

INFORME 3/98, DE 24 DE ABRIL DE 1998.
VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN
DE LOS CONTRATOS.

ANTECEDENTES:

Por la Intervención General de la CAIB se remite escrito a esta Junta Consultiva en el que, después de exponer unas consideraciones generales sobre la utilización que se viene efectuando en los pliegos de cláusulas administrativas de la experiencia como criterio de adjudicación, contraponiéndolo al parecer de la Comisión Europea que sostiene que la experiencia es sólo un criterio de capacidad y solvencia, viene a plantear solicitud de Informe en los términos que se deducen de los párrafos que literalmente a continuación se transcriben:

“Creemos que en ningún supuesto puede admitirse la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación cuando supone una limitación al principio de concurrencia, es decir, cuando, bien su ponderación, o bien el contenido de la experiencia concreta y matizada que se exige (o ambos a la vez) es de tal fuerza que dirige el resultado de la licitación a un único licitador, excluyendo de hecho a los demás. Sin embargo, cuando no se da ese supuesto de exclusión fáctica, pensamos que puede valorarse una concreción de la experiencia como criterio de adjudicación.

No obstante, la duda surge, y de ahí la presente consulta, ante el criterio de la Comisión Europea a que antes aludíamos, que parece que no deja resquicio alguno a la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación si ha sido tenido en cuenta como criterio de capacidad y solvencia (como ocurre para obtener la clasificación y como puede exigirse caso de no ser ésta obligatoria).

Por todo lo expuesto y en virtud de lo establecido en el art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, se solicita informe sobre la cuestión planteada”.

En el informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía y Hacienda que acompaña a la solicitud se llega a la siguiente conclusión:

“Teniendo en cuenta que la Intervención General de la CAIB considera que existen algunos supuestos en que podría valorarse “la experiencia” como criterio de adjudicación, pero no en aquellos casos en que “la experiencia” suponga una limitación al principio de concurrencia, es decir, no puede admitirse la valoración de “la experiencia” como supuesto de adjudicación cuando el nivel o concreción de experiencia que se exige determine el resultado de la licitación hacia un único licitador.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la duda jurídica suscitada por el hecho de que la Comisión Europea, según los criterios de adjudicación sí ha sido tenido en cuenta como criterio de capacidad y solvencia, esta Asesoría Jurídica considera que la cuestión planteada por la Intervención General de la CAIB debe ser clarificada por la Junta Consultiva y, en la medida de lo posible, propone se establezcan unos criterios básicos a seguir en la actuación de las Unidades de Contratación de la CAIB”.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD:

1º) La Solicitud de informe se efectúa por el Viceinterventor general de la CAIB en sustitución de la Intervención General de la CAIB a tenor del art. 2 del Decreto 36/1996, de 7 de marzo, y art. 3 de la Orden de 22 de Marzo de 1996, quien tiene legitimación para ello conforme al art.12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº 24 de 25-2-1997), y art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB (BOCAIB nº 133 de 25-10-1997).

2º) A la solicitud se acompaña un Informe Jurídico sobre la cuestión planteada, emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería, cumpliendo lo preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.

3º) La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe solicitado, reuniéndose, pues, todos los requisitos previos de admisión.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

PRIMERA.- La cuestión planteada en la solicitud de informe a esta Junta Consultiva se contrae a determinar si la “experiencia” puede ser considerada como un criterio de adjudicación de contratos por concurso.

Tanto el escrito de la Intervención interesando el parecer de esta Junta, como el informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía y Hacienda que lo acompaña, hacen alusión al criterio que, recientemente, ha expresado la Comisión Europea en el sentido de considerar la experiencia únicamente como criterio de capacidad y selección cualitativa, pero en ningún caso como criterio de adjudicación.

En efecto, la Comisión Europea, en comunicaciones de fechas 31-1-1996 y 29-1-1997, ha llamado la atención al gobierno español con ocasión de sendos

anuncios de licitación lanzados por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias, sobre contratos de consultorías y asistencia, en los que la experiencia era tenida en cuenta como criterio para la adjudicación de los mismos, formulando la Comisión Europea unas observaciones dirigidas a distinguir entre la “verificación de la aptitud de los contratistas” y “la adjudicación del contrato” como dos operaciones diferentes, teniendo cabida la experiencia sólo en el momento de la verificación de la aptitud según se desprende del espíritu y la letra de la Directiva 92/50/CEE, en sus artículos 23 y 32, y las demás directivas sobre contratación pública, así como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

SEGUNDA.- Se afirma en el escrito de la solicitud del informe que la aplicación del parecer comunitario impide la consideración de la experiencia como criterio de adjudicación en cualquier caso, incluso en aquellos que una “experiencia matizada” o “concretada” no dirigiera el resultado de la licitación a un único licitador, situación que, al pensamiento de la Intervención, no debería ser excluida de valorarse como criterio de adjudicación. O, dicho de otro modo, que si la experiencia no encierra ningún elemento discriminador, sino una mejor delimitación del ámbito de participación en relación al objeto de determinados contratos, ésta sí podría ser considerada como criterio de adjudicación.

Ante esta posibilidad, la Junta Consultiva entiende que del tenor de las Directivas Comunitarias, como luego se detallará, no es posible la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación, pero la esencia del “pensamiento” del solicitante del informe, expresada anteriormente, sí tiene solución jurídica en nuestro ordenamiento, pudiendo obtenerse los resultados pretendidos sin infringir el principio de concurrencia y con respeto a la normativa comunitaria.

El artículo 74 de la LCAP señala, con carácter general, los procedimientos de adjudicación de los contratos, entre los que está el procedimiento restringido, en el que sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, debiéndose justificar en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados, como matiza el art. 76.2. En términos más concretos y referidos al concurso, el art. 92 de la LCAP dice que *“Con carácter previo al anuncio del procedimiento restringido la Administración deberá haber elaborado y justificado en el pliego de cláusulas administrativas*

particulares, los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento”.

A la vista de estas normas nada impide que la Administración pueda considerar la experiencia como uno de “los criterios objetivos” de selección para cursar las invitaciones, pues ello no incidirá en la adjudicación, sino sólo en la posibilidad de participar en la licitación, esto es, está referida a la “capacidad” para poder licitar, pero una vez invitada (admitida) a hacerlo, la empresa estará en concurrencia con los demás invitados en términos de igualdad, determinándose la adjudicación por los criterios que se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero habiendo servido sólo la experiencia como criterio objetivo de selección.

La oportunidad o conveniencia de la utilización del procedimiento restringido, con inclusión de la experiencia, ha debido ser justificada previamente en el expediente (art. 76.2), y la concurrencia está garantizada por imperativo del art. 92.1. b, pues dicho precepto obliga a que las empresas invitadas no sean menos de 5 ni más de 20.

TERCERA.- La Directiva Comunitaria 92/50/CEE por la que se coordinan los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios dice en su art. 23:

“Los contratos se adjudicarán con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo 3 teniendo en cuenta las disposiciones del art. 24 y después de que las entidades adjudicadoras comprueben, con arreglo a los criterios descritos en los artículos 31 y 32, la aptitud de los prestadores de servicios que no hayan sido excluidos en virtud del artículo 29.”

Obliga este precepto a que las entidades adjudicadoras, antes de aplicar los criterios de adjudicación, comprueben la “aptitud” de los licitadores conforme a los criterios descritos en los artículos 31 y 32, estableciéndose en el artículo 32, apartado 1, que “la capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios podrá evaluarse teniendo en cuenta, especialmente, su capacidad técnica, eficacia, experiencia y fiabilidad”, y continua el apartado 2 diciendo que la capacidad técnica de los prestadores de servicios se podrá justificar, entre otras maneras:

“b) mediante la presentación de una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, públicos o privados:

- si los destinatarios hubieren sido entidades adjudicadoras, se probaran los servicios mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;”

En términos parecidos viene a regularse el tema en las Directivas 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 93/36/CEE, sobre los contratos públicos de suministro.

Dice el art. 27.1 de la Directiva referida al contrato de obras que la justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

“-b) por la lista de las obras ejecutadas en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución en las obras más importantes”.

Y el apartado 2 del mismo artículo dispone:

“El poder adjudicador precisará en el anuncio o en la invitación a licitar aquellas referencias que desee obtener”.

Por su parte el art. 23, apartado 1, de la Directiva referida al contrato de suministro dice que la capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o más de los medios siguientes:

“...a) Una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados:

- si se trata de suministros con destino a organismos públicos, se probaran las entregas mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;”

Añadiendo, también, en su apartado 2, que:

“El poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación o en la invitación a licitar, las referencias que desee obtener.”

Queda clara la orientación del parecer comunitario admitiendo la experiencia como un elemento constitutivo de la capacidad de los licitadores, que se ha de verificar con anterioridad a la aplicación de los criterios de adjudicación, ubicándose todas las normas citadas en esta consideración en los Capítulos que las Directivas dedican a los “criterios de selección cualitativa”, siendo el poder adjudicador el que ha de precisar, y, en su caso, justificar las referencias que para considerar apto a un licitador en relación a un contrato concreto, deba éste acreditar. En el caso que nos ocupa debería acreditarse la experiencia que precise el poder adjudicador en su anuncio o invitación a licitar para poder participar en la licitación y entrar en el juego de aplicación concurrente de los criterios de adjudicación.

CUARTA.- Tanto del escrito de solicitud de informe, como del informe jurídico que lo acompaña, así como de las normas de las Directivas Comunitarias (art. 29, de la Directiva 93/37/CEE, art. 35 de la Directiva 92/50/CEE, y art. 25 de la Directiva 93/36/CEE), y de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 15), se desprende que la clasificación del licitador es sustitutiva de la necesidad de acreditar la solvencia técnica, y que la experiencia, como elemento tenido en cuenta para clasificar, no puede exigirse cuando se exija la clasificación.

No creemos que tal aserto sea tan absoluto que no permita fisuras en su aplicación que constituyan las excepciones que confirman la regla general.

Ya la normativa comunitaria citada, que contempla este aspecto de la clasificación, nos habla siempre de “presunción” de aptitud. Incluso en el caso de la Directiva 92/50/CEE, de contratos de servicios, el art. 35.3 excluye de esta presunción el apartado b) del art. 32 (que, como hemos indicado en la anterior consideración, trata de la acreditación de la experiencia), lo que equivale, sensu contrario, a la necesidad de acreditar la experiencia, si así se exige, aún cuando se posea la clasificación.

También la LCAP nos habla de “presunción” de capacidad de los certificados de clasificación comunitaria, en el art. 26.3.

Pero el argumento concluyente lo encontramos en la propia LCAP en el art. 30.3, cuando dice:

“se acordará la clasificación de las empresas por un período de dos años en los siguientes supuestos:

b) Cuando no acrediten la realización de trabajos en el último quinquenio respecto a la actividad solicitada”.

Lo que viene a significar que se puede otorgar clasificación sin acreditar “experiencia”. Ello es congruente con el apartado 1 del mismo artículo al decir que *“la clasificación se efectuará en función de los elementos personales, materiales, económicos y técnicos de que dispongan respecto de la actividad en que la soliciten”.* Ninguno de los elementos exigidos por la norma hace referencia a la experiencia para poder conceder la clasificación, y tan sólo, en el apartado 2 del artículo, se menciona la experiencia para acordar la clasificación por un período de 4 años si ésta se ha acreditado en el último quinquenio.

En el mismo sentido se pronuncian las disposiciones reguladoras de las clasificaciones de empresas contratistas de obras (Orden de 28 de Marzo de

1968, norma 3ª d)) y clasificaciones de empresas consultoras y de servicios (Real Decreto 609/1992, de 12 de febrero, artículo 5), que permiten la clasificación, por períodos más cortos, de aquellas empresas que no pudieran acreditar experiencia, por ser de reciente creación o por ampliación de sus actividades.

Nada obsta, pues, para que en determinados supuestos, además de la clasificación, pueda exigirse una concreta experiencia en el momento de evaluar la capacidad técnica de las empresas utilizando, en el procedimiento restringido, el criterio selectivo de la experiencia para cursar las invitaciones a participar en la licitación.

QUINTA.- Una última precisión en orden a la posibilidad de valoración de la experiencia en el momento de apreciar la capacidad de los licitadores es que ésta no sólo tiene cabida, como se deduce de todo lo ya apuntado, en el ámbito del concurso, sino que también puede ser utilizada en los supuestos de las subastas, pues el procedimiento restringido tanto puede tener lugar en las adjudicaciones por concurso como por subasta según el art. 75.1 de la LCAP, evitándose con ello la práctica viciada que en algunas ocasiones se ha producido de adjudicar por concurso lo que, en realidad, debería haberse efectuado por subasta, con la intención de valorar la experiencia a la hora de adjudicar algunos contratos.

SEXTA.- Además de la utilización del procedimiento restringido para introducir la experiencia en el proceso de evaluación de la capacidad de las empresas, también puede hacerse uso de ella en los procedimientos abiertos cuando no sea exigible la clasificación, siempre que en estos casos, así se indique en los anuncios y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como prevé el art. 15 de la LCAP en su apartado 3 cuando dice:

“En los casos en que sea necesario justificar la solvencia.....técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19”.

Y los artículos de remisión, a su vez, dicen:

“Art. 17. Solvencia técnica en los contratos de obras. - En los contratos de obras la solvencia técnica del empresario podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes:

a) Títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de las obras.

b) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes.”

“Art. 18. Solvencia técnica en los contratos de suministros.- En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:

a) Por relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos.”

“Art. 19. Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos.- En los demás contratos regulados por esta Ley la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a)....

b) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importe, fechas y beneficiarios, públicos o privados de los mismos.”

CONCLUSIÓN:

1ª.- La experiencia no puede ser considerada como criterio de adjudicación de los contratos.

2ª.- Cuando la experiencia sea un factor determinante para la realización del objeto de ciertos contratos podrá ser tenida en cuenta como criterio de aptitud para participar en la licitación correspondiente, mediante la utilización del procedimiento restringido, justificándolo en el expediente, y con independencia de si se exige o no la clasificación empresarial.

3ª.- En los contratos que no se exija clasificación, la experiencia, en la forma de acreditarse prevista en los artículos 17, 18 y 19 de la LCAP, podrá ser considerada como criterio de aptitud (capacidad) siempre que así se indique en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación.

