



La motivación en la contratación pública: análisis de la reciente jurisprudencia europea y española (1)

Motivation in public procurement: an analysis of the most recent european and spanish case law

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra
martin.razquin@unavarra.es
ORCID: ID 0000-0003-1771-5259

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.06>

LABURPENA: Lan hau kontratazio publikoko motibazioari buruzko azterlan juridikazko bat da. Motibazioa funtsezko baldintza bat da, eta motibaziorik ezak aurkaratutako egintza deuseztatzea dakar; hala ere, ondorioak prozeduraren atzeraginera mugatzen dira, behar besteko motibazioa egiteko. Motibazioa administrazio-ebazpenaren oinarri diren txosten teknikoetan oinarritu daiteke.

HITZ GAKOAK: Kontratazio publikoa. Motibazioa. Ezohiko eskaintzak kanpo uztea. Adjudikazioa.

ABSTRACT: This paper constitutes a jurisprudential study on motivation in public procurement. The statement of reasons is an essential requirement, whose lack leads to the annulment of the challenged act, although its effects are usually limited to the retroaction of the procedure so as to carry out a sufficient reasoning. The motivation can be based on the technical reports that support the administrative resolution.

KEYWORDS: Public procurement. Motivation. Rejection of abnormally low tenders. Award of the contract.

RESUMEN: El presente trabajo constituye un estudio jurisprudencial sobre la motivación en la contratación pública. La motivación es un requisito esencial, cuya falta da lugar a la anulación del acto impugnado, aunque sus efectos suelen limitarse a la retroacción del procedimiento para que se efectúe una motivación

(1) El presente trabajo tiene su origen en la comunicación presentada al XIV Coloquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo, celebrado en Oporto los días 22 y 23 de octubre de 2021.



suficiente. La motivación puede sustentarse en los informes técnicos que fundamentan la resolución administrativa.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública. Motivación. Exclusión de ofertas anormales. Adjudicación.

Trabajo recibido el 14 de noviembre de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de enero de 2022



Sumario: I. La motivación como principio jurídico.—II. La motivación en la normativa de contratación pública.—III. La motivación en la doctrina del TJUE.—IV. La motivación en la doctrina de los Tribunales españoles. 1. La motivación en la doctrina de los Tribunales de Justicia. 2. La motivación en la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales. A) Motivación *in aliunde*. B) Suficiencia o insuficiencia de la motivación. C) Retroacción del procedimiento. D) Motivación, acceso y confidencialidad.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. La motivación como principio jurídico

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a los ciudadanos el derecho a la motivación de las decisiones de las Administraciones Públicas, como parte de su derecho a la buena administración (art. 41). Tras señalar que el derecho a una buena administración supone que «Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable», añade en su apartado segundo una serie de derechos incluidos en éste, entre los que se encuentra la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

El derecho a la motivación constituye un principio general del Derecho, y por tanto obliga tanto a las instituciones de la Unión como a las de los Estados miembros.

El TFUE lo exige a las Instituciones de la Unión en su art. 296, que establece que «Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados» (apartado 2).

La STJUE 28/03/2015 (asunto C-72/15) analiza una cuestión prejudicial relativa a medidas acordadas por la Unión Europea contra empresas rusas ante un recurso interpuesto por la empresa rusa Rosneft ante los Tribunales británicos. La sentencia examina la alegación de Rosneft de que el Consejo de la Unión Europea no cumplió la obligación de motivar los actos controvertidos. De forma preliminar el TJUE sienta la siguiente doctrina:

«120 Pues bien, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, el alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y que, cuando se trata de actos destinados a una aplicación general, puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar (sentencia de 19 de noviembre de



1998, España/Consejo, C-284/94, EU:C:1998:548, apartado 28 y jurisprudencia citada).

121 Cuando se trata de medidas restrictivas de alcance individual, el respeto del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva exige en particular que la autoridad competente de la Unión comunique a la persona afectada los datos en su contra de que dispone para fundamentar su decisión (sentencia de 18 de julio de 2013, Comisión y otros/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518, apartado 111).

122 Empero, si bien la motivación exigida por el artículo 296 TFUE debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que el interesado pueda conocer las razones de las medidas adoptadas y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control, esa motivación debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y al contexto en el cual éste se adopte. A ese respecto, no se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que el carácter suficiente de la motivación debe apreciarse en relación no solo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate, y en particular con el interés que los destinatarios puedan tener en recibir explicaciones. Por consiguiente, un acto lesivo está suficientemente motivado cuando tiene lugar en un contexto conocido por el interesado, permitiéndole comprender el alcance de la medida adoptada respecto a él (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2012, Consejo/Bamba, C-417/11 P, EU:C:2012:718, apartados 50, 53 y 54 y jurisprudencia citada)».

Otra concreción de esta obligación se encuentra en la STJUE 15/06/2017 (asunto C-279/16 P), en recurso de casación interpuesto por el Reino de España contra la Comisión Europea y en la que se denunciaba la falta de motivación de la decisión de la Comisión impugnada. El TJUE responde a esta cuestión en los siguientes términos:

23 A este respecto, es también reiterada jurisprudencia que la motivación exigida por el artículo 296 TFUE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los intere-



sados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control (véanse, entre otras, las sentencias de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, C-41/00 P, EU:C:2003:125, apartado 55, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 147).

28 De ello se deduce que el Reino de España no ha demostrado que la motivación de la Decisión controvertida le haya impedido conocer las razones de esa Decisión en cuanto al rechazo de las estimaciones por extrapolación del riesgo para el Fondo, propuestas por él a la Comisión, y defender útilmente sus derechos.

Ya en el ámbito de la contratación pública de las Instituciones europeas, la STGUE 04/07/2017, T-392/15, analiza la motivación de la exclusión de la oferta de un licitador en un contrato de la Unión Europea, fijando en primer término la obligación de motivación de los actos de las Instituciones y órganos de la Unión, al exponer su doctrina sobre el alcance de la obligación de motivación de la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea como órgano de contratación:

72 Según el artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales, la Administración tiene la obligación de motivar sus decisiones. Esta obligación de motivación implica, según reiterada jurisprudencia, que, de conformidad con el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe exponer clara e inequívocamente el razonamiento en que se basa dicho acto, permitiendo así, por una parte, que los interesados conozcan la justificación de la medida adoptada a fin de hacer valer sus derechos y, por otra, que el juez ejerza su control sobre dicho acto (sentencias de 25 de febrero de 2003, Strabag Benelux/Consejo, T-183/00, EU:T:2003:36, apartado 55; de 24 de abril de 2013, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-32/08, no publicada, EU:T:2013:213, apartado 37, y de 28 de junio de 2016, AF Steelcase/EUIPO, T-652/14, no publicada, EU:T:2016:370, apartado 43).

73 La obligación de motivación se define por tanto por su función, a saber, permitir a los interesados hacer valer sus derechos y al juez ejercer su control sobre dicho acto. Esta obligación contribuye a garantizar la tutela judicial efectiva (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, apartado 122 y jurisprudencia citada).



74 De ello resulta que la cuestión de si se ha cumplido la obligación de motivación debe, en principio, examinarse en función de la información de que disponían las demandantes, como muy tarde, en el momento de interponer el recurso (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de febrero de 2003, Renco/Consejo, T-4/01, EU:T:2003:37, apartado 96; de 19 de abril de 2012, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-49/09, no publicada, EU:T:2012:186, apartado 36; de 21 de febrero de 2013, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-9/10, no publicada, EU:T:2013:88, apartados 27 y 28, y de 23 de mayo de 2014, European Dynamics Luxembourg/BCE, T-553/11, no publicada, EU:T:2014:275, apartado 167 y jurisprudencia citada). La motivación no puede ser explicada por primera vez y *a posteriori* ante el juez de la Unión. Únicamente la concurrencia de circunstancias excepcionales puede justificar la toma en consideración por el juez de información aportada durante el procedimiento judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de mayo de 2009, VIP Car Solutions/Parlamento, T-89/07, EU:T:2009:163, apartado 76 y jurisprudencia citada).

75 Por otra parte, es importante recordar que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular, el contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, debe apreciarse en relación no solo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia de 23 de mayo de 2014, European Dynamics Luxembourg/BCE, T-553/11, no publicada, EU:T:2014:275, apartado 153 y jurisprudencia citada).

Así pues, el principio de motivación exige que los entes públicos ofrezcan los motivos por los cuales han adoptado una determinada decisión y que los trasladen a los interesados. La motivación está, además, unida al derecho de recurso, puesto que no puede haber un recurso eficaz contra una decisión cuya motivación se desconoce.



II. La motivación en la normativa de contratación pública

Las Directivas de contratación pública de 2014 se refieren en diversos preceptos a la motivación de los actos que se producen en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. De forma principal, la Directiva 2014/24/UE contempla la motivación de las decisiones de los poderes adjudicadores en su art. 55 sobre información a los candidatos y a los licitadores que dice así:

«1. Los poderes adjudicadores informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.

2. A petición del candidato o licitador de que se trate, los poderes adjudicadores comunicarán, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de 15 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito:

a) a todos los candidatos descartados, los motivos por los que se haya desestimado su candidatura;

b) a todos los licitadores descartados, los motivos por los que se haya desestimado su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 42, apartados 5 y 6, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales;

c) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco;

d) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, el desarrollo de las negociaciones y el diálogo con los licitadores.

3. Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intere-



ses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos».

Este precepto está íntimamente vinculado con los principios de la contratación pública recogidos en el art. 18.1 de la Directiva citada:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos».

La conexión de la motivación con los principios de igualdad y de transparencia es evidente. Asimismo, está vinculada con el derecho de defensa. Cabe traer a colación las garantías de recursos rápidos y eficaces impuestas por la Directiva 89/665/CE.

El contrapunto de la transparencia, y por tanto también de la motivación, es la confidencialidad a la que se refiere el art. 55 de la Directiva arriba transcrito, y se recoge como principio en su art. 21.1.

Dichos preceptos han sido transpuestos en España por medio de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP). La Ley española recoge la información a los candidatos y licitadores en su art. 155 y los principios en su art. 132, con referencia a la confidencialidad en el art. 133. Además, la LCSP se refiere a la motivación en un gran número de preceptos: art. 69.1 sobre decisión de la Mesa de contratación respecto de las uniones de empresarios; art. 77.3 para aplicar la excepción de exigir clasificación; art. 79.5.b) para la clasificación (aunque se utiliza aquí la palabra «razonadamente»); art. 106 para el caso de exigir garantía provisional; art. 107.2 para exigir garantía reforzada; art. 115.3 del informe sobre consultas preliminares al mercado; art. 116 para justificar la necesidad del contrato; art. 117 para aprobar el expediente de contratación; art. 118 para utilizar los contratos menores; art. 119 para acordar la tramitación urgente; art. 126.3 para aplicar la excepción de prescripciones técnicas sobre accesibilidad; art. 149.6 para justificar las ofertas anormales; art. 151 de la resolución de adjudicación; art. 157.6 de la decisión de no adjudicar el contrato; art. 208 para la suspensión del contrato; art. 242.5 del informe sobre modificación del contrato y certificaciones de obra de modificados de obras; art. 243.6 para la apertura de las



obras sin transcurso del plazo de garantía: art. 247.6 para el estudio de viabilidad en contrato de concesión de obras; art. 312 f) para el cese en servicios que afecten a la ciudadanía; art. 321.3. 4.º de la decisión de poderes no adjudicadores; art. 333 del informe de la Oficina de Evaluación; DA 1ª g) para los contratos en el extranjero; y DA 4ª.3 para la reserva de contratos y exigencia de garantía provisional. Y también las Resoluciones de los TACP deben estar motivadas tanto las relativas a medidas cautelares como las que resuelvan otras cuestiones y en especial el recurso (arts. 49.2, 56.4 y 57.2 LCSP).

El art. 151 de la LCSP contempla de forma específica la motivación de las decisiones de los poderes adjudicadores en materia de contratación pública, al regular la resolución y notificación de la adjudicación 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 artículo 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 artículo 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.



En la notificación se indicará el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al apartado 3 del artículo 153 de la presente Ley.

3. La notificación se realizará por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta».

La motivación es una obligación de los poderes adjudicadores, y es independiente del derecho de acceso de los licitadores al expediente de contratación. Así lo destacó la Resolución del TARCA Andalucía núm. 188/2015, señalando que la motivación es obligación del poder adjudicador, mientras que el acceso es un derecho de los licitadores.

III. La motivación en la doctrina del TJUE

El TJUE se ha pronunciado en diferentes sentencias respecto de la motivación de las decisiones en materia de contratación pública.

La STGUE de 13/12/2013 (asunto T-165/12) analiza un supuesto de desestimación de la oferta de varias empresas (ahora recurrentes) en un procedimiento de licitación instado por la Comisión Europea, en cuyo recurso alegaban la falta de motivación de la decisión de la Comisión, dado que se había limitado a transcribir un cuadro de puntuaciones pero sin explicar las razones de dicha valoración. Al respecto del TGUE afirma lo siguiente:

82 Los criterios de atribución previstos en el cuadro de evaluación tampoco permitían a las demandantes comprender la justificación de las puntuaciones atribuidas, a diferencia de lo que la Comisión adujo en la vista. Es cierto que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso concreto y que, por tanto, ha de examinarse si las demandantes podían comprender la justificación de dichas puntuaciones teniendo en cuenta las indicaciones contenidas en los documentos contractuales, como el cuadro de evaluación. No obstante, dichos criterios dejan un amplio margen de apreciación no desdeñable a la Comisión.

83 Pues bien, como se ha expuesto más arriba, el corolario del margen de apreciación del que disfruta la Comisión en materia de licitaciones es una motivación en la que han de constar los elementos de hecho y de Derecho sobre los cuales la Comisión fundamentó su apreciación. Solo a la luz de esos



elementos pueden realmente las partes demandantes comprender las razones por las que se han atribuido tales puntuaciones. Por tanto, únicamente una motivación de ese tipo les permite hacer valer sus derechos y al Tribunal ejercer su control (véase, en este sentido, la sentencia *Evropaïki Dynamiki/Tribunal de Justicia*, citada en el apartado 62 *supra*, apartado 92).

84 Habida cuenta del margen de apreciación no desdeñable que dejan a la Comisión los criterios de adjudicación previstos por la tabla de evaluación, las puntuaciones indicadas en el cuadro no podían en sí mismas constituir una motivación suficiente».

En otro proceso de licitación afectante ahora al Parlamento Europeo, la STGUE de 14/12/2017 (T-164/2017) examinó la adjudicación por éste de un contrato de prestación de servicios informáticos externos, anulando la decisión del Parlamento Europeo por falta de motivación suficiente. El Tribunal recuerda la obligación de motivación de todos actos de los poderes adjudicadores de las Instituciones europeas con base en el art. 296 TFUE y el Reglamento Financiero de 2012. Señala que la motivación de los puntos otorgados en la evaluación técnica del lote núm. 3 fue insuficiente (ap. 52) y, además, que la Decisión no tuvo suficiente fundamentación en lo relativo a la explicación de por qué las ofertas clasificadas en primer y segundo lugar eran mejores que la presentada por las empresas recurrentes y asimismo que el Parlamento Europeo no les comunicó el precio global de las ofertas finalmente clasificadas en primer y segundo lugar (ap. 65).

Por su parte la STJUE de 7/09/2021, C-927/19, versa sobre el conflicto entre la obligación de motivación de las decisiones de los poderes adjudicadores en materia de contratación pública y la obligación de proteger la información confidencial que les ha sido entregada por los licitadores. Y así, tras recordar el contenido del art. 21 de la Directiva 2014/24/UE, toma como punto de partida lo dispuesto en el art. 55.2 c) de la Directiva tanto sobre la información a obtener por el licitador como el deber de no comunicar información confidencial. Interesa detenerse en las consideraciones sobre el deber de motivación:

«120 Además, procede precisar que el poder adjudicador, ya sea cuando se niega a comunicar la información confidencial de un operador económico a uno de sus competidores o cuando conoce, en el marco de un procedimiento administrativo previo obligatorio, de un recurso administrativo dirigido contra su negativa a divulgar tal informa-



ción, debe atenerse también al principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, que conlleva exigencias que los Estados miembros deben respetar cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión (sentencia de 9 de noviembre de 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, apartado 39 y jurisprudencia citada). Entre esas exigencias, la obligación de motivación de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales reviste una importancia particular, por cuanto permite a los destinatarios de esas decisiones defender sus derechos y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de interponer un recurso contra ellas. Esa obligación también resulta necesaria para permitir a los órganos jurisdiccionales ejercer su control sobre la legalidad de dichas decisiones y constituye, en consecuencia, uno de los presupuestos necesarios para la efectividad del control jurisdiccional garantizado por el artículo 47 de la Carta (véanse, en ese sentido, las sentencias de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros*, 222/86, EU:C:1987:442, apartado 15; de 9 de noviembre de 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, apartado 40, y de 15 de julio de 2021, *Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR*, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 103)».

Por eso, la motivación debe conjugarse con la confidencialidad, pero sin que se pueda renunciar a ella: «Por otra parte, el principio de protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una tutela judicial efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartados 51 y 52, y jurisprudencia citada)» (apartado 121).

Y el TJUE pone en conexión la motivación con dos aspectos fundamentales:

- 1) El derecho a una buena administración: «122 Para ponderar la prohibición establecida en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 de divulgar la información confidencial comunicada por los operadores económicos con el principio general del Derecho de la Unión a una buena administración, del que se deriva la obligación de motivación, el poder adjudicador debe poner de manifiesto con claridad los motivos por los que considera que la información a la que se solicita acceder o, al menos, parte de ella reviste carácter confidencial».



- 2) El derecho de defensa, que permita a los Tribunales enjuiciar con pleno conocimiento la decisión objeto de recurso: «123 Además, esta ponderación debe tener en cuenta el hecho de que, a falta de información suficiente que le permita comprobar si la decisión del poder adjudicador, relativa a la adjudicación del contrato de que se trate a otro operador, adolece de eventuales errores o ilegalidades, un licitador excluido no tendrá la posibilidad, en la práctica, de invocar su derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, contra tal decisión, ya sea en el marco de un recurso ante el poder adjudicador, con arreglo al apartado 5 de ese mismo artículo, o en el marco de un recurso judicial. Por consiguiente, so pena de vulnerar ese derecho, el poder adjudicador no solo debe motivar su decisión de tratar determinados datos como confidenciales, sino que también debe comunicar de forma neutra, en la medida de lo posible y siempre que tal comunicación pueda preservar el carácter confidencial de los elementos específicos de esos datos para los que esté justificada una protección por este motivo, el contenido esencial de estos al citado licitador que los ha solicitado y, más concretamente, el contenido de los datos relativos a los aspectos determinantes de su decisión y de la oferta seleccionada».

Y de ello el TJUE concluye que «la obligación del poder adjudicador de proteger la información considerada confidencial del operador económico al que se ha adjudicado el contrato público no debe interpretarse en un sentido tan amplio que vacíe la obligación de motivación de su contenido esencial (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 120) y prive de efecto útil al artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, que enuncia, en particular, la obligación de los Estados miembros de prever recursos eficaces».

IV. La motivación sobre contratación pública en la doctrina de los Tribunales españoles

La doctrina de los Tribunales españoles se va a diferenciar entre la dictada por los Tribunales de Justicia y la propia de los TARC. Conviene señalar que respecto de la primera existen muy pocas sentencias recientes, a salvo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2020 (JUR/2020/239808). Por ello, el examen principal



será el relativo a las resoluciones de los TARC, tanto el central como los autonómicos(2).

1. La motivación en la doctrina de los Tribunales de Justicia

La Resoluciones de los TARC que más adelante se examinarán suelen acudir a tres fuentes jurisprudenciales. Se refieren a sentencias de los Tribunales de la Unión Europea, principalmente del TGUE arriba referidas, sobre contratación pública de las Instituciones europeas; también se apoyan en sentencias del Tribunal Constitucional sobre la motivación de los actos y la prohibición de indefensión (17 de julio de 1981, 37/1982, 210/1999 y 35/2002); y asimismo a sentencias del Tribunal Supremo.

Suelen citar, con una cierta reiteración, tres sentencias del Tribunal Supremo sobre motivación que aquellos aplican a la contratación pública: 11 de febrero de 2011 (recurso núm. 161/2009), 19 de julio de 2010 (recurso núm. 950/2008) y 30 de enero de 2014 (recurso núm. 3415/12)(3). La cita más habitual de la STS de 11 de febrero de 2011, relativa a la motivación mediante informes técnicos, es la siguiente: «Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 «in fine», ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001,

(2) Puede verse a tal efecto el excelente estudio de Navarro González (2018), al cual me remito para poder examinar la jurisprudencia precedente, en todo caso anterior a la LCSP. Puede comprobarse, por un lado, que las sentencias del Tribunal Supremo citadas por dicha autora tienen que ver con la motivación en general (servicios mínimos, subvenciones, procesos selectivos de personal, amarres de puertos, adjudicación de parques eólicos, etc.); y, por otro, que el trabajo debió fundarse sobre todo en las resoluciones de los TARC, dada la escasez de jurisprudencia al respecto. Es, por ello, que dicho estudio examina principalmente numerosísimos acuerdos o resoluciones de los TARC.

(3) Dada la habitualidad de la cita de jurisprudencia europea y española por parte de los TARC, así como de acuerdos o resoluciones de otros TARC, cabe considerar que las sentencias de los Tribunales españoles afectantes a la motivación en la contratación pública podrían limitarse a estas, y a la más adelante referida a las mesas de contratación. Pero basta comprobar que la STS de 11 de febrero de 2011 versa sobre el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de enero de 2009 relativo al trasvase de aguas, cuyo F.J. 5.º se refiere a la motivación de los actos administrativos; la STS de 19 de julio de 2010 se refiere a la discrecionalidad técnica de los Tribunales selectivos de función pública; y la STS de 30 de enero de 2014 trata sobre la denegación de inscripción de una marca nacional.



14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990— en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica «in aliunde» satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración».

También, en algún caso, se hace referencia a la STS de 4 de diciembre de 2013, referida a un contrato de gestión de servicio público (adjudicación de dos emisoras de radiodifusión sonora), donde se analizan las funciones de las Mesas de contratación (4), con especial incidencia en la motivación al aceptar los informes externos para formular su propuesta de adjudicación. En primer lugar, se destaca el carácter de las Mesas de contratación como órganos que ofrecen garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en entidades privadas, de lo que se desprende que no pueden aceptar asépticamente y sin mayor actividad los informes externos que soliciten:

«La necesidad de subrayar, como una obligada consecuencia de lo que acaba de afirmarse, y con especial énfasis, que cuando la Mesa se haya servido de ese asesoramiento externo no puede asumir sin más la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento, por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable; y que tiene atribuida precisamente con la finalidad de que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir estas adjudicaciones.

La Mesa puede ciertamente servirse de un asesoramiento técnico, pero debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

Esto último lo que conlleva es lo siguiente: (a) que la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acriticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus

(4) Como señala la sentencia se sigue la doctrina fijada en las Sentencias de 13 de marzo de 2013, Casación núm. 100/2011, que a su vez se apoya en dos anteriores de 28 de diciembre de 2012, Casaciones 573/2011 y 4506/2011 y de 11 de enero de 2013, casación 4506/2011.



propias razones de por qué lo asume; y (b) que si en el expediente alguno de los interesados ha formulado reparos al contenido de ese informe externo, la Mesa habrá de consignar su concreta posición o respuesta a tales reparos» (F. J. 4.º, apartado 5).

Las anteriores consideraciones condujeron a desestimar el recurso de casación y a confirmar la sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que había estimado el recurso y ordenado la retroacción del procedimiento para que la Mesa de contratación valorara todos los criterios de adjudicación otorgando la oportuna y concreta puntuación a los licitadores.

El TS no ha examinado aún la aplicación de la LCSP de 2017 en cuanto a la motivación. Asimismo, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia adolece de sentencias sobre esta misma cuestión, a salvo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2020, dictada en recurso de apelación (recurso de apelación 40/2020) contra la sentencia de 11 de noviembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 3 de Madrid.

El Juzgado conoció del recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, de adjudicación de la obra de construcción del edificio municipal multiusos, cuyo importe de licitación era de 853.555,71 euros y por tanto no susceptible de recurso especial (art. 44 LCSP) y por otro lado de su competencia al ser un acto proveniente de una entidad local (art. 8.1 LJCA). La empresa recurrente impugnaba realmente su exclusión de la adjudicación por baja temeraria, que supuso la adjudicación del contrato a otra empresa.

La estimación parcial del Juzgado se fundó en que la resolución impugnada adolecía de falta de motivación por no cumplir los requisitos del art. 151 de la LCSP, que era de aplicación al caso, y acordó que se volviera a notificar a la recurrente la decisión municipal con cumplimiento de todo lo señalado en dicho precepto legal.

La empresa, a pesar de haber visto estimado parcialmente su recurso en primera instancia, interpuso recurso de apelación solicitando que se le concediera un pronunciamiento de plena jurisdicción conforme a lo instado en la demanda. El Ayuntamiento compareció como apelado, pidiendo la confirmación de la sentencia de instancia.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia examina la congruencia de la sentencia impugnada, declarando que dicha sentencia cumple las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales y que ha aplicado correctamente el art. 151 LCSP. Y añade que lo más importante es que «otorga la tutela judicial interesada con carácter principal como se verá». Para el Tribunal Superior la tutela se encuentra en lo siguiente:



«En relación con el análisis de la resolución, se comparte con el Juez que adolece de motivación, lo que se denuncia a tenor del escrito de demanda, que en su fundamento de derecho segundo alega que le ha provocado indefensión y es arbitraria, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que fundamenta a los folios 7 y 8 de la misma, y que ha de concatenarse con el Suplico de la demanda que con carácter principal interesa la nulidad de la resolución impugnada del número 1 de la ley del art. 47 letra e) de la Ley 39/2015.... (se transcribe el precepto legal).

Tal es así, que ni el juez ni la Sala podría conocer con ello la razones por las que la hoy apelante fue excluida, pues la resolución de adjudicación (no existe una resolución presunta de exclusión, que desde un principio se apuntó como presunta y se pretendió incluso acumular, lo que evidentemente no se hizo, y como se dice en el suplico de la demanda) no contiene los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, ni los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, ni 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».

Como se dirá más adelante, esta es la solución que también los TARC suelen dar cuando estiman los recursos especiales por ausencia o falta de motivación.

2. La motivación en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

Un estudio de las resoluciones dictadas en durante el año 2021 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (estatal, TACRC, y autonómicos, TARC respectivos) permite observar la abundancia de recursos en los que se argumenta la insuficiente o inadecuada motivación de las resoluciones administrativas dictadas en los procedimientos de adjudicación. Los casos analizados permiten agrupar como supuestos más comunes los relativos a las exclusiones por bajas anormales y a la evaluación de los criterios de adjudicación.

El análisis de los acuerdos o resoluciones de los TARC permite extraer los problemas generales más relevantes de la doctrina de estos Tribuna-



les Administrativos, que se van a exponer agrupados en cuatro epígrafes: motivación *in aliunde*, suficiencia o insuficiencia de motivación, la retroacción del procedimiento en caso de estimación del recurso por este motivo, y la relación entre motivación y derecho de acceso al expediente de contratación.

A. MOTIVACIÓN *IN ALIUNDE*

La motivación puede estar incluida en el acuerdo o resolución de adjudicación o venir referida a los informes en que se fundamenta. Así la Resolución del TACRC núm. 1141/2021, dictada en el recurso especial contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de «Servicios de gestión energética y mejora de la eficiencia energética en el alumbrado público exterior», examinó la motivación del citado acuerdo con base en informes.

En concreto la Resolución citada, tras señalar que «Por lo que respecta al supuesto déficit de motivación del acuerdo de adjudicación y de la decisión de la mesa, hemos de recordar la validez de la motivación «in aliunde» o por remisión, de conformidad con el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», reitera el contenido de su anterior Resolución 37/2017:

«Pues bien, puede afirmarse que el acuerdo de adjudicación no ofrece en sí mismo información suficiente a efectos de comprobar la validez del acuerdo de adjudicación, pero la resolución de adjudicación asume como motivación el contenido de los informes técnicos a los que tuvo acceso el ahora recurrente al constar publicados en el perfil del contratante del órgano de contratación según la misma resolución, y ello amén de que se ha permitido el acceso al expediente con carácter previo a la interposición de la reclamación, por lo que se ha evitado la indefensión real y material, especialmente en cuanto se ha dado acceso al informe de valoración de las ofertas. Estamos, pues, ante una motivación denominada doctrinalmente «motivación in aliunde» consistente en fundamentar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos que obran en el expediente administrativo. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 88.6 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual: “5. La aceptación de informes o dictámenes servirá



de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”». Igualmente, en la Resolución 678/2019 se afirma que: «Ya hemos entendido en repetidas ocasiones que cuando el licitador ha tenido acceso al expediente de contratación y, en particular, a los documentos en que obran las razones de la valoración, no es posible presumir la inexistencia de dicho conocimiento ni por tanto estimar que se ha producido indefensión—, lo que reitera la Resolución 70/2015 según la cual —es doctrina también reiterada de este Tribunal que la insuficiencia de motivación de una resolución puede quedar subsanada por cualquier informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente ya que lo principal de la exigencia de la motivación en los acuerdos de exclusión y adjudicación señalados en el artículo 151.4 TRLCSP es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica, sin que en ningún caso por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión».

A la vista de que el informe técnico «motiva profusamente las valoraciones de las ofertas de todos los licitadores, con mención de todos los criterios sujetos a juicio de valor y las exigencias mínimas del Pliego de Prescripciones Técnicas» desestima este motivo del recurso especial (F.J. 9.º).

Por su parte, la Resolución del TACRC núm. 1143/2021, dictada con motivo del recurso especial contra el «Acuerdo Marco para la Contratación de los Servicios de Mediación de seguros para las entidades locales asociadas y sus entes dependientes por la Central de Contratación de la Federación Asturiana de Concejos», estimó el recurso dado que no se había facilitado a la entidad recurrente el informe que sirvió de fundamento al acuerdo de adjudicación.

En primer lugar, el F. J. 5.º de esta Resolución analiza la posibilidad de motivar el acuerdo de adjudicación con base en un informe técnico. Dice así:

«Insiste la parte recurrente en afirmar que el acuerdo de adjudicación carece de motivación, toda vez que aquél se apoya en un informe técnico al que no ha tenido acceso, viéndose así privada de la posibilidad de conocer los motivos por los que se efectuó la valoración y el consiguiente otorgamiento de puntuaciones. Frente a ello, se alza el órgano de contratación reconociendo que no se le dio acceso



al informe técnico en el que se fundamenta la decisión adoptada, pero que ello es debido a que, de haber permitido su acceso al recurrente, éste hubiera tenido acceso a extremos de las ofertas de sus competidores declarados confidenciales. Pues bien, la motivación supone, en esencia, que el interesado conozca los motivos o las razones en cuya virtud se adopta una determinada decisión, pero no es sinónimo de exhaustividad, ni impide que se realice por medio de la denominada "motivación in aliunde", esto es, por remisión a informe elaborado por órgano técnico competente. Dicho, en otros términos, si bien asiste la razón al órgano de contratación cuando señala que basta con la remisión que se efectúa al informe técnico, debemos determinar si ha obrado conforme a Derecho al no permitir a la recurrente acceder al tenor de aquél».

Para ello recuerda cómo la doctrina del Tribunal Supremo considera válida esta forma de motivación (STS de 11 de febrero de 2011), y repasa otras Resoluciones precedentes del propio TACRC (núm. 79/2016 y 70/2015), para establecer las siguientes conclusiones:

«Por lo tanto, es evidente que, tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la doctrina de este Tribunal, se deduce que:

- Cabe la motivación «in aliunde».
- Es preciso que el informe conste en el expediente.
- Es necesario que la recurrente pueda tener acceso a aquél.

Ello no es sino consecuencia lógica de la propia configuración de dicho concepto de motivación: efectivamente el órgano de contratación puede basarse en informes elaborados por órganos técnicos, y sin duda alguna puede remitirse al tenor de aquéllos para justificar la puntuación otorgada, pero precisamente por dicho motivo es necesario que el licitador pueda acceder al mismo. Dicho, en otros términos: carece de sentido privar al licitador del acceso al elemento en el que se basa la decisión adoptada, toda vez que, si no conoce el contenido de la misma, difícilmente puede conocer los motivos por los que se impone una determinada puntuación, ni menos aún recurrirlos. De la jurisprudencia expuesta se deduce que la motivación por remisión es válida si el informe obra en el expediente y si el interesado accede al mismo; no concurriendo tales circunstancias en el



presente supuesto no puede ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, por lo que la pretensión debe ser estimada».

En la Resolución del TACRC núm. 1032/2021 se consideró que la motivación era suficiente, con la consiguiente desestimación del recurso especial interpuesto contra la adjudicación del lote 1 de la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A. para contratar el «Servicio de limpieza y gestión de carros portaequipajes. Fase v». En este caso, en un primer momento, se comunicó a la empresa recurrente el acuerdo de adjudicación y posteriormente se le dio acceso a la información que solicitó, en concreto, al informe técnico (fundamento de la adjudicación) y a las ofertas económicas.

Por una parte, el TACRC recuerda la validez de la motivación *in aliunde*:

«Igualmente es preciso reiterar la validez de la motivación “in aliunde” o por remisión a documentación obrante en el expediente y accesible a los interesados. Para ello se apoya en sus Resoluciones núm. 646/2020 y núm. 1531/2019 y en la STS de 11 de febrero de 2011».

Por otro lado, el TACRC recuerda las exigencias de dichos informes que deben contener un razonamiento suficiente, aunque no exhaustivo:

«En este punto debemos recordar que este Tribunal tiene declarado (entre muchas Resolución núm. 707/2020, de 19 de junio) que no es preciso que los informes técnicos contengan un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que sea racional y suficiente, así como de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser por ello sucintos siempre que sean suficientes (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)».

Y reitera que esa motivación puede contenerse en estos informes, cuyo acceso por los licitadores salva los déficits iniciales de motivación, como ya sostuvo en sus Resoluciones núm. 79/2016 y 70/2015, lo que le conduce a la desestimación del recurso especial, toda vez que



«habiendo tenido acceso al informe técnico emitido en el procedimiento de contratación en el que se desglosan las valoraciones y se detallan los motivos que sustentan las diferentes puntuaciones, debe admitirse como suficiente la motivación ofrecida y negar la existencia de ningún tipo de indefensión».

Por su parte, la Resolución del TARCA Andalucía núm. 129/2021 desestima el motivo de falta de motivación alegado en el recurso especial interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio a personas en situación de dependencia del Municipio de Mairena del Aljarafe». Y lo hace con la siguiente argumentación:

«En relación con la resolución de adjudicación de 22 de octubre recurrida, este Tribunal ha podido comprobar que a lo largo de las 32 páginas de que consta, detalla el procedimiento de licitación seguido, y en lo que aquí interesa, además del desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, entre las páginas 19 a 26 contiene la transcripción literal del citado informe técnico. Por ello no puede admitirse la alegación de la recurrente respecto a la falta de motivación de la misma, y a la indefensión que dice haberle provocado. Prueba de ello es que ha podido interponer un recurso especial suficientemente fundado. Por otra parte, la alegada indefensión no se sostiene si tenemos en cuenta que la recurrente había tenido acceso al informe técnico publicado en el perfil de contratante el 24 de septiembre, como afirma en el escrito que dirige al órgano de contratación solicitando el acceso a la documentación técnica aportada por el resto de licitadoras».

Como puede verse, los informes técnicos deben estar suficientemente motivados. Así la Resolución del OAR de Euskadi núm. 151/2021 estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato de «Suministro de filtros antimicrobianos de uso terminal para la OSI Donostialdea» de Osakidetza. Por un lado, el OAR recuerda su doctrina sobre la motivación:

«Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejer-



cicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y, lo que es especialmente importante en este caso, expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás. Consecuentemente, la mera descripción o enunciación de algunas de las características de las ofertas, sin emitir juicio de valor alguno, no constituye la motivación legalmente exigida en el artículo 151.2 de la LCSP porque no se refleja el razonamiento que ha seguido el órgano técnico al valorar las distintas proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2015 del OARC / KEAO)».

Y seguidamente analiza el informe técnico para constatar su motivación insuficiente:

«Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa lo siguiente: 1) La valoración de las ofertas se ha realizado de una manera incorrecta, pues ha consistido fundamentalmente en comprobar el cumplimiento de las “prescripciones excluyentes”; como este órgano ha indicado anteriormente, los criterios de adjudicación tienen como función principal comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, a diferencia de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación 18/23 con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2018 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE). 2) Se observa que el informe de valoración infringe el fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación, que es un límite a la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa, pues no contiene valoraciones sobre los acabados, facilidad de instalación, sustitución y mantenimiento de los filtros, todos ellos aspectos de la oferta a valorar conforme a un juicio de valor (cláusula específica 22.2.1 del PCAP). 3) Asimismo, tampoco consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas



que vincule los materiales analizados y las puntuaciones. Es decir, no es posible saber qué aspectos de las proposiciones son destacables para obtener una calificación favorable de la oferta, y en qué grado. Debe recordarse que la motivación supone dar plena razón del proceso lógico que lleva a adoptar una decisión, y que ello implica que consten los elementos valorados, la puntuación atribuida y el juicio que merecen los elementos tras aplicar los criterios de adjudicación, que debe ser coherente con los otros dos requisitos. Faltando este juicio, la motivación es insuficiente, por lo que este motivo impugnatorio debe estimarse».

La relevancia de los informes técnicos puede ser considerada a la luz de la Resolución del TARCAragón núm. 20/2021 que desestimó el recurso especial contra la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Dirección de las Obras de construcción del nuevo centro de salud Barrio Jesús en Zaragoza. Lote 1», promovido por el Servicio Aragonés de Salud, por entender que el informe técnico estaba suficientemente motivado:

«A la vista de lo expuesto, resulta que el informe técnico emitido respecto de la viabilidad de la oferta —en el que, entre otros extremos, se examina la aportación de copia de los recibos que la mercantil viene abonando por los servicios que van a estar afectos al contrato— responde a parámetros de razonabilidad y racionalidad en los términos mencionados en el anteriormente citado Acuerdo 55/13, y motiva —al contrario de lo que postula la actora— que la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, ha justificado la viabilidad de su oferta, sin que asista razón a la recurrente y todo ello con base en el Acuerdo 87/2020, de 30 de octubre, de este Tribunal administrativo —invocado por la recurrente y en el que se confirmó la actuación de la Administración— puesto que, como en el presente caso —y así se viene poniendo de manifiesto a lo largo de este Acuerdo—, el informe del servicio técnico de la Administración sobre viabilidad de la oferta goza de la presunción *iuris tantum* de acierto y razonabilidad, sin que dicha presunción haya decaído por falta de motivación, tal y como pretende la actora» (pág. 22).

También la Resolución del TARCMadrid núm. 325/2021 reconoce la motivación fundada en el informe técnico, recordando su doctrina de su Resolución núm. 86/21:



«Respecto a la ausencia de motivación, la resolución de adjudicación se remite al informe técnico del servicio correspondiente, es decir al Informe emitido por el Servicio Técnico el 5 de mayo de 2021, y que detallaba los motivos de la no aceptación de las explicaciones dadas por la empresa APR. A este informe, en el que se hacía constar el motivo por el que no se consideraba justificada la oferta, tuvo acceso la recurrente en la vista del expediente realizada el 10 de junio de 2021. A este respecto, como alega el adjudicatario, nos encontramos ante una resolución de exclusión que cuenta con una manifiesta motivación in aliunde, pues existe un informe justificativo en el expediente administrativo que permite conocer con todo detalle los concretos motivos de la exclusión del licitador».

Todo ello le llevó a desestimar este motivo del recurso especial.

Por último, la Resolución del TARC de Cataluña núm. 382/2021, de 21 de diciembre, con apoyo en la STS de 4 de diciembre de 2021 arriba analizada, estimó el recurso especial contra la exclusión de la proposición de una empresa licitadora del contrato de construcción, suministro y mantenimiento de diez unidades de tren eléctrico de longitud máxima de 100m y capacidad para 600 personas, al entender que para dicha exclusión se había fundado en un informe externo, pero sin que la Mesa hubiera ejercido sus funciones y por tanto asumido de forma crítica y motivada las conclusiones de dicho informe. El citado TARC ordena la retroacción del procedimiento a este punto, con la particularidad de que, además, ofrece algunas consideraciones añadidas sobre otros aspectos controvertidos de la licitación, relativos a la valoración de las ofertas. El Acuerdo del TARC Navarra núm. 117/2021 confirma esta posición al rechazar el argumento de que la Mesa de contratación estaba vinculada por las valoraciones efectuadas por el informe del Consejo Escolar, advirtiendo que corresponde a la Mesa de contratación de forma exclusiva la valoración de las ofertas.

De las resoluciones expuestas cabe extraer la siguiente doctrina:

- 1) La motivación de los actos de adjudicación puede encontrarse en los informes técnicos que los sustentan. Dichos informes técnicos deben contener, a su vez, una motivación suficiente que explique con detalle, aunque no exhaustivamente, las valoraciones efectuadas.
- 2) La Mesa de contratación debe examinar y pronunciarse sobre las conclusiones de los informes técnicos externos, sin que sea posible su aceptación simple, directa y acrítica. A ella le corresponde en exclusiva la valoración de las ofertas.



- 3) Los informes técnicos deben ser facilitados a los licitadores, teniendo estos derecho de acceso a aquéllos.

B) SUFICIENCIA O INSUFICIENCIA DE LA MOTIVACIÓN

En primer término, debe advertirse que la motivación debe existir siempre, pero que ello no significa que deba ser exhaustiva, sino contener los elementos fundamentales que garanticen la efectividad del derecho de defensa.

En orden a una exposición más clarificadora se van a exponer, en primer lugar, las resoluciones de los TARC que han declarado la suficiencia de la motivación; en segundo lugar, aquellas que advierten de su insuficiencia; y finalmente otras que se refieren a la motivación reforzada para determinados supuestos.

Así la Resolución del TACRC núm. 1038/2021 rechazó el recurso especial interpuesto contra la Resolución de adjudicación del contrato administrativo denominado «Suministro de fuentes de agua purificada mediante alquiler para los centros UMIVALE» (Mutua Colaboradora de la Seguridad Social).

En primer lugar, enuncia la información contenida en el acuerdo de adjudicación:

«Pues bien, por una parte es cierto que, tal y como alega el órgano de contratación, del examen de dicho documento se extraen las siguientes conclusiones:

- Detalla exactamente la puntuación que se otorgará en cada caso.
- Expresamente establece las puntuaciones que se otorgarán a cada uno de los artículos que conforman esta licitación.
- Define con claridad lo que se tendrá en cuenta para otorgar las puntuaciones».

Después, recuerda su anterior doctrina sobre la motivación:

«En nuestra Resolución 1116/2015 ya dijimos que: “la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como de-



clara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982 de 16 de junio, SSTs de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo 1999 y 13 de enero de 2000)».

Y, finalmente, concluye desestimando la pretensión de falta de motivación:

«La posible omisión de algún razonamiento no puede llevar automáticamente aparejada la nulidad del procedimiento de contratación. Esta circunstancia solo es posible si efectivamente se ha producido indefensión, es decir, que el licitador no haya podido articular coherentemente su defensa, cosa que no ocurre en el presente caso puesto que, aunque la motivación sea sucinta, lo cierto es que permite apreciar que se ha efectuado un juicio comparativo entre ambas licitadoras, otorgándose, tras una cata (de carácter discrecional y no susceptible de control por nuestra parte), la puntuación en proporción, esto es, en función del agua que, a criterio del órgano de contratación, presenta “mejor sabor”, con base a que en el propio anexo se recoge, como ya hemos indicado, que se valora “que sea inodora, insípida e incolora”».

Por su parte, la Resolución del OAR de Euskadi núm. 165/2021 con motivo de la desestimación del recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato para la «Producción, montaje y comisariado de la exposición denominada MEMORIA VISUAL ZORROTZAURRE» del Ayuntamiento de Bilbao, reitera(5) su doctrina relativa a la suficiencia de motivación, ya transcrita más arriba de la Resolución núm. 151/2021.

La Resolución del TARC Andalucía núm. 259/2021 desestima el motivo de motivación insuficiente esgrimido en el recurso especial contra la adjudicación del lote 5 del contrato denominado «Servicio para la impartición de acciones formativas específicas de formación profesional para el empleo, dirigidas a personas trabajadoras desempleadas» de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Y así afirma lo siguiente:

«Por tanto, este Tribunal considera que la resolución recurrida sí cuenta con motivación suficiente pues indica, aunque

(5) En idéntico sentido pueden verse sus Resoluciones núm. 12/2021 (págs. 5-6), 61/2021 (pág. 7), 146/2021 (págs. 6 y 7),



sea sucintamente, la razón que sustenta la falta de puntuación al criterio de adjudicación de experiencia profesional. En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En concreto y en nuestra Resolución 65/2019, de 14 de marzo, se afirmaba: «la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa». En el presente supuesto no cabe duda, tal como afirma el órgano de contratación, que la entidad ANDALUZA DE PREVENCIÓN ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamenta la falta de puntuación obtenida por la experiencia profesional del equipo docente, y que combate con diferentes argumentos que se expondrán en el siguiente fundamento de derecho. Por lo tanto, del contenido de su escrito de recurso se demuestra que es plenamente conocedora de los motivos que ocasionaron su falta de obtención de puntuación en el citado apartado, por lo que no se le ha producido indefensión alguna, ni se ha visto mermado su derecho material de defensa» (F J 7.º).

También la Resolución del TACPAragón núm. 71/2021 desestimó el recurso especial interpuesto contra su exclusión del procedimiento de contratación denominado «Acuerdo marco de homologación para la realización de procedimientos quirúrgicos en la Comunidad Autónoma de Aragón. Lote 2. Sublotes: 2.2, 2.6, 2.7 y 2.9.», del Departamento de Sani-



dad del Gobierno de Aragón, por entender que la resolución estaba suficientemente motivada. Y argumenta así su doctrina sobre la motivación:

«Así, tal y como ha sostenido el TACRC en diversas ocasiones —valga, por todas, la Resolución núm. 822/2018, de 24 de septiembre— en un criterio que este Tribunal comparte, en cuanto a que: “con carácter general, que la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo”.

Entre dicha jurisprudencia cabe citar, al igual que el TACRC en algunas de sus Resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recaída en recurso de casación núm. 950/2008, en la que se indica a este respecto: “5. La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás. Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004)”» (pág. 20).

Dentro del grupo de resoluciones que consideran que la motivación fue insuficiente, cabe referirse, en primer término, a la Resolución del TACRC núm. 871/2021, que insiste en la vinculación entre motivación y de-



recho de defensa, en el recurso interpuesto por una empresa contra su exclusión del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de servicios diversos para la Consejería de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de la Ciudad Autónoma de Ceuta, por haber presentado una oferta anormalmente baja. El TACRC estima dicho recurso por falta de motivación y anula en consecuencia el acuerdo de exclusión, con retroacción del procedimiento. El fundamento de la estimación del recurso no es otro que la falta de motivación, que impide la presentación de un recurso especial con plenas garantías:

«Se constata que existe un déficit de la propia resolución de adjudicación puesto que no contiene las razones por las que la oferta de la recurrente ha sido considerada anormal o desproporcionada, sin que se hayan incorporado los argumentos del informe de 20 de diciembre de 2020 para no admitir la justificación de la empresa, al acuerdo de adjudicación, ni, por otra parte, se ha dado publicidad a dicho informe, conculcándose lo dispuesto en el artículo 151. 1 y 2 b) de la LCSP, en virtud del cual 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. La notificación y la publicidad 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: b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta...» (6).

Otro supuesto de motivación insuficiente puede verse en la Resolución del TACRC núm. 692/2021 nuevamente por la exclusión de la oferta de la empresa recurrente por incurrir en anomalía dentro del procedimiento «limpieza del colegio Público de Educación Infantil y Primaria «Pedro de Estopiñán» de la Ciudad de Melilla». También en este caso el TACRC estimó el recurso «con el fin de que se le practique al recurrente una nueva notificación que indique las razones del rechazo de la justificación de su oferta incurso en presunción de anomalía». En primer término, el Tribunal Administrativo recuerda su doctrina sobre la motivación contenida en su anterior 1319/2019. Y concluye que

(6) Se toma apoyo en la Resolución núm. 875/2018, que a su vez cita un gran número de anteriores resoluciones del TACRC.



«en el caso que nos ocupa la decisión de la mesa y del órgano de contratación de excluir a ROHECE también se basa en el informe técnico, pero a diferencia del caso resuelto en la citada resolución, tal informe técnico y el acta de la mesa, en los cuales se basa la Consejería de Hacienda, Economía y Empleo de la Ciudad de Melilla han sido publicados tras la interposición del recurso, lo que supone que la recurrente no conoció ni tuvo la oportunidad de conocer las razones de tal decisión para poder en su caso combatirlas. Ello determina que el acto recurrido efectivamente adolece de una evidente falta de motivación que ha causado indefensión a la recurrente».

La Resolución del OAR de Euskadi núm. 12/2021 estima el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato «Suministro de productos necesarios para la realización de estudios de cáncer hereditario en el laboratorio de genética molecular de la Organización sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces», de Osakidetza. Su argumentación, tras recordar la función de la motivación (Resolución núm. 116/2018) es la siguiente:

«La actuación del órgano de contratación no da razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación de los criterios de adjudicación y no ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado; debe tenerse en cuenta que no es suficiente, a estos efectos, la motivación posterior, pues no pudo ser conocida por el recurrente antes de elaborar su impugnación (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe estimarse este motivo de recurso, con los efectos que se señalan en el siguiente apartado» (pág. 11).

De gran interés es la Resolución núm. 312/2021 del TARCAAndalucía(7) que analiza un supuesto de ausencia de motivación con motivo del examen del recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato denominado «Contrato de Servicio de Recogida Selectiva de Cartón, Papel y Envases Ligeros Multimateriales en el Término Municipal de Pa-

(7) Este resumen de jurisprudencia sobre motivación ya se encontraba en su Resolución núm. 37/2021 dictada con motivo de un recurso especial interpuesto contra la adjudicación de diversos lotes del contrato «Servicio de apoyo y asistencia escolar para alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía» (pág. 11-12).



los de la Frontera», lote 2. En concreto, con base en anteriores resoluciones del propio Tribunal Administrativo y la jurisprudencia tanto del TGUE como del TC sobre motivación (8), afirma lo siguiente:

«En el supuesto examinado, la decisión de adjudicación carece de motivación pues, no añadiendo ninguna razón o motivo que justifique la preferencia de una licitadora frente a otra, se apoya íntegramente en el informe técnico de valoración que se limita, a su vez, a asignar una puntuación a las distintas empresas sin mayor explicación sobre los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico y las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conduce, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada al respecto, habiéndose infringido lo dispuesto en el artículo 151 de la LCSP» (F.J. 6.º).

También, conviene señalar cómo en determinados supuestos se requiere una motivación reforzada (9). Así el OAR ha señalado esta exigencia para los supuestos de exclusión de una oferta por incurrir en anormalidad. La Resolución núm. 136/2021 estima el recurso especial contra la exclusión de la empresa recurrente en el procedimiento de adjudicación del contrato de «Servicio de restauración, conservación, recuperación y mejora de cauces y márgenes de ríos y arroyos y del litoral de la Comunidad Autónoma de País Vasco (lote 3)», de la Agencia Vasca del Agua (URA). Y afirma lo siguiente:

«Teniendo en cuenta los epígrafes anteriores, hay que concluir que, aunque URA está amparada por un margen de discrecionalidad técnica en su tarea de verificación de la anormalidad de la oferta, en este caso no se dan los requisitos mínimos para considerar que dicho margen se ha ejercido dentro de los límites que lo constriñen, especialmente porque nos hallamos ante una explicación incompleta e insuficiente de las justificaciones aportadas por la recurrente. Tampoco se alega ni acredita en el Informe técnico que la oferta se base en hipótesis técnicas, económicas o jurídicas inadecuadas, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales (artículo 149.4 de la LCSP). Tal y

(8) También puede verse similar argumentación en la Resolución del TARCGalicia núm. 24/2021.

(9) En igual sentido véase la Resolución del TARCMadrid núm. 141/2021.



como se ha puesto de manifiesto en la Resolución 68/2019 de este OARC / KEAO, el que la LCSP diga ahora en su artículo 149.6 que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada no significa que la exclusión de la oferta no requiera motivación o requiera tan solo una motivación simple. La exigencia de una motivación reforzada para fundar el rechazo de la oferta, mantenida por este Órgano bajo la vigencia de la legislación anterior, no aparecía sin embargo expresamente mencionada en el TRLCSP; por el contrario, esta exigencia se basaba en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido» (págs. 13-14).

La motivación debe resultar igualmente reforzada en los supuestos de no formalización del contrato por el poder adjudicador, como puede verse en la Resolución del OAR núm. 140/2021, que estimó el recurso especial interpuesto contra el acuerdo de no formalizar el contrato de «Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación). Y afirma lo siguiente:

«Debe señalarse que la necesidad de motivación o justificación de la decisión de no formalizar el contrato debe ser especialmente exigente en un supuesto como el que nos ocupa por darse dos circunstancias, relacionadas con el itinerario del procedimiento de adjudicación y los antecedentes del presente recurso: (i) D. J.M.S. ha tenido que acudir al recuso especial en defensa de sus intereses en relación con dos de las decisiones adoptadas en el procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador, la de desistir del procedimiento de adjudicación y la de adjudicar el contrato a otra



empresa, obteniendo de este OARC / KEAO en ambos supuestos una resolución estimatoria a sus pretensiones (Resolución 168/2019 y Resolución 203/2019) y (ii) el poder adjudicador ha decidido no formalizar el contrato (3 de mayo de 2021) transcurridos siete meses desde la adopción de la 11/12 decisión de su adjudicación (8 de octubre de 2020) y alegando motivos que no parecen haber surgido recientemente. Sin embargo, el poder adjudicador no ha realizado un esfuerzo de motivación proporcionado a estas circunstancias, y ni siquiera ha aprovechado el trámite de contestación al recurso especial para ampliar la defensa del acto impugnado» (págs. 10-11).

Esta justificación reforzada puede verse asimismo en la Resolución del TARCGalicia núm. 143/2021 en la que se estimó el recurso especial contra la actuación del Ayuntamiento de Ribeira cuyo Pleno no aprobó el dictamen de la Comisión municipal competente respecto de la contratación de los servicios de operación y mantenimiento de los sistemas de saneamiento de las EDAR de Couso y Corrubedo, con la consecuencia de la no adjudicación o desistimiento del contrato.

De forma resumida, cabe concluir que la motivación es una justificación «ad casum», no abstracta, que debe permitir que los licitadores conozcan las razones que han llevado a un poder adjudicador a tomar una determinada decisión. El contenido de la motivación debe ser adecuado y suficiente para que un licitador pueda articular de forma solvente un recurso frente a los actos o acuerdos dictados en el procedimiento de adjudicación. Por ello, aunque no debe ser exhaustiva, la motivación debe contener un grado de detalle en el que se exponga el razonamiento que ha llevado al poder adjudicador a otorgar una determinada evaluación o a efectuar una exclusión.

C RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como ha podido verse más arriba, la ausencia o insuficiencia de motivación o de acceso a los informes técnicos provoca la estimación del recurso, pero con la retroacción del procedimiento para que se entregue a las empresas recurrentes la motivación adecuada o se les faciliten los informes que sustentan la misma.

Numerosas Resoluciones de los TARC estiman el recurso especial en los casos de falta o insuficiencia de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de su correcta notificación de la motivación.



Así pueden verse las Resoluciones del TACRC núm. 665, 723, 871, 929 y 934/2021. La Resolución del TACRC núm. 871/2021 estimó el recurso especial por falta de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a fin de que se produzca una nueva notificación de la adecuada y suficiente motivación:

«Al no haber tenido acceso la mercantil recurrente a toda la información utilizada por el órgano de contratación para motivar la adjudicación, no ha podido combatirla con todo detalle, por lo que cabe apreciar la indefensión alegada y procede la estimación del recurso para que le sean notificadas motivadamente a la recurrente las razones por las que su oferta ha sido rechazada, de manera que pueda interponer nuevamente recurso especial suficientemente fundado, si así lo considera, sin que pueda procederse a la formalización del contrato en el lote afectado hasta la resolución del nuevo recurso que pueda interponerse o hasta que transcurra el plazo establecido para su interposición sin que se hubiera ejercitado esta facultad».

Por su parte, la Resolución núm. 934/2021 estimó el recurso especial interpuesto contra la exclusión del lote 8 del procedimiento «Contratación del servicio de transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Núm.61, en Andalucía Occidental y Aragón», con estos efectos:

«Las anteriores consideraciones llevan a conducir a la estimación del recurso, con el efecto de acordar la anulación de la resolución de exclusión, con retroacción del procedimiento al momento anterior a dicha exclusión, debiendo dirigirse a RADIO TAXI DE SEVILLA un nuevo requerimiento completo y claro, ajustado estrictamente a lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, a través del cual se conceda un plazo que permita a la empresa aportar toda la información que justifique la viabilidad de su oferta en los términos previstos en dicho precepto legal, debiendo adoptarse por el Órgano de contratación la decisión precedente respecto de la justificación de la baja, a la vista de la información aportada tras dicho requerimiento, motivando debidamente la decisión que se adopte (particularmente, en caso de exclusión)».

Como puede verse es la fórmula habitual, recogida asimismo en la Resolución núm. 929/2021 del mismo TACRC:



«Por tanto, se estima este motivo de recurso para que se notifique nuevamente a la empresa recurrente la resolución de adjudicación, indicando, como exige el artículo 151 LCSP, «las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas», es decir, con aportación del informe de valoración y de cuantas otras explicaciones se consideren relevantes para que la empresa recurrente conozca las circunstancias de la valoración realizada, concediéndole pie de recurso ante este Tribunal, y no procediendo la formalización del contrato adjudicado hasta que transcurra, en su caso, el plazo para interponer recurso especial en materia de contratación».

Idéntica posición se mantiene por el OAR de Euskadi que retrotrae los procedimientos de exclusión de una oferta por incurrir en anomalía a fin de que vuelva a ser suficientemente motivada y se proceda a la aplicación de los criterios de adjudicación de dicha oferta (núm. 136/2021 y 153/2021). Como se concluye en esta segunda Resolución:

«A la vista de lo expuesto en los apartados, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la oferta de PROMOPARC sea readmitida y se apliquen los criterios de adjudicación sujetos a fórmula en los términos previstos en los pliegos».

También la Resolución del TARCA Andalucía núm. 37/2021 ordena la retroacción del procedimiento:

«En consecuencia, dada la ausencia de toda motivación sobre la exclusión de las ofertas de la recurrente a los lotes 2, 3, 8 y 9 y la indefensión que la misma le ha provocado, procede la estimación del recurso, lo que obliga a anular la adjudicación de los citados lotes así como el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el 9 de septiembre, en relación a los mismos, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento posterior al análisis efectuado por la mesa de la subsanación de la documentación previa a la adjudicación presentada por la recurrente, con objeto de que se lleve a cabo la adecuada motivación del acto» (pág. 12).



Los problemas derivados de la retroacción, que posiblemente darán lugar a un nuevo recurso especial por éste u otros motivos, pretenden ser paliados parcialmente por una «retroacción auxiliada» como la realizada por la Resolución del TARCCataluña núm. 382/2021, que no se limita a ordenar la retroacción, sino que también ofrece criterios sobre otros aspectos cuestionados por el recurso especial, a fin de favorecer la adecuación a Derecho de la nueva resolución de adjudicación.

Un caso singular en el que no se ordena la retroacción procedimental, lo constituye la Resolución del TARCAndalucía núm. 312/2021. En ella el TARC andaluz se separa del criterio general de retroacción, limitándose a la simple anulación, debida a la ausencia de motivación y no a su insuficiencia:

«En consecuencia, en el presente expediente, no estamos ante una motivación insuficiente sino ante una ausencia de justificación técnica en las puntuaciones dadas que supera el límite de la discrecionalidad técnica. Por ello, no resulta posible por la vía de anular la adjudicación, permitir que el órgano evaluador complete sus argumentos sin alterar la esencia de los mismos, ni las puntuaciones asignadas, pues estaría, ahora, construyendo ex novo el criterio técnico... En base a todo lo expuesto, procede estimar el presente alegato por ausencia total de motivación de la decisión de adjudicación y, en consecuencia, declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas».

Así también en los supuestos de denegación de acceso por confidencialidad, cuando esta es negada, se retrotrae el procedimiento. Un ejemplo de ello puede verse en la Resolución del TARCAndalucía núm. 129/2021, arriba citada, se refiere a la confidencialidad que tiene un carácter limitado y no absoluto:

«En cuanto a la invocación de confidencialidad que realiza el órgano de contratación, basta con la remisión del informe previa disociación de datos confidenciales, no constando que por parte de la Federación Asturiana de Concejos (FACC) se haya efectuado tal esfuerzo, limitándose a afirmar que contiene datos confidenciales. Por todo ello ha lugar a la pretensión de falta de motivación invocada por la recurrente, debiendo anularse el acuerdo de adjudicación, retro trayendo el



procedimiento con el fin de que aquél pueda tener acceso al contenido del informe en el que se basa el acuerdo aquí recurrido, previa disociación —en su caso— de los elementos confidenciales que afecten a las ofertas de sus competidores». Todo ello condujo a la estimación del recurso, «acordando la retroacción del procedimiento con el fin de permitir el acceso de las licitadoras al informe técnico al que se remite dicho acuerdo, previa disociación, si así fuese necesario, de los datos confidenciales» (fallo de la Resolución).

Sin embargo, la retroacción por la insuficiente motivación de la adjudicación no es aplicable cuando se refiere a la fase final y ya se conoce la valoración de los sobres 2 y 3 (criterios de juicios de valor y de aplicación automática), que quedaría alterada si se aplicara la simple retroacción procedimental. Esto es lo que ha llevado al TARCCataluña a proceder a la anulación de todo el procedimiento de licitación para garantizar los principios de la contratación pública en el contrato de servicios de mantenimiento de los edificios de la Dirección General de la Policía del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña (Resolución núm. 377/2021).

D) MOTIVACIÓN, ACCESO Y CONFIDENCIALIDAD

Al hilo de la STJUE de 7 de septiembre de 2021 antes comentada, cabe reseñar algunos pronunciamientos de los TARC relativos a la conexión entre motivación y derecho de acceso, sobre todo cuando está en juego la confidencialidad.

La doctrina de los TARC suele establecer que la suficiencia de la motivación, dado que está en íntima conexión con el derecho de defensa, puede permitir negar el acceso, especialmente cuando concurren causas de confidencialidad de los datos de otros licitadores.

Así la Resolución del OAR de Euskadi núm. 86/2021, en el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato de «Servicios de actividades físicas y deportivas y de salvamento y socorrismo acuático en las instalaciones gestionadas por el Instituto Municipal de Deportes» del Ayuntamiento de Ermua, desestimó la solicitud de acceso de la empresa recurrente al entender la suficiencia de la motivación, que no causaba indefensión. Su argumentación es la siguiente:

«La recurrente pide el acceso a la oferta de ATHLON alegando que, en el trámite de acceso previo a la interposición del recurso, solo pudo acceder a un folio del proyecto que de-



sarrolla el criterio de adjudicación E.1. Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión de la recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un 9/20 recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por la recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el



derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación 10/20 presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018, 57 y 134/2019 y 30/2021)» (págs. 9 y 10).

Por su parte, la Resolución del OAR núm. 95/2021, con motivo del recurso especial contra la adjudicación del contrato «Servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las piscinas de ocio y recreación y en las instalaciones del Polideportivo de Hernani», tras reiterar idéntica doctrina a la ya transcrita, concluye que:

«Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido debido a que el motivo fundamental de su petición, la sospecha de que no va a subrogar a la totalidad del personal que figura en un listado adjunto al PPT, ha podido ser alegada sobre la base de la motivación que figura en el informe de valoración del Criterio de adjudicación 1.b) Organización del personal que va a prestar el servicio y se ha podido formular un recurso en base a ella; de hecho, a la recurrente le ha sido suficiente con analizar dicho informe para fundar sus argumentos en torno a la parte de la oferta que incumple los pliegos y los términos en los que se efectúa dicho incumplimiento. En una situación como esta el acceso a la oferta únicamente serviría para reiterar las afirmaciones efectuadas, que han sido debidamente argumentadas en el recurso, o para comprobar que son infundadas, lo que en cualquier caso supondría una demora injustificada del plazo para la resolución del recurso. A la vista de esta conclusión, el supuesto incumplimiento del poder adjudicador de su obligación de contestar a las dos peticiones de acceso al expediente solicitadas por la recurrente, si bien pudiera constituir un incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 52 de



la LCSP y 16.1 del RPE, en este caso concreto 8/12 carece de la relevancia necesaria para considerarla como una infracción del derecho de acceso al expediente».

Dichas Resoluciones del OAR reflejan la actuación generalizada de los TARC, como puede verse en la Resolución del TACRC núm. 789/2021y en la Resolución del TARCAndalucía núm. 188/2015, que afirman que una adecuada motivación puede suplir el acceso al expediente, en especial, a los aspectos confidenciales del mismo.

V. Conclusiones

La falta de motivación es un vicio del contrato administrativo en cuanto afecta a los principios generales que rigen el procedimiento de licitación. Por tanto, convierte el acto de adjudicación (o de exclusión) en un acto anulable, como afirma la Resolución del TACRC núm. 1039/2021, que puede ser objeto de recurso por parte de la empresa licitadora afectada. Su estimación comporta la anulación del acto o acuerdo impugnado.

Sin embargo, las consecuencias de dicha estimación son muy limitadas. El carácter de la motivación como requisito formal, aunque básico, lo diferencia del contenido de la resolución dado que su falta solo provoca la retroacción del procedimiento administrativo, a fin de que por el órgano de contratación se justifiquen adecuadamente los motivos de su decisión con notificación de su nueva resolución, de modo que pueda ser objeto de pleno control por parte de los tribunales administrativos o de justicia. Ello supone que se notificará al recurrente la nueva resolución que se dicte con la motivación correspondiente, ahora ya suficiente y adecuada, lo que le obligará, en caso de discrepancia con ella, a volver a interponer recurso especial o contencioso-administrativo sobre el fondo del asunto.

Considero que esta es la causa(10) de la práctica inexistencia de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que abordan la motivación de las resoluciones administrativas sobre contratación pública. Resultaría una victoria pírrica vencer al cabo de varios años de peregrinaje judicial, para al final lograr únicamente que el poder adjudicador

(10) Se ha efectuado una búsqueda lo más exhaustiva posible de sentencias de los Tribunales de justicia en diversas bases de datos del período posterior a la LCSP sin que se haya encontrado más que la ya citada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2020. Asimismo, cabe resaltar que el gran número de resoluciones de los TARC, que acostumbran a citar como base de su fundamentación la jurisprudencia, no ofrece otras citas que las ya comentadas todas ellas anteriores a la LCSP de 2017 y además que no se refieren a la contratación pública.



vuelva a justificar por qué adoptó determinada decisión. Ahí tenemos el ejemplo arriba expuesto de la empresa recurrente contra el acuerdo de adjudicación del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra que le ha excluido de la licitación por baja temeraria: ha vencido en primera instancia, pero su victoria ha sido muy parcial puesto que solo se ordena la retroacción para una nueva notificación de una resolución ya motivada; recurre en apelación donde se encuentra de nuevo con la oposición del Ayuntamiento apelado que cometió la ilegalidad de la insuficiente motivación, pero sin éxito en cuanto al fondo de su pretensión, puesto que se le desestimó su recurso de apelación; y, para colmo, tiene que pagar no solo sus gastos procesales sino también las costas (limitadas a 1.500 euros, más IVA).

Cuando pueda interponerse recurso especial, aducir la ausencia o insuficiente motivación es fácil, puesto que se trata de una vía de recurso «cómoda» para la empresa recurrente, lo que comporta que —como se ha analizado— se trata de una vía muy utilizada. No se sufren gastos «procesales» ni condena en costas y en principio esta vía es rápida y eficaz, y además puede llevar la paralización de los actos recurridos, *ex lege* cuando se trate de la adjudicación (art. 53 LCSP).

Pero, ¿qué ocurre cuando se trata de contratos respecto de los que no es posible interponer recurso especial (art. 44 LCSP)? La respuesta es fácil y sencilla y viene de lo que acabamos de analizar: ninguna empresa se inclinará por interponer un recurso contencioso-administrativo que no evita que siga adelante la adjudicación y para obtener, a lo sumo y al cabo de varios años, una estimación parcial de su demanda consistente en la retroacción del procedimiento para que le notifiquen de forma motivada.

En este funcionamiento del sistema hay algo que no encaja. La ilegalidad cometida por los poderes adjudicadores «solo» recibe el castigo de la retroacción. Por el contrario, se obliga a la empresa afectada a recurrir por segunda vez la nueva notificación que se le efectúe. Cabría volver a preguntarse por la aplicación de la vía de la indemnización de daños y perjuicios prevista en las Directivas de recursos, y sin embargo no utilizada por los TARC y tampoco por los Tribunales de Justicia.

Asimismo, no cabe aceptar la amplitud de la consecuencia relativa al derecho de acceso, toda vez que el mismo es complementario de la motivación, y el hecho de que esta sea suficiente no debe privar al recurrente del acceso al expediente, con la salvedad de la parte confidencial del mismo. Por tanto, solo en el caso de la confidencialidad resulta aplicable la doctrina de los TARC, pero no en los demás casos, en que la falta de acceso en vía administrativa debiera ser corregida por el TARC competente con base en lo establecido en el art. 52 LCSP.



VI. Bibliografía

- ESTELLA DE NORIEGA, A. (2005). *El control de la Administración Comunitaria a través de la motivación. Un análisis jurisprudencial*. Ed. Aranzadi.
- FERNANDO PABLO, M.M. (1993). *La motivación del acto administrativo*. Ed. Tecnos. Madrid.
- FERNANDO PABLO, M.M. (2017). «La motivación de los actos administrativos», en FERNANDO PABLO, M.M. (Dir.), *Liber amicorum salmanticensis profesor Ángel Sánchez Blanco (cuarenta años de ordenamiento constitucional)*. Ed. Ratio Legis, págs. 21-48.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2017). «La motivación de los actos administrativos», en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común régimen jurídico básico del sector público*, t. II, Ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2017, págs. 1801-1847.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2017). *La motivación de los actos administrativos*, Ed. Aranzadi.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2018). «La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. II, Ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2018, págs. 1511-1551.
- NIETO GARRIDO, E. (2012). «Disposiciones pertinentes del Tratado de Lisboa sobre Derecho Administrativo Europeo» en FUERTES LÓPEZ, M. (Coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Ed. Aranzadi Cizur Menor (Navarra), en especial págs. 67-78.
- PONCE SOLÉ, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Ed. Lex Nova. Valladolid, en especial, págs. 500-528.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2018). «Los principios generales de la contratación pública», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2018, págs. 181-238.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2018). «El principio de confidencialidad en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 867-911.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2019). «Transparencia y contratación pública», en *Anuario de Transparencia Local*, ATL 2/2019, págs. 11-47.



