



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 22-04-2024
Modificado: 11-07-2024
Aceptado: 04-09-2024
Publicación anticipada: 09-10-2024
Publicado: 28-10-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11372>
Páginas: 118-136

Referencia: Segura Martínez, A. (2024). Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 118-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11372>

Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública

The criteria subject to judgment of value; the Trojan Horse of public procurement

Segura Martínez, Antonio

Ayuntamiento de Puerto Lumbreras (España – Spain)

antonio_segura_@hotmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho. Secretario de la Administración Local, categoría de entrada. Máster en Dirección Pública Local (Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional). Máster en Derecho y Administración Local (Universidad de Almería y Burgos). Experto en Contratos del Sector Público (Universidad de Deusto).

RESUMEN

Objetivos: este artículo lleva a cabo una reflexión sobre el alcance actual de los criterios sujetos a juicio de valor en nuestro marco público de contratación, para lo cual analizaremos los diferentes aspectos que envuelven a los criterios subjetivos. **Metodología:** la habitual en los estudios jurídicos, con manejo del derecho positivo, la doctrina científica, las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales y la jurisprudencia. **Resultados:** la raquítica y desarmonizada regulación que de los mismos realiza la actual ley de contratos, convierte a los criterios sujetos a juicio de valor, con más asiduidad de la deseada, en un artefacto jurídico maleable y arbitrario. **Conclusiones:** inferimos la necesidad de acometer un proceso de reforma de los criterios sujetos a juicio de valor que, sin implicar un cambio disruptivo que comprometa la esencia de los mismos, permita una mejora normativa que garantice un adecuado equilibrio entre su utilización con un terreno de juego marcado y abonado por la certidumbre en el que deben desenvolverse todos los operadores económicos, dando lugar a la configuración de un marco jurídico claro y seguro.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos; criterios subjetivos; criterios sujetos a juicio de valor; discrecionalidad técnica; motivación; arbitrariedad.

ABSTRACT

Objectives: This article aims to carry out a reflection on the current scope of the criteria subject to value judgment in our public contracting framework, for which we will analyze the different aspects that involve subjective criteria. **Methodology:** The usual one in legal studies, with handling of positive law, scientific doctrine, resolutions of contractual appeals courts and jurisprudence. **Results:** The rickety and disharmonized regulation that the current Contract Law makes of them, turns the criteria subject to value judgment, with more assiduity than desired, into a malleable and arbitrary legal artifact. **Conclusions:** We infer the need to undertake a process of reform of the criteria subject to value judgment that, without implying a disruptive change that compromises the loss of their essence, allows a regulatory improvement that guarantees an adequate balance between their use with a playing field marked and fertilized by certainty in which all economic operators must operate, giving rise to the configuration of a clear and secure legal framework.

KEYWORDS

Public contracts; subjective criteria; criteria subject to value judgment; technical discretion; motivation; arbitrariness.

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. CARACTERIZACION Y REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; MÁS INTUICIÓN QUE INFORMACIÓN. 2.1. CARACTERISTICAS DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 2.2. REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 2.3. NIVEL DE CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR EN LOS PLIEGOS. 3. DISCRECIONALIDAD TECNICA EN MATERIA DE CONTRATACION PUBLICA; LA MOTIVACION COMO BARRERA DE CONTENCIÓN. 3.1. LA DISCRECIONALIDAD TECNICA. 3.2. LA MOTIVACION DE LA VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 4. EL INFORME DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL ORIGEN DE LA CUESTION. 4.1. CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL INFORME. 4.2. COMPETENCIA PARA SU EMISION. 5. FASE DE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL DIABOLICO UMBRAL MINIMO. 5.1. SEPARACION DE LAS FASES DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS. 5.2. EL UMBRAL MINIMO DE CUMPLIMIENTO DE CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 6. IMPUGNACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; CONSECUENCIAS PERVERSAS DERIVADAS DE LA MISMA. 6.1. IMPUGNACION DEL ACTO DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 6.2. EFECTOS DE LA ESTIMACION DE LA IMPUGNACION. 7. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCION

El caballo de Troya ha sido (y sigue siendo) uno de los mitos más célebres de la historia de humanidad, una argucia ideada por el astuto Ulises allá por el 1124 a.C. y que en la Edad Contemporánea se emplea como metáfora recurrente para describir una situación en la que un elemento aparentemente positivo se torna en vehículo de destrucción para quien lo recibe, un acto de engaño que bajo el paraguas de la buena fe y la confianza produce el efecto perverso de traicionar a quien abre las puertas de manera amistosa para finalmente tomar el control de la situación. No es casualidad que tal metáfora fuera utilizada por Hans Huber (1953) para definir la discrecionalidad, nada más y nada menos, como «el caballo de Troya dentro del Estado de derecho», expresión que bien podríamos hacer extensible a los criterios sujetos a juicio de valor (cuyo establecimiento y valoración se incardinan dentro de la discrecionalidad técnica) y de la que tomamos por título del presente artículo.

Efectivamente, la discrecionalidad técnica tiene esa capacidad de supervivencia propia de una mala hierba, con una sutileza imperceptible penetra en el sistema hasta apoderarse de él, expandiéndose sigilosamente, tomando el mayor de los protagonismos hasta el punto de ser decisiva, situación que se produce actualmente en la contratación pública española.

Tal problemática siempre ha existido, pero observamos (con cierta preocupación) cómo su carácter decisivo se ha agudizado debido a las circunstancias empresariales actuales. No podemos pasar por alto que el encarecimiento de los costes financieros, la subida de las materias primas, las crisis producidas en el sector logístico, la contención de la demanda y, en general, la situación de incertidumbre económica hacen inevitablemente que el tejido empresarial absorba el impacto de tales costes mediante la reducción de sus márgenes comerciales, lo que hace que las ofertas se ajusten cada vez más y que lo verdaderamente decisivo (en una gran parte de las licitaciones) sean los aspectos subjetivos de la misma debido a que los objetivos (con el precio como máximo exponente) se mueven en unos márgenes apreciativos mínimos. Y es ahí donde los criterios sujetos a juicio de valor encuentran el caldo de cultivo idóneo para convertirse en un artefacto jurídico maleable y en más ocasiones de las deseadas arbitrario.

Sería un grave error conceptualizar los criterios sujetos a juicios de valor de forma romántica (más aún de forma simplista como lo hace la actual ley), considerando que los mismos generaran una valoración armónicamente equilibrada exenta de perturbaciones y prejuicios propios de quien será evaluador de los mismos. En efecto, cada uno ve la realidad y aplica los resultados valorativos desde la óptica de sus experiencias y conocimientos, sujetos al tamiz de los sesgos cognitivos inherentes a la condición humana. Las valoraciones valen lo que valen las razones con las que sus autores las respalden y es que ¿es justo que la valoración resultante de los criterios sujetos a juicios de valor dependa del técnico al que se le asigne la referida tarea? ¿Acaso son más validas que las razones que pudiera aportar otro técnico al que se le hubiera encargado la valoración de tales criterios? La contratación pública es algo muy serio para que la contestación a tales preguntas aplique la misma lógica que el cubo de Rubik, en la que baste un cambio de perspectiva para que cambie el resultado.

Lo que pretendemos denunciar no es el resultado de su existencia inalterable a lo largo de nuestro marco legislativo, que también, sino su completo carácter decisivo, erigiéndose como uno de los aspectos más oscuros o ambivalentes de la contratación pública española, y es que, siguiendo a Dworkin (1984), que definió la discrecionalidad como «el agujero de una rosquilla», vemos con inquietud cómo a través de ese agujero se están colando la mayor parte de los resultados licitatorios en nuestro país, generando de esta forma una innegable inseguridad jurídica que compromete muy seriamente los principios sagrados de igualdad, transparencia y competencia efectiva que han de regir toda licitación pública.

Sobre la base de tales premisas, y bajo una perspectiva crítica que nos acompañara a lo largo del presente artículo, pasaremos a analizar los diferentes aspectos que envuelven a los criterios sujetos a juicio de valor, pasando desde su (escasa) regulación positiva hasta su (todavía más escaso) tratamiento jurisprudencial y doctrinal, las dificultades derivadas de su impugnación y el contenido y requisitos del informe objeto de la misma, para terminar esbozando una serie de propuestas que podrían contribuir a compatibilizar un adecuado equilibrio entre su utilización y el respecto a los principios rectores de toda licitación pública.

2. CARACTERIZACION Y REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; MÁS INTUICIÓN QUE INFORMACIÓN

2.1. Características de los criterios sujetos a juicio de valor

Los criterios sujetos a juicios de valor se definen por oposición a los criterios objetivos, de tal forma que son criterios sometidos a juicio de valor todos aquellos que no son susceptibles de cuantificación mediante la mera aplicación de una fórmula o resultado matemático. Dicho de otro modo, todos aquellos que no se hallan impregnados de automatismo son juicios de valor. Por consiguiente, la nota característica de los mismos es que son susceptibles de diferentes enfoques y precisamente es lo que les diferencia de los criterios de adjudicación objetivos, respecto de los cuales no cabe valoración alguna, cuya aplicación no deja margen alguno a la subjetividad. En efecto, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, que lleva implícito un margen apreciativo en la valoración técnica singularizada de una parte de la oferta presentada por cada licitador, no mensurable con una inequívoca exactitud científica susceptibles de ser contrastada numéricamente.

Resta decir que, aunque dicha subjetividad sea inherente a cualquier criterio que dependa de un juicio de valor, no debe confundirnos (como más adelante desarrollaremos) con la atribución en tal valoración de una carta en blanco para sobrepasar los límites a los que este tipo de criterios se someten, y es que como señala la Resolución núm. 1065/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: «(...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica».

2.2. Regulación de los criterios sujetos a juicio de valor

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), pese al derroche normativo que presenta, con más caracteres (que no artículos) que el propio Código Civil, y no digamos que el Código Penal, apenas dedica de forma raquítica y con cierta desarmonía nueve referencias a los criterios sujetos a juicio de valor, a saber:

- Art. 63.3.e). Determina que el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.
- Art. 63.5. Establece que la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor deberán ser igualmente objeto de publicación en el perfil de contratante.
- Art. 146.2. De especial relevancia resulta este artículo en el que, además de consagrar la preponderancia de aquellos criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes

obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas, determina las siguientes reglas con respecto a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor:

- En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas, o bien encomendar esta tarea a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. En relación a esta cuestión, téngase en cuenta la previsión contenida en el apartado 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP, referente al comité de expertos en el ámbito local, de acuerdo con la cual podrá estar integrado por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, para terminar añadiendo la preceptiva presencia en el citado órgano de un técnico jurista especializado en contratación pública.
- En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que se consideren precisos de conformidad con lo previsto en el art. 150.1¹ y art. 157.5² de la LCSP.
- Art. 157.2. Determina la regla procedimental conforme a la cual los licitadores deberán presentar su proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.
- Art. 159.1.b). Analiza la posibilidad de que se utilice un procedimiento abierto simplificado cuando se cumplan, además de los límites económicos descritos en la letra a) del citado artículo, que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total.

No hace falta ser un experto en contratación pública para darse cuenta de que la regulación empleada por la ley es a todas luces insuficiente, vaga y falta de precisión. La LCSP comete su pecado capital en la poca compensación que ofrece entre el exceso de regulación en muchos aspectos y el poco celo, meticulosidad y diligencia que emplea en la cuestión que ahora nos ocupa. Es bien sabido por todos los operadores jurídicos que el exceso de derecho trae consigo su inoperatividad, pero una carencia normativa genera un caos que se sitúan en las antípodas de la seguridad jurídica. En el derecho como en la vida, la virtud está en el punto medio, y para alcanzar ese punto medio resulta necesario un desarrollo normativo más profundo que permita juridificar aspectos demasiado amplios y abiertos, de manera que sitúen a los criterios sujetos a juicio de valor en ese adecuado equilibrio entre el exceso y el defecto regulatorio.

2.3. Nivel de concreción de los criterios sujetos a juicio de valor en los pliegos

El análisis del presente apartado debe partir de lo dispuesto en el art. 145.5, apartados b) y c), de la LCSP, conforme al cual los criterios de adjudicación:

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

¹ «Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes».

² «Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego».

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

Esta previsión incorpora el contenido del art. 67.4 de 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, estableciendo que la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores exige que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación así como las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no puedan otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada.

Efectivamente, la correcta determinación y concreción en los pliegos de todos los extremos sobre los que se realizara el posterior proceso valorativo constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad. El principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

Sin embargo, podemos observar cómo a menudo los criterios sujetos a juicio de valor figuran en los pliegos con una formulación excesivamente genérica e imprecisa, sin que se determinen claramente qué aspectos se van a valorar más allá de su enumeración, aumentando irrazonablemente el margen de discrecionalidad del órgano evaluador, lo que acrecienta la inseguridad jurídica de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas.

Lo anterior conduce en muchas ocasiones a que se establezca ex profeso subcriterios de ponderación de las ofertas no previstos en los pliegos que rigen la licitación. En este sentido existe una consolidada doctrina que señala que una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los participantes. Esto es, los criterios establecidos en los pliegos no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general³. No debemos olvidar que estamos ante un procedimiento competitivo y ante tal situación el órgano de valoración no puede alterar ni reinterpretar los criterios definidos en los pliegos, dando lugar a la fijación *ex post* de subcriterios ni reglas de ponderación sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores, poniendo en entredicho una competencia sana y efectiva en la licitación. El riesgo de ser una lista abierta a la inventiva de cada propuesta licitadora sería susceptible de brindar al órgano de valoración una libertad ilimitada para la emisión del juicio de valor y, con este, una libertad absoluta de elección entre las ofertas que se presenten⁴, proclive a determinar indefensión al resto de los participantes en la licitación.

En apoyo de tal tesis podemos traer a colación, por su claridad expositiva y recopilación de los pronunciamientos realizados hasta el momento, la Resolución núm. 302/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que establece lo siguiente:

Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, resultando de interés la doctrina sentada en la Resolución 317/2017, de 30 de junio de 2017, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos: «(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas».

También hemos indicado al respecto en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que: «(...) el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permi-

³ Resolución núm. 301/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁴ Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, *EVN y Wienstrom*.

tiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración».

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la temprana Resolución 139/2014, de 23 de junio, que «(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada». Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que: «Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática».

En el ámbito comunitario hemos de destacar la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto *Alexandroupolis y otros*, C-532/06 (ECLI:EU:C:2008:40), que determina: «45 (...) a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación». Ello, no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005, asunto C 331/04 (*ATI EAC y Viaggi di Maio*), cuyo apartado 32 dispone:

En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los arts. 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboro el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En definitiva, los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en los pliegos, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración⁵, pues en otro caso, además de conculcarse la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello⁶, teniendo bien presente tal y como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷ que «las cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contrarias a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho, porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta». Por consiguiente, el mencionado principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de

⁵ Resolución núm. 923/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁶ Resoluciones núm. 263/2011 y núm. 102/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁷ Resoluciones núm. 69/2012 y núm. 207/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones⁸, sobre la base de elementos sólidos, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado o la confusión.

3. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN MATERIA DE CONTRATACION PUBLICA; LA MOTIVACION COMO BARRERA DE CONTENCIÓN

3.1. La discrecionalidad técnica

El estudio de la discrecionalidad técnica siempre ha resultado interesante al saber administrativo. Mucho se ha dicho y escuchado sobre la discrecionalidad técnica en diferentes ámbitos del derecho administrativo y de manera principal en el acceso a la función pública. Sin embargo, podemos observar huérfana de desarrollo doctrinal la incidencia de tal concepto en la contratación pública. Resulta sorprendente cuando su impacto puede ser igual o mayor en el resultado de los procesos licitatorios que en los procesos selectivos descritos.

La discrecionalidad técnica es un concepto equívoco y muy controvertido, más aún cuando en la misma participa un juego de sumas como en el presente caso, ya que partimos de una doble discrecionalidad, la primera con respecto al establecimiento de los criterios de adjudicación⁹ y la segunda con respecto a la valoración de estos, un doble juego de discrecionalidades altamente peligroso que se produce en los criterios sujetos a juicio de valor.

Pese a las dificultades que ofrece su concreta y correcta determinación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), define la discrecionalidad técnica de un modo plausible en los siguientes términos:

La discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción «iuris tantum» solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Sentado lo anterior, podemos decir que es unánime la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales y de los tribunales de justicia que señala que la valoración de las ofertas en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor constituye una manifestación particular de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. En este sentido, resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 2013 (rec.1649/2010), de acuerdo con la cual:

CUARTO.– La decisión a ese problema principal que ha sido apuntado pasa por examinar cuales son los cometidos que corresponden a las Mesas de Contratación y, más particularmente, qué finalidad o alcance ha de reconocerse a los asesoramientos técnicos que tales Mesas pueden recabar para el mejor desempeño de sus cometidos.

La doctrina de esta Sala, reflejada en la sentencia de 13 de marzo de 2013, Casación núm. 100/2011 (que cita varias anteriores, entre ellas dos de 28 de diciembre de 2012, Casacio-

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111.

⁹ Sobre el ámbito de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación en la definición del contrato se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución núm. 688/2015, manifestando que «la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen».

nes 573/2011 y 4506/2011, y la de 11 de enero de 2013, casación 4506/2011), ha desarrollado, respecto de los cometidos y exigencias de las Mesas de Contratación, las siguientes ideas básicas:

1. La obligación de partir de lo que establece el art. 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], que claramente exige que en el procedimiento conste la concreta fundamentación que ha determinado la adjudicación del contrato:
2. «La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte».
3. La conveniencia también de señalar que los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; que esto es lo que justifica que sea la Mesa de Contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la Mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida.

Por lo que respecta al ámbito propio de los tribunales contractuales, destacamos al respecto la Resolución núm. 329/2022, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública, afirmando con rotundidad que: «(...) se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012».

En consecuencia, hablar de discrecionalidad técnica y de valoración de criterios sujetos a juicio de valor es hablar de dos caras de una misma moneda, no se entienden la una sin la otra, y es que lo que hay entre ellas no es una relación interesada o sincera, de amor o de odio, es simplemente una relación de inmortalidad.

3.2. La motivación de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor

La motivación de toda actuación administrativa no es un acto de cortesía por parte de la Administración, sino un deber legal para garantizar la interdicción de la arbitrariedad del poder público (art. 9.3 de la Constitución Española de 1978) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española de 1978).

Efectivamente, la motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado/a, y es que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia 5168/2006, de 27 de julio, recurso 2393/2003: «la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad (Sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991), pues, en suma, la motivación de la decisión es el medio que hace posible diferenciar lo discrecional de lo arbitrario». En efecto, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente. Así pues, la cuestión que se plantea es de vital importancia en materia de contratación pública, puesto que de la motivación de los criterios sujetos a juicio de valor dependerá el control que posteriormente puedan efectuar los tribunales¹⁰.

Por tanto, la motivación se vuelve trascendental cuando entra en juego la discrecionalidad técnica, y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984:

¹⁰ En este sentido, la Sentencia del TJUE dictada en el asunto *Uniplex* (UK); C-406/08, de 28 de enero de 2010, EU:C:2010:45, ha señalado que «el candidato o licitador afectado por la exclusión solo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato».

(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *sit pro ratione voluntas*, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda, pormenorizada o exhaustiva de cada fundamento del acto de valoración, o se exige una determinada extensión, esto es, el deber de motivación no comparta exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de las cuestiones a decidir¹¹, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, es decir, que las resoluciones den a conocer los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión¹² (o lo que es lo mismo su *ratio decidendi*), de forma que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en derecho le correspondan. A título meramente ejemplificativo puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1988, que dispone: «No cabe confundir la brevedad y concisión de los términos de un acuerdo administrativo con su falta de motivación; ésta queda cumplida con la referencia sucinta de hechos y fundamentos jurídicos, con la expresión de las razones y argumentos que determinan la adopción del acuerdo, para que el administrado pueda conocerlos y entablar los pertinentes recursos».

Entrando de lleno en el ámbito de la contratación pública, encontramos apoyo en la tesis necesaria de la motivación en el art. 151, apartado 1 y 2, de la LCSP, en los siguientes términos:

1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del art. 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:
 - a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
 - b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el art. 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.
 - c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

Sentando lo anterior, y a pesar de las referencias positivas y jurisprudenciales descritas, el problema a mi juicio es cuando la motivación, aparentemente suficiente, se viste de burdos argumentos que no permiten la adecuada valoración de las calificaciones otorgadas, ni son explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales, incluyendo expresiones abstractas y estereotipadas, pero, aun así, no deja de ser una motivación que convierte al informe técnico de valoración en inatacable, lo que hace inevitable

¹¹ STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000.

¹² Resoluciones núm. 305/2011 y núm. 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

que nos venga a la cabeza la célebre frase atribuida a Platón: «La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo».

La motivación, a pesar de ser un requisito de índole formal y substantivo, presenta enormes limitaciones a la hora de garantizar la completa seguridad jurídica del procedimiento valorativo. Buena prueba de los límites inherentes a la motivación es la argumentación manifestada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015 (Roj 3391/2015), que con una evidente clarividencia determina «(...) la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica».

En definitiva, la motivación se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. Sin embargo, la línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad siempre será de una delgadez que a veces la hace casi invisible, por muchas esperanzas que pongamos en la motivación; así, para el que resulte beneficiado por tales criterios, la valoración siempre estará revestida de todas las garantías y parabienes posibles de fondo y forma; por el contrario, para el que resulte perjudicado por los mismos, tal motivación siempre será insuficiente.

4. EL INFORME DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL ORIGEN DE LA CUESTION

4.1. Condiciones y requisitos de validez del informe

Debemos recordar que los principios jurídicos que han de informar todo tipo de licitación son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para con los licitadores, teniendo tales principios un contenido normativo inferido del análisis de los arts. 1.1 y 14 de la Constitución Española de 1978, de forma que la Administración no puede adjudicar el concurso a cualquiera que arbitrariamente estime pertinente, sino que ha de atenerse a la oferta más ventajosa mediante una adecuada formación de la voluntad del órgano, sustentada en el debido asesoramiento por el órgano técnico correspondiente. Y es aquí donde entran en juegos los informes técnicos que pretendemos analizar.

Tales informes tienen una presunción de acierto, veracidad y validez, apoyada sobre la cualificación técnica de quienes los emiten, lo cual supone, de facto, otorgar al evaluador una especie de inmunidad que convierte al técnico en infalible en dicha actividad y materia, dado que el análisis que subyace de la valoración comporta una actividad intelectual o tarea valorativa que implica un ejercicio de fe (que podríamos calificar de ciega) en tal cualificación, no solo ya por parte de todos los miembros de la mesa de contratación y el órgano de contratación, sino que incluso sobrepasa las fronteras de la Administración Pública para colarse en la *ratio decidendi* de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, como venimos sosteniendo, podemos observar como en la práctica el contenido del informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, no menciona pautas de ponderación ni regla alguna sobre cómo se distribuyen los puntos, limitándose a asignar puntos a cada oferta sin la más mínima explicación o exteriorización del razonamiento técnico que ha llevado a dicha atribución de puntuación, siendo necesario hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios.

En los actos discrecionales, al existir un mayor o menor margen de apreciación, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión¹³. El informe técnico ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos, cuyo principio rector deber ser la averiguación o búsqueda de la mejor oferta real, pero, por desgracia, en tal valoración pueden influir condicionantes que contaminen tales intenciones, convirtiéndose más en una opinión personal, lo que hace que esos fundamentos sobre los que se asienta una presunción de acierto, excesivamente proteccionista con la validez del informe, nos parezcan excesivos.

¹³ STS de 7 de febrero de 1987, Núm. 173.

Así pues, como apuntábamos anteriormente, en el término medio esta la virtud, y en algunas ocasiones el contenido de los informes técnicos puede pasar de plasmar una completa y sonrojante opinión personal a verse absorbidos por la plena objetividad en la valoración de los mismos. Es el caso de la situación analizada en la Resolución núm. 1160/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y que merece el reproche del tribunal al decir:

En el caso de la valoración efectuada por parte de la unidad informática, lo que hace es convertir un criterio que debía estar sujeto a juicio de valor en un criterio evaluable mediante fórmula, si bien usando una fórmula que ni estaba prevista en el pliego, ni permite ordenar proporcionalmente las ofertas. Efectivamente, si lo que se pretendía valorar era el número de elementos objeto de cesión, lo adecuado habría sido incorporar este criterio dentro del sobre relativo a los criterios evaluables mediante fórmula, estableciendo además la fórmula concreta a utilizar, fórmula que debería permitir asignar la máxima puntuación a quién mayor número de ítems ceda y a partir de ahí de forma proporcional en función del número ofrecido por cada licitador.

En similares circunstancias observamos la Resolución núm. 30/2023 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales Central, estableciendo:

(...) no cabe la incorporación de factores que han ser objeto de una valoración matemática en criterios dependientes de un juicio de valor. Lo correcto, a juicio de este Tribunal, habría sido desglosar la valoración del plan de comunicación en dos ámbitos, aquellos elementos del plan que pueden ser objeto de una valoración objetiva y aquellos otros que, por el contrario, requieren una valoración del órgano de contratación a fin de asignar una mayor o menor puntuación. Solo así se garantiza la imparcialidad y objetividad en la valoración determinante de la adjudicación del contrato, habida cuenta que se trata además de información que ha de contenerse en sobres distintos (...). Es por ello que procede estimar el segundo motivo de impugnación del recurso, pues nos encontramos ante un supuesto paradigmático, en el que incluye un parámetro («número de horas semanales»), claramente objetivo que pues la inclusión de elementos que son valorados mediante criterios objetivos o automáticos no puede incorporarse, ni aun de forma parcial, a la valoración dependiente de un juicio de valor, pues de ser así quebrarían los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de los licitadores que trata de garantizarse a través de la normativa reguladora del proceso de licitación pública.

En definitiva, los principios de defensa, igualdad e interdicción de la arbitrariedad como mandatos de obligado respeto por el técnico evaluador deberá presidir toda su actuación, por lo que en el citado informe habrán de expresarse los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta para determinar el valor a que se refieren, respetando unos cánones mínimos de razonabilidad e incorporando necesariamente los siguientes aspectos¹⁴:

1. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, dado que faltando una motivación que incluya tales elementos no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en todas las ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica, constatándose si ese mismo juicio fue o no igualitario.
2. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico, con la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que estos merecen y la puntuación que en consecuencia corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos.
3. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador sobre los demás.

Finalmente, decir que el citado informe de valoración, siempre que cumpla los condicionante anteriores, no es necesario que se sujete a un esquema formal concreto¹⁵.

¹⁴ STS de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013.

¹⁵ Resolución núm. 72/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

4.2. Competencia para su emisión

Como observamos, el elevado componente técnico o especializado que subyace de la calificación de las condiciones de los licitadores para el específico objeto contractual hace que las valoraciones practicadas por la Administración deban ser emitidas por técnicos idóneos con acreditada capacidad intelectual de juzgar méritos científicos, técnicos o artísticos.

En este sentido, cobra una especial relevancia el denominado comité de expertos, que toma carta de naturaleza como órgano asesor en la contratación pública española, una apuesta decidida del legislador español por profesionalizar las diferentes fases de la contratación pública (Bejarano Lucas, 2021, pp. 38-53).

El comité de expertos ha de tener un marcado carácter técnico acreditado, pues de lo contrario perdería su razón de ser, cuya ausencia merece el reproche del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución núm. 195/2020, en los siguientes términos:

(...) el contenido del informe no denota la suficiencia del parecer de miembros expertos en la materia, ni da razón plena del proceso lógico y técnico determinante de la decisión, tampoco muestra de manera clara e inequívoca que el razonamiento que se ha seguido lo haya sido por técnicos expertos en el objeto de la licitación (...). En definitiva, la valoración realizada por el comité de expertos, en el supuesto aquí examinado, en relación con el objeto del contrato, no permite acreditar la cualificación apropiada exigible a sus miembros, pues tras el análisis efectuado del informe de valoración no es posible inferir del mismo que haya sido efectuado con suficiencia y solidez de conocimientos en los aspectos evaluables que constituye el objeto del presente contrato.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe núm. 21/2009 determina:

La finalidad de esta nueva figura creada en la LCSP, que recordemos no está exigida por las directivas comunitarias, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación sino en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tienen por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración.

Y en similar sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe núm. 34/09 al indicar que:

(...) la ley indica que el mencionado comité ha de estar formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).

La intervención del comité de expertos entendemos que aporta una solidez en la defensa de los argumentos que nace de la fuerza colegiada del mismo, aportando una consensuada, meditada y discutida valoración que no ofrece la emisión del informe por un único técnico. Sin embargo, su preceptiva intervención estriba en un simple porcentaje, de tal forma que si el pliego prevé que un 50% de los criterios de adjudicación dependan de un juicio de valor no habrá de constituirse el comité de expertos, pero si los mismos alcanzan la cifra de 51% si será preceptiva su intervención, poca cintura ofrece la Ley siendo fácilmente superable por aquellos que utilizan la contratación pública como un subterfugio para satisfacer sus intereses particulares y no públicos.

En definitiva, resta decir que ya sea a través de la intervención colegiada mediante el comité de expertos o de forma individual, el técnico jamás podrá apartarse de la técnica que maneja porque, si llegara a hacerlo, dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político (Rivero Ysern y Rivero Ortega, 2012), pudiendo ser, incluso, constitutivo de una prevaricación administrativa.

5. FASE DE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL DIABOLICO UMBRAL MINIMO

5.1. Separación de las fases de valoración de los criterios subjetivos y objetivos

Como anteriormente analizamos, el art. 157.2 de la LCSP dispone que los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Esta separación entre las dos fases de valoración, de suerte que la relativa a los criterios sujetos a juicios de valor se efectúe con anterioridad a los criterios evaluables mediante fórmulas, deriva de la necesidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones, en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa, exigencias que, como vemos, van más allá de establecer un procedimiento ordenado, pues su finalidad última es garantizar la máxima objetividad posible. Esto es, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de algún licitador, de tal suerte que pueda otorgarse mayor o menor puntuación en función de algún interés espurio.

Por tal motivo, la inclusión en el sobre relativo a criterios sujetos a juicio de valor de datos o cifras relativos a criterios evaluables mediante fórmula ha de determinar la exclusión del licitador, cuando dicho error pudiera influir en la valoración a efectuar por el órgano de contratación¹⁶.

Lo llamativo es que la propia ley refleje, aunque sea de manera discreta y prudente, que tales criterios de adjudicación pueden dar lugar a efectos perversos en nuestro sistema de contratación pública, y la única medida prevista sea ponerlos delante de los criterios objetivos. Resulta sorprendente que el propio legislador sea consciente del efecto distorsionador que pueden ofrecer los criterios sujetos a juicio de valor, sabedor de que en la valoración de tales criterios puede tener cabida la finalidad torticera de favorecer o dificultar a alguno o algunos de los licitadores, y para ello los coloca en primera posición con respecto a los automáticos, como si tal solución fuera una esponja sanadora que limpiara y purificara todos los males que llevan implícitos estos criterios de adjudicación. Sea en el sobre B o C, podrán observarse las circunstancias negativas descritas y podrían ser igualmente determinantes. Muy positivo es el legislador pensando que en los procedimientos de licitación donde los criterios sujetos a juicios puedan representar el 30 %, el 40 % o el 50 % del total de los criterios de adjudicación, cuando no más, y si la voluntad del técnico es alterar el resultado de la licitación, ¿acaso esa primera valoración de criterios subjetivos no va a condicionar el resultado final? ¿Tal garantía incluida por el legislador es a todas luces suficiente? Preguntas que por desgracia tienen muy fácil respuesta.

5.2. El umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor

Como decimos, los criterios sometidos a juicio de valor tienen cada vez un impacto más sustancial en la valoración de las ofertas y, por ende, en el resultado de la licitación, pero incluso, dada su ubicación en el procedimiento de adjudicación (que, como observamos, se incardina en el sobre B), pueden alzarse como una barrera para seguir en la licitación, pudiendo establecerse umbrales mínimos que conlleven la exclusión del procedimiento al no haber alcanzado la puntuación mínima exigida.

En efecto, la LCSP permite el establecimiento de umbrales mínimos no solo para criterios objetivos, sino también para criterios subjetivos. Esto supone que los criterios sujetos a juicio de valor pueden actuar como puerta de entrada o salida de la licitación, lo que puede suponer per se un riesgo potencial.

La mencionada ausencia de toda interferencia entre ambos tipos de criterios de adjudicación (subjetivos y objetivos) salta por los aires cuando se establecen umbrales mínimos en los criterios sujetos a juicio de valor, dado que los mismos se configuran como una suerte de muro insalvable para continuar a la siguiente fase (sobre C). Esa distinción procedimental como garantía del legislador para evitar una posible contaminación resulta completamente inaplicable cuando no se puede pasar a la siguiente fase.

¹⁶ Resoluciones núm. 260/2014 y 135/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Lo anterior ha generado la controversia, no resuelta, de si ante el establecimiento de tal umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicios de la valor, ha de considerarse obligatoria la intervención del comité de expertos, esto es, si el establecimiento de un umbral mínimo de puntuación en los criterios sometidos a juicio de valor supone otorgar a los mismos un 100 % de la ponderación en esa primera fase de valoración y, en consecuencia, sea preceptiva la constitución e intervención de un comité de expertos.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas mantiene que la configuración de la valoración de los criterios subjetivos en una primera fase que resulte eliminatoria de no alcanzarse cierta puntuación implica que la ponderación atribuida a los criterios subjetivos comporte la inevitable atribución a los mismos de una ponderación del 100 %, aun siendo en una única fase, por lo que resulta necesaria la intervención de un comité de expertos¹⁷.

Sin embargo, existen pronunciamientos contrarios (que no compartimos), como pudiera ser la Resolución núm. 381/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que determina que lo dicho anteriormente por el Tribunal de Cuentas no puede ir más allá de lo previsto por el legislador; de ahí que solo efectúe una recomendación sobre aquella intervención que no puede tener fuerza vinculante para los órganos de contratación. O el sostenido por la Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución núm. 90/2019, al considerar que, aunque en la primera fase de valoración los criterios subjetivos gozan de una ponderación del 100 %, en el conjunto del contrato son menores que los automáticos y, por consiguiente, determina que no es preceptiva la intervención de un comité de expertos.

El legislador debería tomar buena nota de ello, y en el escueto y casi raquítico artículo que le dedica sería conveniente incluir la previsión de que en ningún caso el establecimiento en los pliegos de criterios sujetos a juicio de valor (dado su carácter eminentemente subjetivo) pueda alzarse como puerta de entrada a la licitación mediante el establecimiento de umbrales mínimos. Y, en cualquier caso, si no establece tal determinación, contemplar la necesaria constitución de un comité de expertos para supuestos en lo que se establezca un umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor, ya que, si bien en su conjunto pueden ser inferiores a los objetivos, no cabe duda que en cuanto eliminatorios supone otorgar de facto un 100 % en esa primera fase de valoración.

6. IMPUGNACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; CONSECUENCIAS PERVERSAS DERIVADAS DE LA MISMA

6.1. Impugnación del acto de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor

La impugnación de los criterios sujetos a juicio de valor se erige como uno de los aspectos más problemáticos que se observa en la *praxis* de la contratación pública o, al menos, las posibilidades de satisfacción en esas pretensiones impugnatorias. En efecto, la posibilidad de rectificar a través de un recurso la valoración efectuada, incluso cuando se utiliza el manido recurso de disfrazar de discrecionalidad lo que es arbitrario, resulta ser una tarea tremendamente complicada, aunque no por ello imposible. Y es que, efectivamente, dicha discrecionalidad está sujeta a un control menos intenso por parte de los tribunales, pero no por ello exenta de fiscalización; simplemente, su alcance y control se torna un problema más complejo, que demanda un refuerzo taxonómico para su concreción (De la Cuétara, 1986) y que trataremos de dilucidar sobre la base de los numerosos pronunciamientos al efecto, que han ido evolucionando hasta conseguir una jurisprudencia muy consolidada.

Entrando de lleno en el fondo de la cuestión, en su Sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 4270/2009), el Tribunal Supremo, trayendo a colación otra anterior de 18 de julio de 2006 (recurso

¹⁷ En diversos informes, entre ellos el Informe núm. 1320, de fiscalización de las CC.AA. y ciudades autónomas sin OCEX, ejercicios 2016 y 2017, disponible en el siguiente enlace: <https://www.tcu.es/repositorio/d6c87020-293c-4cb2-8ada-476b87d42c7e/11320.pdf>. En el apartado II.3.3 de dicho informe, el Tribunal de Cuentas señala lo siguiente: «En los contratos 15 a 19/2016 se utilizan criterios sometidos a juicio de valor que podrían considerarse como criterios objetivos, a lo que debe añadirse el establecimiento en estos contratos de umbrales mínimos, con la exigencia de alcanzar 15 sobre 30 puntos para que sea valorada la oferta económica, lo que supone atribuir al órgano de contratación, en base a criterios subjetivos la continuación de los licitadores en el procedimiento. En supuestos similares este Tribunal ha señalado que “la configuración de la valoración de los criterios subjetivos en una primera fase, que resultaba eliminatoria de no alcanzarse cierta puntuación implicaba que la ponderación atribuida a los criterios subjetivos era, de hecho, en esa primera del 100 %. Por ello la valoración de los criterios subjetivos debió encargarse a un comité de expertos y organismo técnico especializado”. En conclusión, la valoración de los criterios de adjudicación no fue realizada de manera correcta».

de casación núm. 693/2004), admite la posibilidad de la impugnación de un criterio sujeto a juicio de valor, afirmando que:

(...) existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sentencias 11 de diciembre de 1998, 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004, y del Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de 1983, la revisión de esa evaluación, solo podía aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto.

Así pues, el Tribunal Supremo¹⁸ nos deja claro que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros o evaluadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico, delimitándose más adelante por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de Mayo de 2017 (rec. 2504/2015)¹⁹ el ámbito de la discrecionalidad en los siguientes términos:

(...) la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Sobre esta limitación de las facultades revisoras de las decisiones de cariz técnico, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la cuestión²⁰ en la Sentencia 34/1995, de 6 de febrero (fundamento de derecho cuarto), no dejando margen a la duda al reconocer en similares términos que el Tribunal Supremos que «la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado».

Por lo que respecta a los pronunciamientos realizados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pasaremos a citar y exponer las siguientes Resoluciones, a saber:

- *Resolución núm. 159/2012*. Sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación –seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde–, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.
- *Resolución núm. 456/2015*. Tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se

¹⁸ STS de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013).

¹⁹ En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017. Consideramos igualmente de interés sobre la cuestión las sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 4 de julio de 2003 (Roj STS 4724/2003), 28 de diciembre de 2006 (Roj STS 8634/2006) y 23 de febrero de 2012 (Roj STS 1102/2012).

²⁰ Asimismo, podemos citar, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 39/1983, 34/1995 y 86/2004, en las que reconoce la plena conformidad a la Constitución de la denominada discrecionalidad técnica.

haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En definitiva, son muchos los pronunciamientos judiciales²¹ y de los tribunales de recursos contractuales²² que existen acerca del control de la discrecionalidad técnica, cuyo análisis nos permiten distinguir dos aspectos diferentes; por un lado, el núcleo material de la decisión, esto es, el estricto dictamen o juicio valorativo técnico; y por otro lado, sus aledaños, que comprenden las actividades preparatorias o instrumentales, como son si se han seguido los trámites procedimentales establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible, esto es, observancia de los elementos reglados y la existencia o no de errores ostensibles o manifiestos.

El primero de los elementos descritos, el núcleo material de la decisión, hace referencia al análisis comparativo reflejado en el informe técnico, que suficientemente individualizado y justificado, indicando los aspectos que han sido considerados para realizar las valoraciones e, inmediatamente, desarrollando la aplicación de cada uno de ellos sobre las diversas ofertas, de acuerdo con la jurisprudencia analizada lo convierte en inatacable. Se podrá o no estar de acuerdo con los razonamientos manifestados, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores, argumentando que los tribunales no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate, entendiéndose que solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores²³. Por contra, cuando hablamos de los aledaños de la decisión, o lo que es lo mismo, los aspectos formales de la valoración (respeto a las normas de competencia y procedimiento), sí que se podrá ejercer una función de control jurisdiccional. Por consiguiente, el resultado será la automática exclusión del control judicial de los actos administrativos que expresan un juicio técnico sin que se advierta indicio alguno de arbitrariedad, dolo, ilegalidad o error manifiesto, que operarían como límites a la discrecionalidad técnica y en cuyo incumplimiento podría basarse un eventual recurso.

Lo anterior nos conduce a pensar que, más allá de que se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, la voluntad del licitador de impugnar la valoración obtenida en los criterios sujetos a juicio de valor dará lugar a una *probatio diabólica*, generando una frustración que está en las antípodas de la seguridad jurídica, y es que no podemos dejar pasar por alto la sorpresa que resulta que en un Estado de derecho existan actos administrativos que puedan quedar fuera del alcance de la revisión por un juez o tribunal (Coca Vita, 1985, pp. 205-214), circunstancias estas más propias de regímenes políticos superados en los que la opacidad e infalibilidad del gobernante eran incuestionable (Hernández-Guijarro, 2021, pp. 405-425).

Finalmente decir que la resolución de adjudicación o al acuerdo de exclusión debidamente notificado será el momento procesal óptimo para que la entidad licitadora pueda proceder a la impugnación alegando que el informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, en que uno u otro se sustentan, adolece de un vicio o irregularidad que determina su anulación.

6.2. Efectos de la estimación de la impugnación

La principal problemática que genera la estimación de una impugnación de los criterios de adjudicación analizados deriva de las siguientes cuestiones; ¿cuándo podría revocarse la valoración efectuada? ¿Sería posible la retroacción del procedimiento para una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio

²¹ Recomendamos, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2019 (rec. c-a núm. 1078/2016).

²² Téngase en cuenta las resoluciones núm. 269/2011, núm. 280/2011, núm. 28/2015, núm. 739/2015, núm. 563/2015, núm. 448/2016, núm. 129/2021 y núm. 310/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; el Acuerdo núm. 1/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; las resoluciones núm. 51/2018 y núm. 155/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; el Informe núm. 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Resolución núm. 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, o la Resolución núm. 458/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

²³ Resoluciones núm. 618/2016, núm. 52/2015, núm. 177/2014, núm. 788/2017, núm. 41/2020 y núm. 129/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

de valor una vez que ya se han valorado los criterios automáticos? Para una adecuada contestación a tales cuestiones hemos de diferenciar dos supuestos: la ausencia total y absoluta de motivación o la insuficiente motivación de la valoración.

Así pues, ante la sonrojante ausencia absoluta de motivación explícita, metódica y razonada de la valoración efectuada, existe unanimidad entre los tribunales administrativos de recursos contractuales. En este sentido, podemos citar las resoluciones núm. 317/2023 y núm. 321/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que ante una total y absoluta falta de motivación anula la adjudicación y el procedimiento de licitación en su totalidad. En opinión del Tribunal, la ausencia de motivación no puede permitir retrotraer las actuaciones pues estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes. Por tanto, para el Tribunal no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas toda vez que ya se han valorado las ofertas económicas, pues de lo contrario se estarían valorando *ex novo* las ofertas técnicas cuando ya se han abierto las ofertas económicas, vulnerando de esta forma el art. 146.2 LCSP. Consideramos plenamente acertado el planteamiento, ya que la ausencia de toda motivación nos debe conducir necesariamente al conocido aforismo jurídico *quod non est in actis non est in mundus*, esto es, lo que no está en el expediente no está en el mundo, evitando de este modo que la Administración no tenga patente de corso para escapar o salir airoso de una infracción clamorosa de toda actuación administrativa, que no es otra que la ausencia de motivación.

Sin embargo, cuando nos encontramos ante una motivación insuficiente, que no total y absoluta, resulta ilustrativo el caso analizado por la Resolución núm. 390/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en los siguientes términos:

En definitiva, a la vista del informe técnico que sirve de base al acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, no puede sostenerse ausencia de motivación, aunque sí que la motivación es insuficiente, por lo que procede la estimación del recurso. Por tanto, como ya ha sostenido este Tribunal en sus resoluciones (v.g. Resoluciones 205/2018, de 3 de julio y 156/2018, de 21 de mayo) y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 308/2017, de 31 de marzo), al no apreciarse ausencia sino insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico, debe anularse el acto de exclusión con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que se proceda a justificar adecuada y suficientemente la valoración efectuada con respeto estricto de las puntuaciones ya asignadas.

Un criterio similar al del órgano andaluz, en caso de motivación insuficiente pero existente, parecen seguir tanto el OARC del País Vasco en su Resolución núm. 146/2020 como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones núm. 1226/2020 y num.1134/2019.

Sin embargo, ante un caso semejante de motivación insuficiente, a juicio del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución núm. 412/2020, para que pueda tener lugar la retroacción de las acciones no basta con que tal motivación sea insuficiente, sino que además las deficiencias de motivación han de afectar a cuestiones muy puntuales dentro de la valoración, determinando:

Ciertamente, en alguna ocasión los tribunales han evitado la declaración de la nulidad de todo el procedimiento de licitación cuando se aprecian vicios en la motivación de la valoración de las ofertas por los criterios dependientes de un juicio de valor, con la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración para que se proceda a una nueva evaluación ajustada a derecho y con respeto estricto a las puntuaciones ya asignadas. Sin embargo, esto se ha reconducido, a los efectos que ahora interesa, a supuestos muy particulares en los que el déficit afectaba la motivación de aspectos puntuales de la valoración de las ofertas que imposibilitaban el cambio de puntuaciones (por todas, las resoluciones 259/2019, 196/2018, 44/2018 y 106/2017 de este Tribunal) y no, como sucede en este asunto, en la valoración de los criterios dependientes de juicios de valor donde una nueva valoración puede conllevar una nueva puntuación de estos criterios y la alteración de la puntuación total, y más aun teniendo en cuenta la pequeña diferencia de puntuación existente entre la oferta adjudicataria y la presentada por la recurrente, en segunda posición de la clasificación.

Asimismo, hemos de destacar el supuesto analizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su Resolución núm. 277/2022, que ante un recurso contra la adjudicación del contrato por errónea valoración de los criterios sujetos a juicios de valor, entiende que para que se produzca la retroacción de las actuaciones, además de la citada insuficiencia de la

motivación, debe darse la circunstancia de que la evaluación de las ofertas con respecto a los criterios sujetos a juicio de valor se pueda realizar atendiendo a parámetros objetivos fácilmente identificables y cuantificables.

No obstante lo anterior, podemos encontrar otra postura que no diferencia entre motivación insuficiente o inexistente a efectos de determinar la retroacción del procedimiento. La misma se mantiene impasible ante tal circunstancia, y dado que considera que la retroacción entraría de lleno en colisión con el principio de secreto de las ofertas, entiende incensario el debate sobre la motivación suficiente o insuficiente por carecer de sentido y significado. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución núm. 319/2022, mantiene que: «En síntesis, el conocimiento de la oferta económica o de los criterios evaluables mediante fórmula o de forma automática con carácter previo a la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor constituye una causa de nulidad del procedimiento, porque podría restar objetividad e imparcialidad al órgano de contratación». A juicio del Tribunal supone una «contaminación o una clara influencia a la hora de valorar otra vez las proposiciones y un condicionante que no permite garantizar la obligada imparcialidad en la nueva valoración y la absoluta limpieza en la valoración de las proposiciones que viene exigiendo el Tribunal Supremo». Por ello, el Tribunal anuló no solo el acuerdo de adjudicación, sino todos los trámites y actuaciones de la fase de licitación del expediente, lo que conllevó la nulidad del procedimiento en su totalidad. En apoyo de la tesis de la anulación, que no retroacción del procedimiento, podemos citar la Resolución núm. 350/2023 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, según la cual, y teniendo en cuenta que ya no es posible llevar a término una nueva evaluación técnica con la debida separación procedimental, la preservación del secreto de las proposiciones y la objetividad e imparcialidad en las valoraciones técnicas en los términos exigidos en los arts. 139.2 y 146.2 LCSP, entiende acertada la anulación de la licitación seguida. A mayor abundamiento encontramos también un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución núm. 4/2024, que ante la estimación de un recurso que versa sobre la impugnación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, mantiene que ante la circunstancia de que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas no se pueden volver a valorar los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que decide no retrotraer el procedimiento sino declarar la nulidad de la integridad del mismo.

Por consiguiente, con las salvedades descritas, y dependiendo de la casuística, podemos distinguir dos supuestos con consecuencias igualmente diferentes:

- Que la motivación sea inexistente, lo que supone la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado, dando lugar a una nueva licitación.
- Que la motivación sea insuficiente, lo que conlleva la retroacción de las actuaciones al momento justo anterior al de la valoración de los criterios dependientes de juicio de valor con la única finalidad de que se proceda a una nueva valoración de la oferta de la recurrente, redactando un nuevo informe de valoración que motive adecuadamente las puntuaciones asignadas y aplicando los parámetros que fueron empleados para la valoración del resto de ofertas, lo cual entendemos que se trata de una solución más proporcionada y que casa mejor con el interés público al conservar todas las actuaciones sustanciadas mediante la corrección del error cometido en el seno del expediente. Téngase asimismo en cuenta que existen determinados pronunciamientos que exigen además que tal insuficiencia en la motivación sea fácilmente objetivable o que se trate de aspectos muy puntuales de la motivación.

7. CONCLUSIONES

El establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor no presume *per se* que estos sean ilegales, pero si aumenta de manera significativa un riesgo manifiesto de que su materialización mediante la correspondiente valoración genere inseguridad jurídica en las licitaciones, dando lugar a un escenario de enorme confusión tanto para quien licita como para quien gestiona la contratación.

Sería un falso dilema pensar que principios como la seguridad jurídica, publicidad, igualdad de trato y transparencia, como principios básicos de todo procedimiento competitivo, encuentran en los criterios sujetos a juicio de valor su más fiel escudero. No debemos partir de la utopía de que todas las ofertas se encuentran en condiciones de perfecta igualdad, pero debemos hacer todo lo posible por que así sea. Los operadores económicos deben desenvolverse en un terreno de juego marcado y abonado por la certidumbre, han de

estar en disposición de presentar sus ofertas en condiciones de certezas y coherencia con la objetividad que debe regir la contratación pública. Por tanto, que contratos de una gran envergadura en lo económico, temporal y, sobre todo, en el impacto en la ciudadanía, al tratarse de servicios básicos obligatorios muy vinculados al bienestar de la ciudadanía, como pudieran ser la recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria o el abastecimiento de agua potable y alcantarillado, puedan resolverse al albur de lo que es una opinión personal revestida de informe técnico que lo elevan *de facto*, aunque no de fondo, a la categoría de criterio técnico, crea más sombras que luces en todo procedimiento competitivo, generando lugares de opacidad y oscuridad en la contratación pública que están muy lejos del sentir y sentido de una Administración moderna y transparente, que mira al futuro aprendiendo de sus errores, y más aún cuando estamos plenamente convencidos de que la búsqueda de la calidad del contrato podría conseguirse por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos que, mediante la distorsión o minimización de la ponderación atribuida a factores objetivos en pro de memorias técnicas, proyectos de servicio, proyectos de obras u otros conceptos similares, puedan contribuir de manera clara e inequívoca a valorar la calidad técnica de la oferta.

Para poder conciliar los principios de seguridad jurídica, publicidad, igualdad de trato y transparencia con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, debemos poner límites a esta última, pues si no, cogerá peso hasta comerse a los primeros. Los criterios sujetos a juicio de valor deben acercarse cada vez más a parámetros de objetividad que, sin perder la esencia de lo mismos, puedan permitir un adecuado equilibrio entre discrecionalidad y objetividad, tarea compleja, pero que merece el esfuerzo. Ante tal situación debería añadirse un plus en la regulación de los criterios sujetos a juicio de valor que permita jurificar aspectos demasiado abiertos, planteándose como posibles alternativas:

1. Ampliar la actuación del comité de expertos más allá de la situación actual. El carácter colegiado del órgano permitirá una mayor garantía y objetividad, permitiendo revisar, baremar y puntuar las ofertas de forma consensuada y homogénea.
2. Impedir la posibilidad de que los criterios sujetos a juicio de valor actúen como barrera de entrada o salida a la licitación mediante el establecimiento de umbrales mínimos. Y, en cualquier caso, si no se establece tal determinación, contemplar la necesaria constitución del comité de expertos para supuestos en lo que se establezca un umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor, ya que, si bien en su conjunto pueden ser inferiores a los objetivos, no cabe duda de que en cuanto eliminatorios supone otorgar de facto un 100 % en esa primera fase de valoración.
3. Reducir el uso de criterios sujetos a juicio de valor, como máximo a un 50 % del conjunto de los criterios de adjudicación.

Nos encontramos ante un momento clave por las circunstancias anteriormente citadas, que constriñen las ofertas presentadas por los operadores económicos, haciendo especialmente necesario una reforma legislativa en la materia, y es que parafraseando al político estadounidense Theodore Roosevelt: «En cualquier momento de decisión lo mejor es hacer lo correcto, luego lo incorrecto, y lo peor es no hacer nada», y mucho me temo que el legislador optara por la última opción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bejarano Lucas, J. M. (2021). Régimen jurídico del comité de expertos y sus especialidades en la contratación pública local. *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, (173), 38-53.
- Coca Vita, E. (1985). También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales. *Revista de Administración Pública*, (108), 205-214. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-108-septiembrediciembre-1985/tambien-la-discrecionalidad-tecnica-bajo-el-control-ultimo-de-los-tribunales-2>
- De la Cuétara, J. M. (1986). *Las potestades administrativas*. Tecnos.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Huber, H. (1953). *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*. Polygraphischer Verlag.
- Hernández-Guijarro, F. (2021). Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (25), 405-425. <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.13>
- Rivero Ysern, E. y Rivero Ortega, R. (2012). ¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010. En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón*, vol. 1 (pp. 2063-2078). Thomson-Reuters.