evolution of award criteria allows to verify the existing misalignment between the national norm and their problematic one for their adaptation to the European norm in term, for this reason, as it is analysed well in the work, is several the occasions in which Spain has been the condemned to realise an untimely transposition of the European Directives, as well as by their own infringement.

The jurisprudence has been introducing the social and environmental criteria like award criteria of the public hiring, among others with the sentences of the Court of Justice of the European Union “Gebroeders

Beentjes VB against the Netherlands” and “Commission against France”.

Finally, as a conclusion it is possible to indicate that all the recent normative modifications will be unfruitful if its fulfilment is difficult or impossible by the lack of means of many Public Administrations, especially of which count on less resources.

PALABRAS CLAVE

Directivas, contratos, transposición, criterios de adjudicación, no discriminación, recursos.

KEY WORDS

Directives, contracts, transposition, criteria of awarding, non-discrimination, resources

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN

1-. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

- A) Directivas de primera generación
- B) Directivas de segunda generación
- C) Directivas de tercera generación

III. LA NORMATIVA ESPAÑOLA DESDE LA LEY DE 1965 HASTA EL TRLCSP DE 2011

1-. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

- A) La Ley de Contratos del Estado de 1965
- B) La Ley de Contratos de 1986
- C) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995
- D) La Ley de Contratos del Sector Público de 2007
- E) El Real Decreto Legislativo de 2011

IV-. LA NORMATIVA COMUNITARIA Y NACIONAL EN LA ACTUALIDAD

1-. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LA NORMATIVA ACTUAL

- A) Las Directivas de cuarta generación
- B) La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

V-. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA

1. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

VI-. CONCLUSIONES

VII-. BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Realizar un recorrido por la normativa comunitaria y nacional nos permitirá conocer cómo ha ido evolucionando, inicialmente siguiendo caminos opuestos y pudiendo observar cómo tras la entrada de España en la Unión Europea la normativa española ha ido evolucionando, no sin trabas, pues el país ha sido objeto de diversas condenas por una errónea transposición de las Directivas y por mantener vigentes preceptos que eran contrarios a las mismas.

Los criterios de adjudicación de los contratos públicos que inicialmente se fundamentaban casi exclusivamente en las ofertas más económicas (precio más bajo) y en otros criterios relacionados con criterios técnicos, han ido avanzando gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fortaleciendo los principios fundamentales de la contratación pública e introduciendo criterios medioambientales, sociales y laborales en aplicación del Tratado¹, el cual fija entre los objetivos de la UE la protección del medio ambiente² y la lucha contra la exclusión social, con ello se pretende proteger y mejorar el medio ambiente, contribuir al progreso social de todos los ciudadanos combatiendo las desigualdades, favoreciendo a aquellas personas con mayores dificultades.

El objetivo del presente trabajo es además de, como ya se ha indicado, poder contemplar la evolución de los criterios de adjudicación y la importancia de la jurisprudencia, comprobar la grandes dificultades para la introducción efectiva de todos los cambios normativos, y a pesar de ello, una vez que con las últimas Directivas y la nueva Ley de Contratos se ha reforzado la posición de

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

² En el mismo sentido el artículo 45 de la Constitución

los criterios medioambientales, sociales y laborales. Hecho diferente será poder comprobar su cumplimiento, con unas Administraciones en muchas ocasiones son reacias a ciertos cambios y en otras, especialmente en aquellas entidades menores, no cuentan con los medios suficientes para poder comprobar la correcta ejecución de los contratos.

II-. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN

1-. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

Los criterios de adjudicación de los contratos del sector públicos se introdujeron por primera vez en las Directivas de los años 70, las conocidas como Directivas de primera generación, continuando con las conocidas como directivas de segunda generación que se aprueban en los 90 y en la cuales se amplía el ámbito de aplicación, no afectando únicamente a los contratos de obras y suministros, como sucedía con la primera generación. Por su parte, las Directivas del año 2004, conocidas como de tercera generación, con un triple objetivo: modernizar, simplificar y flexibilizar el marco jurídico, haciendo referencia por primera vez a los procedimientos electrónicos de contratación.

A) Directivas de primera generación

Las llamadas Directivas de primera generación la forman la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, siendo

la primera regulación que se realizaba en el seno de la Comunidad Europea para intentar homogeneizar los procedimientos de los Estados miembro que formaban parte de la CEE, con ello se pretendía prohibir la discriminación fomentando la participación. Como podemos ver, éstas directivas únicamente hacían referencia a los contratos de obras y de suministros, dejando sin regulación otros sectores sumamente importantes, que sí se encuentran regulados en las actuales Directivas.

Así, el considerando tercero de la Directiva 71/305/CEE, señala que la coordinación debería efectuarse en base a los siguientes principios: *"prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos, elaboración de un procedimiento que permita velar en común por el cumplimiento de dichos principios"*.

En idéntico sentido se pronuncia la Directiva 77/62/CEE, cuando en el considerando cuarto indica: *"Considerando que en materia de contratos públicos de obra la coordinación se ha realizado con arreglo a ciertos principios relativos a la prohibición de las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, a la publicidad comunitaria de los contratos, al establecimiento de criterios objetivos de participación y al establecimiento de un procedimiento que permita su control por parte de todos los estados miembros; que es necesario extender este método y esos principios a los contratos públicos de suministro, mediante una ordenación que contempla la naturaleza específica de los contratos en cuestión;"*. "

Haciendo ya referencia a los criterios de adjudicación de los contratos, el artículo 29 de la Directiva³, señala que los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos se basarán, o bien únicamente en el precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se realiza a la oferta económicamente más ventajosa a distintos criterios que pueden variar según el contrato al que se refiera, por ejemplo, el plazo de ejecución, la rentabilidad, el valor técnico, etc., debiendo constar todos los criterios que se vayan a tener en cuenta en los pliegos de condiciones o en los anuncios de los contratos, realizándose dicha relación e criterios, a ser posible, en orden decreciente. En idéntico sentido, hace referencia el artículo 25 de la directiva de suministro a los criterios de adjudicación.

B) Directivas de segunda generación

La segunda generación de Directivas relacionadas con la contratación pública vienen derivadas del Libro Blanco sobre la realización del mercado interior, en el cual se establecía un calendario y un programa para ejecutar la liberalización del mercado de los contratos públicos, iniciándose con la reforma de las dos Directivas vigentes en materia de Contratación, los contratos de obras y de suministros, y ampliando su ámbito a otras materias no reguladas dentro de las Directivas de primera generación.

Estas segundas Directivas, están formadas por 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, Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de

³ Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 93/38/CEE⁴ del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

La Directiva sobre los contratos de servicios realiza en uno de sus considerandos una mención clave que justifica la apertura de la contratación pública, vinculado con el Tratado cuando indica: "*Considerando que para eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros, en particular, es necesario mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos;*", añadiendo en un considerando posterior que las normas de adjudicación de los contratos públicos de servicios deben ser lo más parecidas posible a los contratos de suministros y obras. Por otro lado, se fija un umbral bajo el cual no será de aplicación la Directiva, y se pretende homogeneizar, así como que el cálculo del valor del contrato, la publicación y el método de adaptación de los umbrales debe ser el mismo que en las demás Directivas CEE sobre adjudicación de contratos.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, se mantienen idénticos criterios a los especificados en las Directivas de primera generación, es decir, precio más

⁴ Modificando Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

bajo, o bien, oferta económicamente más ventajosa con diversos criterios a tener en cuenta, con la publicación previa de los mismos antes de su valoración.

C) Directivas de tercera generación

Las Directivas de tercera generación fueron aprobadas en 2004, realizando una fusión de las Directivas de obras, suministros y servicios en una sola, concretamente en 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, así como la aprobación de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

La Directiva 2014/18 hace referencia en su considerando primero que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, clarificando las posibilidades que están al alcance de los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando estos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen una libertad de elección limitada y respeten los principios fundamentales, como son la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y la libre prestación de servicio, así como los principios que de dichas 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.

Por lo tanto, es en estas directivas donde se introducen por primera vez los criterios de adjudicación medioambientales y sociales, derivados de la jurisprudencia del TJUE, y siempre que se cumplan una serie de condiciones que posteriormente serán desarrolladas en el transcurso de este trabajo.

Así mismo, en el considerando quinto se justifica, además de la ya indicada aplicación de la jurisprudencia, la introducción de los criterios medioambientales con el Tratado cuando indica "*Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.*"

La introducción en dicha Directiva de la referencia al medio ambiente deriva de los diferentes estudios realizados por la Comisión, entre otros la comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública⁵, en cuya introducción se advierte que "*Las directivas de contratación pública carecen de referencia explícita a la protección del medio ambiente, las cuestiones relacionadas con este u otros aspectos básicos del mercado interior, circunstancia que no es*

⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, adoptado por la Comisión el 4.7.2001 COM (2001) 274 final.

sorprendente si se tiene en cuenta la época en que se adoptaron.

Desde entonces, las actuaciones en materia de medio ambiente se han incrementado por iniciativa de la Comunidad y los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam ha consolidado el principio de integración de las exigencias medioambientales en otras políticas, reconociendo que dicho principio es fundamental para un desarrollo sostenible".

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, se encuentran regulados en el artículo 53 de la directiva 2004/18, basándose en el precio más bajo o en la oferta económica más ventajosa. Ahora bien, además de la introducción de criterios medioambientales y sociales, el considerando 46 hace referencia a los principios que deben respetar los criterios: *"La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.*

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, conviene establecer la obligación – consagrada por la jurisprudencia— de asegurar la transparencia necesaria para que cualquier licitador pueda informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Corresponde pues a los poderes adjudicadores indicar los criterios de adjudicación, así

como la ponderación relativa atribuida a cada uno de dichos criterios, e indicarlo con antelación suficiente a fin de que los licitadores tengan conocimiento de ello para realizar sus ofertas. Los poderes adjudicadores podrán prescindir de indicar la ponderación de los criterios de adjudicación en casos debidamente justificados, que deben poder motivar, cuando esa ponderación no pueda establecerse previamente, debido, en particular, a la complejidad del contrato. En esos casos deben indicar los criterios por orden de importancia decreciente.

Cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta.

A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a

necesidades –definidas en las especificaciones del contrato– propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”.

Por ello, a partir de ésta Directiva ya se introducen criterios que van destinados a satisfacer directamente las necesidades de los ciudadanos, como son la protección el medio ambiente y aspectos sociales con la población más desfavorecida, si bien, dichos criterios son potestativos.

III. LA NORMATIVA ESPAÑOLA DESDE LA LEY DE 1965 HASTA EL TRLCSP DE 2011

1-. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA ⁶

En primer lugar cabe recordar que la entrada de España en la entonces llamada comunidad económica europea no tuvo lugar hasta el año 1986, por lo tanto no hubo influencia, al menos directa, de las Directivas de primera generación. Por ello, en aras de observar la evolución paralela seguida entre las Directivas europeas y la normativa española se iniciará el estudio en la Ley de 1965, si bien, no es hasta la entrada de España en la hoy llamada Unión Europea y con la aprobación de la Ley del

⁶ DE LA MORENA LÓPEZ, J. “Evolución histórica de la contratación pública en España”. 4 de junio de 2012. Consultado en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relcategoria.121/relmenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075>

año 1986, cuando la normativa nacional inicia su adaptación a la normativa comunitaria.

A) La Ley de Contratos del Estado de 1965

Mediante el Decreto 923/1965, de 8 de abril, se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado⁷, cuyo artículo 8 indicaba que los contratos, salvo las excepciones establecidas, *"se celebrarán bajo los principios de publicidad y concurrencia"*, si bien, dicha normativa dejaba muchas puertas abiertas, a través de la contratación directa, a excepciones no detalladas para evitar la concurrencia, o bien, aduciendo motivos de seguridad o la especialidad de los trabajos, afirmando incluso *"que por circunstancias excepcionales, que habrá de justificarse en el expediente, no convenga promoverla"*. No consta mención alguna a los criterios de adjudicación de los contratos, únicamente el artículo 36, relativo al concurso, señala: *"La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso"*.

A pesar de la publicidad anunciada en el artículo 8, se trataba de una Ley ciertamente opaca y que en todo caso otorgaba a la Administración la prerrogativa de decidir sobre la oferta "más ventajosa" sin unos criterios previamente recogidos en la normativa, más allá de la remisión al "mejor postor" del artículo 31 de la Ley, relativo a la subasta, sin que a diferencia de las Directivas de primera generación haya una diferenciación entre oferta más barata y oferta económicamente más ventajosa, con una serie de

⁷ Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 23 de abril de 1965.

criterios, más o menos determinados, además del económico, que pudieran ser objeto de valoración.

Dicha Ley fue modificada en 1973⁸, introduciendo por primera vez en la exposición de motivos una referencia al Derecho comunitario, fijando el concurso-subasta como la forma general de adjudicación.

B) La Ley de Contratos de 1986

Con la entrada de España en la CEE, se produjo la modificación de la Ley de Contratos del Estado de 1965, mediante la aprobación del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la ley de contratos del Estado para adaptarse a las directivas de la comunidad Económica Europea, si bien, dicha adaptación resultó ciertamente escasa, siguiendo prácticamente los mismos tipos de procedimientos existentes en la Ley de 1965 (modificada en 1973).

La principal modificación introducida fue la obligación de publicar el anuncio de licitación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas cuando el valor estimado del contrato superara el umbral determinado. Así mismo, hemos de tener en cuenta que cuando se llevó a cabo la modificación de la Ley de Contratos, con la entrada en vigor del RDL 931/1986, únicamente estaban vigentes

⁸ Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado.

las Directivas relativas a los contratos de obras⁹ y suministros¹⁰.

El artículo 28 hace referencia las formas de adjudicación, siendo estas la subasta (proposición económica más ventajosa), el concurso (oferta más ventajosa sin atender exclusivamente al dinero) y la contratación directa, fijando la subasta como la forma normal de adjudicación.

A pesar de la aprobación del RDL 931/1986, no se realizó correctamente la transposición de las Directivas, entre otros motivos, se seguía permitiendo la adjudicación directa de los contratos en supuestos no contemplados en la normativa europea, hechos que motivaron la condena de España por falta de publicidad de la contratación, por ejemplo en el asunto C-24/91¹¹, relativa a la adjudicación directa de unas obras.

C) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995

A pesar de que España entró a formar parte de la hoy conocida como Unión Europea en 1986, no fue hasta el año 1995 cuando se inició la introducción de modificaciones en la normativa de contratación pública

⁹ Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

¹⁰ Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1992, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, relacionado con la adjudicación directa de unas obras por parte del Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid.

para dar cumplimiento a las Directivas comunitarias, especialmente por mantener en vigor leyes contrarias a la normativa europea y que le costó a España diversas sanciones¹².

A través de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se realizó la incorporación de las Directivas de segunda generación al Derecho español, derogando la Ley de Contratos del Estado de 1965 y sus modificaciones posteriores. Por primera vez se introducen conceptos como garantizar la transparencia, respeto al principio de igualdad, no discriminación y libre concurrencia, es decir, se adapta a los principios de la normativa comunitaria. Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, más allá del criterio del precio más bajo, se hace referencia, al igual que en las Directivas a otros criterios objetivos como pueden ser el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el mantenimiento, etc.

La LCAP de 1995 fue posteriormente modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, a su vez modificada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adaptando las cuantías al euro. Lo cierto es que al igual que sucedió con la Ley de 1995, el RDL 2/2000 no realizó correctamente la transposición de las Directivas, motivo por el cual se condenó a España, entre otros, asunto C-

¹² Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993, Asunto C-71/92, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.

84/03¹³. El recurso se fundamenta en tres motivos, mediante el primer motivo la Comisión reprocha a España que excluyese, a priori, del ámbito de aplicación del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado, cuando pueden ser organismos de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37. El segundo motivo se fundamenta en la exclusión del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público, cuando estos convenios pueden constituir contratos públicos en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37. Finalmente, el tercer motivo del recurso se fundamenta en el hecho que el Reino de España permitiese recurrir al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas indicadas anteriormente.

Todo ello ha derivado en una sucesión de modificaciones normativas a modo de parche, según se iban notificando sentencias en contra de España por la incorrecta aplicación del derecho de la Unión, como se ha indicado en las sentencias anteriores, ello ha provocado que el Real Decreto aprobado en el año 2000 se haya modificado hasta en tres ocasiones, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del año 2007, todo ello provoca, sin ninguna duda, una inseguridad jurídica.

D) La Ley de Contratos del Sector Público de 2007

Tras la aprobación el año 2004 de las Directivas de tercera generación España disponía hasta el 31 de enero

¹³ Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades europeas contra el Reino de España.

de 2006 para realizar la transposición de las Directivas 2004/18 y 2004/17, incumpliendo una vez más el plazo máximo otorgado¹⁴. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como indica en la exposición de motivos, supuso un cambio de estructura en la Ley de Contratos desde el año 1995 pasando a estar dividida entre una parte general, de aplicación a todos los contratos, y otra parte especial.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación de los contratos, al ser la Ley mediante la cual se transponen las directivas de tercera generación, se introdujeron consideraciones de tipo medioambiental y social, configuradas como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato. Otra novedad importante es la introducción del recurso especial en materia de contratación, habiendo sido España previamente condenada por no adaptarse a la normativa europea en materia de recursos¹⁵.

¹⁴ MORENO MOLINA, J.A., "La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo", Agua, territorio, cambio climático y Derecho administrativo, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública que recoge las ponencias del XVII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2009. ISSN 1133-4797. Págs. 337 a 354.

¹⁵ MORENO MOLINA, J.A., "El nuevo progreso de reforma de la legislación sobre contratos públicos impulsado por la Unión Europea". Cuenca 31 de enero de 2013. Consultado en: http://www.obcp.es/admin.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_4_GENERACION_DIRECTIVAS_EUROPEAS_d2aab9d0%232E%23pdf/chk.38f2baf8230979869b66f205d827bb47

En relación a los criterios para valorar las ofertas, el artículo 134 de la Ley fija, entre otros criterios a tener en cuenta, además del económico, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, que den respuesta a la población especialmente desfavorecida, siempre que estén vinculados con el objeto del contrato.

E) El Real Decreto Legislativo de 2011

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público, en adelante TRLCSP, siendo su fin, una vez más, el de integrar en un solo texto normativo todas las modificaciones que había sufrido la LCSP de 2007, motivadas por sus propias deficiencias¹⁶.

En referencia a los criterios de adjudicación, no se introducen novedades significativas más allá de las ya introducidas con las Directivas de tercera generación y la LCSP de 2007, siendo la redacción del artículo relativo a los criterios de valoración de las ofertas, artículo 150, idéntico al de la LCSP precedente.

El TRLCSP sufrió, como las leyes precedentes, modificaciones para ir recogiendo las diferentes

¹⁶ MORENO MOLINA, J.A. "Una aproximación al Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público". Consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_UNA_APROXIMACION_AL_TRLCSP_e6c12a18%232E%23pdf/chk.c3dfc1f827cd0af69ae5fa85c6024183

novedades, entre otras, las corrección de errores de 3 de febrero de 2012, cerca de tres meses después de su publicación, circunstancia que provoca inseguridad jurídica¹⁷.

IV-. LA NORMATIVA COMUNITARIA Y NACIONAL EN LA ACTUALIDAD

1-. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LA NORMATIVA ACTUAL

La normativa vigente está compuesta a nivel comunitario por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, y por la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público, habiendo incumplido España, una vez más, aunque en este caso por la inestabilidad política existente, el plazo de transposición de las Directivas, que finalizó el 18 de abril de 2016, cuando cabe recordar que la nueva LCSP entró en vigor el pasado día 9 de marzo de 2018, es decir, habiendo excedido el plazo otorgado en casi dos años.

A) Las Directivas de cuarta generación

Las conocidas como Directivas de cuarta generación están formadas por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , sobre

¹⁷ PINTOS SANTIAGO, J. "El sistema de contratación Pública español. Una visión crítica y constructiva" 7 de febrero de 2017. Consultado en: <http://www.apmep.pt/2017/02/07/el-sistema-de-contratacion-publica-espanol-una-vision-critica-y-constructiva/>

contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La contratación pública se fundamenta en los Tratados¹⁸, en base a los principios de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, transparencia, la lucha contra el fraude y la corrupción y la convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria.

Como indica el considerando 2 de la Directiva 2014/24, la contratación pública juega un papel fundamental en la Estrategia Europa 2020¹⁹ al ser uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Por dicho motivo, se revisan y modernizan las Directivas vigentes en materia de contratación pública con los siguientes objetivos: *“incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas*

¹⁸ GIMENO FELIU, J.M. “Las nuevas Directivas de Contratación Pública: principales novedades y efectos prácticos”. Bilbao, 21 y 22 de mayo de 2015. El nuevo paquete legislativo comunitario de Contratación Pública: principales novedades. La orientación estratégica de la contratación

¹⁹ Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»).

empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.”. Como ya se había indicado con anterioridad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea juega un papel fundamental, adaptándose la normativa a sus pronunciamientos y siendo, como veremos, impulsor de la introducción de los criterios sociales y medioambientales en la contratación pública europea.

Así mismo, en el considerando tercero se introduce una novedad que debe tenerse en cuenta en los criterios de adjudicación: *“Al aplicar la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato”.*

En el mismo sentido, el considerando 36 introduce otra novedad significativa, como es la posibilidad de reservar a talleres o empresas orientados a personas desfavorecidas, su participación en procedimientos de adjudicación o lotes: *“El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades*

desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido."

La Directiva 2014/24 introduce otra novedad resaltando la importancia de que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para velar por el cumplimiento de las obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, tanto comunitarias, como nacionales e incluso internacionales, y siempre con respeto a los principios básicos del Derecho de la Unión: "(...)se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la **igualdad de trato**. Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y de una forma que **garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros.**" Pero dicho cumplimiento no procede, de acuerdo con el considerando 40 de la directiva, exclusivamente en los criterios de adjudicación, pues debe realizarse en las diferentes fases del procedimiento de licitación, es decir, en la elección de los participantes y la adjudicación de los contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. Todo ello

La inclusión del criterio del ciclo de vida, dentro de los criterios de adjudicación, es otra de las modificaciones

introducidas por la Directiva, en el considerando 92 se encuentra la motivación de la introducción de este criterio: *"Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse únicamente en criterios no relacionados con los costes. Por ello, los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. No obstante, los criterios de adjudicación no deben afectar a la aplicación de las disposiciones nacionales que determinan la remuneración de determinados servicios o establecen precios fijos para determinados suministros."*

Los artículos 67 a 69 de la Directiva se refieren a los criterios de adjudicación del contrato, indicando que para proceder a su adjudicación se aplicará el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que se determinará de la siguiente forma:

"La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.”

Los criterios de adjudicación que se utilicen en el procedimiento de licitación deberán garantizar la competencia efectiva, a la vez, deberá hacerse constar en los pliegos la ponderación relativa que se atribuya a cada uno de los criterios elegidos, para así poder determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en aquellos casos en los que únicamente se base en el precio.

Aunque el aspecto seguramente más relevante que ha introducido la Directiva, junto con facilitar el acceso a las PYMES, ha sido la implantación de la obligatoriedad de la contratación pública electrónica. En este sentido el considerando 52 dispone que ***“Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato***

electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y —tras un período transitorio de 30 meses— una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas."

B) La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

La nueva Ley de Contratos del Sector Público entró en vigor el pasado día 9 de marzo de 2018, una vez transcurrido el plazo de seis meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con ellas se realiza la transposición al Derecho español de las Directivas de cuarta generación²⁰.

El preámbulo de la Ley hace referencia a las novedades que se han introducido por la unión Europea con la modificación de las Directivas que se transponen cuando señala "*Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de*

²⁰ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE

las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas."

Así mismo, los criterios de adjudicación sufren un giro importante sobre la legislación anterior al introducirse la calidad como elemento diferencial, además de los ya citados criterios medioambientales y sociales "Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato".

Las principales novedades introducidas, además de las ya indicadas en los párrafos anteriores e introducidas por las directivas de cuarta generación, se encuentran en la eliminación de la cuantía en el caso de los contratos negociados y en la disminución del valor estimado de los contratos menores, siendo una regulación a medio camino, que ha incrementado levemente las exigencias, pero ha dejado una normativa ciertamente confusa, prueba de ello son las diferentes interpretaciones que han realizado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Junta Consultiva de Contratación administrativa de Aragón.

Junto a ellos, es destacable la ampliación de los supuesto de ampliación del recurso especial en materia de contratación, aunque al igual que en los contratos menores su reforma se queda a medio camino, debiendo apostar por su interposición con independencia del tipo y/o umbral del contrato de referencia. Como también destaca la supresión del contrato de gestión de servicio público con la introducción del nuevo contrato de concesión de servicios.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, en la línea de lo ya expuesto, se introducen los nuevos conceptos de coste/eficiencia y la mejor relación calidad/precio con la introducción de criterios cualitativos, medioambientales y/o sociales que estén vinculados con el objeto del contrato. Así el artículo 145 de la LCSP dispone: "**1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.**

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda 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 artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

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, 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; "

Continúa este apartado del artículo facilitando una relación de los diferentes tipos de criterios que pueden utilizarse como criterios de valoración: *"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.*

*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."

Por último, el apartado sexto del artículo hace mención a la vinculación de los criterios con el objeto del contrato: *"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."

Todos estos criterios, además de la obligación de contar en el pliego y en el anuncio de licitación, deberán respetar en todo caso los principios que se indican en el artículo 1.1 de la LCSP: *"principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre*

competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa."

V-. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA

1-. JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido uno de los principales impulsores de la implantación de criterios medioambientales y sociales en los criterios de adjudicación, dado que la jurisprudencia del TJUE ha sido la base desde la cual se inició la apertura de la contratación pública, cabe recordar que son diversas las sentencias en las que el Tribunal recuerda que los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea son de aplicación a la contratación pública.

Entre los principios que son de aplicación, y que ya lo eran con anterioridad a la entrada en vigor de las Directivas de cuarta generación y de la nueva LCSP, encontramos la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios.

Dichos principios son plenamente aplicables a los contratos, con independencia del umbral de los mismos, es decir, el Derecho comunitario es aplicable en la adjudicación de los contratos no cubierto, o bien cubierto parcialmente, por las Directivas, como bien indicaba la STJUE de 20 de mayo de 2010²¹: *"En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo relativo a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los*

²¹ Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010, Asunto T-258/06.

procedimientos previstos por la normativa comunitaria, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del tratado CE en general (...) y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en particular. (...) Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de justicia, una obligación de transparencia que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados (...) y tanto el noveno considerando de la directiva 2004/17 como el segundo considerando de la directiva 2004/18 confirman tal obligación. De ello se deduce que tanto los Estados miembros como sus entidades adjudicadoras deben respetar, en toda la contratación pública, dicha obligación de transparencia, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia".

El propio Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de la sentencia de 5 de julio de 2005²² en el FD primero expone: "*(...) Pues bien, esa normativa - y la previa que se integra en la nueva Directiva-, ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que nada impide acoger entre los criterios de selección circunstancias personales de los contratista (no excluyentes de la objetividad, por su generalidad) Y en orden a la Jurisprudencia que interpreta el precepto, debemos- señalar que si bien es cierto que la importante sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (Gevroedrs Beentjes), admitió la posibilidad de atender a las "cualidades del servicio" a la hora de la elección del contratista (se admite incluso en ese pronunciamiento la experiencia como criterio de selección); incluso la más reciente sentencia TJCE. de 16 de septiembre de 1999 (Cuestión Prejudicial suscitada por Austria) permite la*

²² STS 4465/2005, de 5 de julio de 2005.

posibilidad de valorar las condiciones peculiares del contratista, pudiendo quedar desierto el procedimiento de adjudicación cuando esas circunstancias lleven a rechazar la única oferta presentada. Sin embargo, la doctrina del Tribunal de Justicia es unánime en descartar toda discriminación de los contratistas y de ello se deja constancia en la referida sentencia al considerar contrario a ese principio al favorecimiento de "empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional", al reservarles "un porcentaje de los contratos públicos" y esa doctrina es reiterada por el Tribunal al considerar que esas discriminaciones comportan una vulneración o comportan "un obstáculo a la libre competencia", pudiéndose citar la última sentencia de la que se tiene conocimiento, la de 28 de octubre de 1999 (asunto C-328/96; Comisión/Austria); declarando contrario a la Directiva y precepto mencionado el favorecimiento de unos determinados productos o Región."

No en vano, como ya se indicaba en los considerandos de las Directivas de tercera generación, la modificación de las mismas venía impulsada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, introduciéndose por primera vez en la misma los criterios ambientales y sociales, derivados de la interpretación que del derecho comunitario han ido realizando los tribunales.

La jurisprudencia hace referencia a la introducción de criterios sociales y medioambientales, entre otras sentencias del TJUE²³, como Gebroeders Beentjes BV contra Países Bajos y Comisión contra Francia, sobre criterios sociales, ha fijado dos límites en la utilización de estos criterios, en primer lugar, el criterio debe observar

²³ Sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87 y de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, Alemania contra la Comisión Europea.

todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en especial el principio de no discriminación; y la aplicación del criterio debe respetar todas las normas de procedimiento de las directivas de contratos, especialmente las de publicidad que contiene.

La sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003²⁴ relativa al criterio de adjudicación que otorga preferencia a la electricidad producida a través de energías renovables, señala: *"Por lo que se refiere al criterio de adjudicación que es objeto del procedimiento principal, debe señalarse que, **como ha declarado el Tribunal de Justicia, la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir** (sentencia de 13 de marzo de 2001, Preussen Elektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 73).*

*Además, como se desprende en particular de su decimoctavo considerando y de sus artículos 1 y 3, precisamente desde esa perspectiva, **la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior, objetivo que, según su segundo considerando, es prioritario para la Comunidad.***

²⁴ Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45 % obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

En tales circunstancias, y a falta de elementos que permitan determinar la existencia de una infracción de las normas del Derecho comunitario, procede declarar que la atribución de un coeficiente de ponderación del 45 % al criterio de adjudicación controvertido en el procedimiento principal no es en sí misma incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública.”

Así mismo, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, entre otras la sentencia de 9 de octubre de 2014 (Sala Octava), 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 cuestión²⁵.

En este sentido, la sentencia Concordia Bus Finland del TJUE²⁶ indica que pueden tenerse en cuenta criterios ecológicos siempre que estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación

²⁵ Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

²⁶ Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-513/99.

y respeten todos los principios fundamentales del derecho comunitario. En el mismo sentido se pronuncian diversas Juntas Consultivas, entre otras la de Aragón, señalando que "*(...) deberán estar relacionados –aun de forma indirecta- con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista (pues ese aspecto guarda relación con la solvencia empresarial)*"²⁷,

VI-. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

Ahora bien, todo lo plasmado tanto en las Directivas como en la LCSP deberá superar el tramo más complicado, especialmente en nuestro país por los antecedentes con los que contamos y es que a pesar de ser una excelente noticia su introducción, otra cosa diferente será conseguir su aplicación efectiva, siendo este una de las problemáticas más importante que envuelven a la contratación pública.

De nada sirve que nuestras leyes rocen la excelencia si su cumplimiento es imposible, o bien deficiente, con ello los objetivos perseguidos son un fracaso. Como ejemplo, tras la introducción de la contratación pública electrónica, podemos observar con un repaso a la Plataforma de Contratación del Sector Público que a día de hoy son muy pocos los municipios, y especialmente aquellos que cuentan con menos recursos, que ya están realizando la licitación electrónica, incluyendo la presentación de ofertas, al contrario, la mayoría de Administraciones publicaron de forma acelerada y con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley una

²⁷ Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre "buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas"

infinidad de contratos, con lo que actualmente su actividad contractual se ha visto ralentizada, todo ello evidencia el fracaso del sistema actual de contratación electrónica, sin que exista una verdadera contratación pública electrónica, salvo que se aumenten los esfuerzos, como ya adelantaba Jaime Pintos Santiago²⁸.

VII-. BIBLIOGRAFÍA

DE LA MORENA LÓPEZ, J. "Evolución histórica de la contratación pública en España". 4 de junio de 2012. Consultado en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relcategoria.121/relmenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075>

GIMENO FELIU, J.M. "Las nuevas Directivas de Contratación Pública: principales novedades y efectos prácticos". Bilbao, 21 y 22 de mayo de 2015. El nuevo paquete legislativo comunitario de Contratación Pública: principales novedades. La orientación estratégica de la contratación. Consultado en:

²⁸ PINTOS SANTIAGO, J. "Contratación Pública Electrónica VS Contratación Pública y Electrónica". Consultado en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.301/relcategoria.208/chk.0d278920e2bf32a568b59d5e72e64d32>

[http://www.ivap.euskadi.eus/r61-2347/eu/contenidos/evento/2015_0_3_9/eu_def/adjuntos/Jose%20Maria%20Gimeno%20\(1\).pdf](http://www.ivap.euskadi.eus/r61-2347/eu/contenidos/evento/2015_0_3_9/eu_def/adjuntos/Jose%20Maria%20Gimeno%20(1).pdf)

MORENO MOLINA, J.A., "La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo", Agua, territorio, cambio climático y Derecho administrativo, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública que recoge las ponencias del XVII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2009. ISSN 1133-4797. Págs. 337 a 354. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem_descargar/fichero.documentos_La_falta_de_adequacion_LCSP_al_Dcho_comunitario_04deeb14%232E%23pdf/chk.5bb66e66df2e5630c6b305bf347530c9

MORENO MOLINA, J.A., "El nuevo progreso de reforma de la legislación sobre contratos públicos impulsado por la Unión Europea". Cuenca 31 de enero de 2013. Consultado en: http://www.obcp.es/admin.php/mod.documentos/mem_descargar/fichero.documentos_4_GENERACION_DIRECTIVAS_EUROPEAS_d2aab9d0%232E%23pdf/chk.38f2baf8230979869b66f205d827bb47

MORENO MOLINA, J.A. "Una aproximación al Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público". Consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem_descargar/fichero.documentos_UNA_APROXIMACION_A_L_TRLCSP_e6c12a18%232E%23pdf/chk.c3dfc1f827cd0af69ae5fa85c6024183

PINTOS SANTIAGO, J. "Contratación Pública Electrónica VS Contratación Pública y Electrónica". Consultado en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.301/relcategoria.208/chk.0d278920e2bf32a568b59d5e72e64d32>

PINTOS SANTIAGO, J. "Contratación Pública Electrónica VS Contratación Pública y Electrónica". Consultado en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.301/relcategoria.208/chk.0d278920e2bf32a568b59d5e72e64d32>