



GOVERN BALEAR
Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació
Junta Consultiva de Contractació Administrativa

INFORME 3/98, DE 24 D'ABRIL DE 1998.

VALORACIÓ DE L'EXPERIÈNCIA COM A CRITERI D'ADJUDICACIÓ DELS CONTRACTES.

- a) Antecedents**
- b) Presupòsits d'admissibilitat**
- c) Consideracions jurídiques**
- d) Conclusió**

ANTECEDENTS:

Per la Intervenció General de la CAIB es remet escrit a aquesta Junta Consultiva en el qual, després d'exposar unes consideracions generals sobre la utilització que s'efectua en els plecs de clàusules administratives de l'experiència com a criteri d'adjudicació i una vegada contraposades al parer de la Comissió Europea, que manté que l'experiència és només un criteri de capacitat i solvència, planteja sol·licitud d'Informe en els termes que es dedueixen del paràgrafs que literalment a continuació es transcriuen:

"Creiem que en cap supòsit es pot admetre la valoració de l'experiència com a criteri d'adjudicació quan suposa una limitació al principi de concurrència, és a dir, quan, o bé la seva ponderació, o bé el contingut de l'experiència concreta i matisada que s'exigeix (o els dos a la vegada) és de tal força que dirigeix el resultat de la licitació a un únic licitador, i exclou de fet a la resta. Sens dubte, quan no es dona aquest supòsit d'exclusió fàctica, pensam que pot valorar-se una concreció de l'experiència com a criteri d'adjudicació.

No obstant això, el dubte sorgeix, i d'aquí aquesta consulta, davant el criteri de la Comissió Europea a què abans ens referíem, que sembla que no deixa res a la valoració de l'experiència com a criteri d'adjudicació si s'ha tingut en compte com a criteri de capacitat i solvència (com passa per obtenir la classificació i com pot exigir-se en el cas de no ser aquesta obligatòria).

Per això i en virtut del que estableix l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, se sol·licita un informe sobre la qüestió plantejada".

A l'informe de l'Assessoria Jurídica de la Conselleria d'Economia i Hisenda que acompanya la sol·licitud s'arriba a la conclusió següent:

"Atès que la Intervenció General de la CAIB considera que existeixen alguns supòsits en què podria valorar-se "l'experiència" com a criteri d'adjudicació, però no en aquells casos en què "l'experiència" suposi una limitació al principi de concurrència; és a dir, no es pot admetre la valoració de "l'experiència" com a supòsit d'adjudicació quan el nivell o concreció d'experiència que s'exigeix determini el resultat de la licitació cap a un únic licitador.

D'acord amb les consideracions anteriors, el dubte jurídic plantejat pel fet que la Comissió Europea, segons els criteris d'adjudicació sí s'ha tingut en compte com a criteri de capacitat i solvència, aquesta Assessoria Jurídica considera que la qüestió plantejada per la Intervenció General de la CAIB ha de ser aclarida per la Junta Consultiva i, en la seva mesura, proposa que s'estableixin uns criteris bàsics a seguir en l'actuació de les Unitats de Contractació de la CAIB"

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT:

1. La Sol·licitud d'informe s'efectua pel viceinterventor general de la CAIB en substitució de la Intervenció General de la CAIB a tenor de l'article 2 del Decret 36/1996, de 7 de març, i l'article 3 de l'Ordre de 22 de Març de 1996, que té legitimació per a això d'acord amb l'article 12.1 del Decret 2=71997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24 de 25-2-1997) , i l'article

15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB (BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997).

2. La sol·licitud va acompanyada d'un Informe Jurídic sobre la qüestió plantejada, emès pel Servei Jurídic de la Conselleria, complint el que disposa l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat, atès que es reuneixen, tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES:

PRIMERA La qüestió plantejada en la sol·licitud d'informe a aquesta Junta Consultiva es contreu a determinar si "l'experiència" pot ser considerada com un criteri d'adjudicació de contractes per concurs.

Tant l'escrit de la Intervenció, interessant el parer d'aquesta Junta, com l'informe de l'Assessoria Jurídica de la Conselleria d'Economia i Hisenda que l'acompanya, fan al·lusió al criteri que, recentment, ha expressat la Comissió Europea en el sentit de considerar l'experiència únicament com a criteri de capacitat i selecció qualitativa, però mai com a criteri d'adjudicació.

En efecte, la Comissió Europea, en comunicacions de dates 31-1-1996 i 29-1-1997, ha cridat l'atenció al Govern Espanyol amb ocasió d'ambdós anuncis de licitació llançats per la Conselleria d'Obres Públiques de la Junta de Comunitat de Castilla La Mancha, i la Conselleria d'Obres Públiques, Vivenda i Aigües del Govern de Canaries, sobre contractes de consultories i assistència, en els quals l'experiència es tenia en compte com a criteri **per a l'adjudicació d'aquests**, i la Comissió Europea formulà unes observacions dirigides a distingir entre la "verificació de l'aptitud dels contractistes i "l'adjudicació del contracte" com a dues operacions diferents, tenint en compte l'experiència només en el moment de la verificació de l'aptitud segons es desprèn de l'esperit i la lletra de la Directiva 92/50/CEE, en els articles 23 i 32, i la resta de directrius sobre contractació pública, així com de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les comunitats europees.

SEGONA S'afirma en l'escrit de la sol·licitud de l'informe que l'aplicació del parer comunitari priva la consideració de l'experiència com a criteri d'adjudicació en qualsevol cas, fins i tot en aquells que una "experiència matisada" o "concretada" no dirigís el resultat de la licitació a un únic licitador, situació que, segons el pensament de la Intervenció, no hauria de ser exclosa de valorar-se com a criteri d'adjudicació. O dit, d'alta manera, que si l'experiència no inclou cap element discriminatori, sinó una millor delimitació de l'àmbit de participació en relació amb l'objecte de determinats contractes, aquesta sí podria ser considerada com a criteri d'adjudicació.

Davant aquesta possibilitat, la Junta Consultiva entén que del tenor de les directives comunitàries, com llavors es detallarà, no és possible la valoració de l'experiència com criteri d'adjudicació, però l'essència del "pensament" del sol·licitant de l'informe, expressada abans, sí té solució jurídica en el nostre ordenament, i es poden obtenir els resultats que es pretenen sense infringir el principi de concurrència i respectant la normativa comunitària.

L'article 74 de la LCAP assenyala, amb caràcter general, els procediments d'adjudicació dels contractes, d'entre ells el procediment restringit, en el qual només podran presentar proposicions aquells empresaris seleccionats expressament per l'Administració, amb la prèvia sol·licitud d'aquests, i hauran de justificar a l'expedient l'elecció del procediment i la forma utilitzats, com assenyala l'article 76.2. En termes més concrets i referits al concurs, l'article 92 de la LCAP diu que *"Amb caràcter previ a l'anunci del procediment restringit de l'Administració haurà d'haver elaborat i justificat en el plec de clàusules administratives particulars, els criteris objectius d'acord amb els quals l'òrgan de contractació haurà de cursar les invitacions que participaran en el procediment"*.

Considerades aquestes normes res no impedeix que l'Administració pugui considerar l'experiència com un "dels criteris objectius" de selecció per a cursar les invitacions, doncs això no incorrerà en l'adjudicació, sinó només en la possibilitat de participar en la licitació; això és, es refereix a la "capacitat" per a poder licitar, però una vegada convidada (admesa) a fer-ho, l'empresa estarà en concurrència amb els altres convidats en termes d'igualtat, i es determinarà

l'adjudicació pels criteris que es determinin en el plec de clàusules administratives particulars, però l'experiència només haurà servit com a criteri objectiu de selecció.

L'oportunitat o conveniència de la utilització del procediment restringit, amb inclusió de l'experiència, ha de ser justificada prèviament a l'expedient (art. 76.2), i la concurrència està garantida per imperatiu de l'article 92.1 b, ja que aquest precepte obliga que les empreses convidades no siguin menys de 5 ni més de 20.

TERCERA La Directiva Comunitària 92/50/CEE per la qual es coordinen els procediments d'adjudicació de contractes de serveis diu en el seu article 23:

"Els contractes s'adjudicaran d'acord amb els criteris establerts en el capítol 3 ateses les disposicions de l'article 24 i després qu les entitats adjudicatòries comprovin, d'acord amb els criteris descrits en els articles 31 i 32, l'aptitud dels prestadors de serveis que no hagin estat exclosos en virtut de l'article 29"

Aquest precepte obliga que les entitats adjudicatòries, abans d'aplicar els criteris d'adjudicació, comprovin l'"aptitud" dels licitadors d'acord amb els criteris descrits en els articles 31 i 32; a l'article 32, apartat 1, s'estableix que *"la capacitat dels prestadors de serveis per prestar els serveis es podrà avaluar tenint en compte, especialment, la seva capacitat tècnica, eficàcia, experiència i fiabilitat"*, i continua l'apartat 2 dient que la capacitat tècnica dels prestadors de serveis es podrà justificar, d'entre altres maneres:

"b) mitjançant la presentació d'una relació dels principals serveis facilitats en els darrers tres anys, que inclogui imports, dates i destinataris, públics o privats:

- *si els destinataris haguessin estat entitats adjudicatòries, es provaran els serveis mitjançant els certificats expedits o visats per l'autoritat competent"*

En termes semblants es regula el tema en les Directives 93/37/CEE, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, i 93/36/CEE, sobre els contractes públics de subministrament.

Diu l'article 27.1 de la Directiva referida al contracte d'obres que la justificació de la capacitat tècnica del contractista podrà acreditar-se:

"b) per la llista de les obres executades en els darrers 5 anys, avalada per certificats de bona execució en les obres més importants".

I l'apartat 2 del mateix article disposa:

"El poder adjudicatador precisarà en l'anunci o en la invitació a licitar aquelles referències que desitgi obtenir"

Queda clara l'orientació del parer comunitari, admetent l'experiència com un element constitutiu de la capacitat dels licitadors, que s'ha de verificar amb anterioritat a l'aplicació dels criteris d'adjudicació, atès que totes les normes esmentades en aquesta consideració es troben en els Capítols que les Directives dediquen als "criteris de selecció qualitativa", i és el poder adjudicatador el que ha de precisar, i, en tot cas, justificar les referències que per considerar apte un licitador en relació a un contracte concret, hagi d'acreditar aquest. En el cas que ens ocupa hauria d'acreditar-se l'experiència que precisi el poder adjudicatador en el seu anunci o invitació a licitar per poder participar en la licitació i entrar en el joc d'aplicació concurrent dels criteris d'adjudicació.

QUARTA Tant de l'escrit de sol·licitud d'informe, com de l'informe jurídic que l'acompanya, així com de les normes de les Directives Comunitàries (article 29, de la Directiva 93/37/CEE, article 35 de la Directiva 92/50/CEE, i l'article 25 de la Directiva 93/36/CEE), i de la mateixa Llei de contractes de les administracions públiques (art. 15), es desprèn que la classificació del licitador es substitutiva de la necessitat d'acreditar la solvència tècnica, i que l'experiència, com a element tengut en compte per a classificar, no pot exigir-se quan s'exigeixi la classificació.

No creiem que tal asserció sigui tan absolut que no permeti fissures en la seva aplicació que constitueixin les excepcions que ho confirmen per norma.

Ja la normativa comunitària esmentada, que preveu aquest aspecte de la classificació, ens parla sempre de "presumpció" d'aptitud. Fins i tot en aquell cas que la Directiva 92/50/CEE, de contractes de serveis, l'article 35.3 exclou d'aquesta presumpció l'apartat b) de l'article 32 (que, com hem indicat en l'anterior consideració, tracta de l'acreditació de l'experiència), la qual cosa equival, *sensu contrario*, a la necessitat d'acreditar l'experiència, si així s'exigeix, encara que tingui la classificació.

També la LCAP ens parla de "presumpció" de capacitat dels certificats de classificació comunitària, a l'article 26.3.

Però l'argument concloent el trobarem en la pròpia LCAP a l'article 30.3, quan diu:

"s'acordarà la classificació de les empreses per un període de dos anys en els supòsits següents:

b)Quan no acreditin la realització de treballs en el darrer quinquenni respecte a l'activitat sol·licitada".

Això vol significar que es pot atorgar classificació sense acreditar "experiència". La qual cosa és congruent amb l'apartat 1 del mateix article quan diu que *"la classificació s'efectuarà en funció dels elements personals, materials, econòmics i tècnics de què disposin respecte de l'activitat en què la sol·licitin"*. Cap dels elements exigits per la norma fa referència a l'experiència per poder concedir la classificació, i tan sols, a l'apartat 2 de l'article, s'esmenta l'experiència per acordar la classificació per un període de 4 anys si aquesta s'ha acreditat en el darrer quinquenni.

En aquest sentit es pronuncien les disposicions reguladores de les classificacions d'empreses contractistes d'obres (Ordre de 28 de març de 1968, norma 3a d) i classificacions d'empreses consultores i de serveis (Reial decret 609/1992, de 12 de febrer, article 5), que permeten la classificació, per períodes més curts, d'aquelles empreses que no pogueren acreditar experiència, per ser de nova creació o per ampliació de les seves activitats.

Res no obsta, doncs, perquè en determinats supòsits, a més de la classificació, pugui exigir-se una concreta experiència en el moment d'avaluar la capacitat tècnica de les empreses utilitzant, en el procediment restringit, el criteri selectiu de l'experiència per a cursar les invitacions a participar en la licitació.

QUINQUENA Una darrera precisió, quant a la possibilitat de valoració de l'experiència en el moment d'apreciar la capacitat dels licitadors, és que aquesta no solament es pot incloure, com es dedueix de tot el que s'ha dit, en l'àmbit del concurs, sinó que també pot ser utilitzada en els supòsits de les subhastes, ja que el procediment restringit tant pot tenir lloc en les adjudicacions per concurs com per subhasta segons l'article 75.1 de la LCAP, i s'evita amb això la pràctica viciada que en algunes ocasions s'ha produït d'adjudicar per concurs el que, en realitat, hauria d'haver-se efectuat per subhasta, amb la intenció de valorar l'experiència a l'hora d'adjudicar alguns contractes.

SISENA A més de la utilització del procediment restringit per introduir l'experiència en el procés d'avaluació de la capacitat de les empreses, també pot fer-se ús d'ella en els procediments oberts quan no sigui exigible la classificació, sempre que en aquests casos, així s'indiqui en els anuncis i en els plecs de clàusules administratives particulars com preveu l'article 15 de la LCAP en el seu apartat 3 quan diu:

"En els casos en què sigui necessari justificar la solvència....tècnica o professional, els òrgans de contractació precisaran en l'anunci els mitjans d'acreditació que s'hagin d'utilitzar d'entre els ressenyats en els articles 16 al 19".

I els articles de remissió, al seu torn, diuen:

"Art. 17. Solvència tècnica en els contractes d'obres.- En els contractes d'obres la solvència tècnica de l'empresari podrà ser justificada per un o més d'un dels mitjans següents:

- a. *Títols acadèmics i experiència de l'empresari i dels quadres de l'empresa i, en particular, del o dels responsables de les obres.*
- b. *Relació de les obres executades en el curs dels darrers cinc anys, acompanyada de certificats de bona execució per les més importants."*

"Article 18. Solvència tècnica en els contractes de subministrament.- En els contractes de subministrament la solvència tècnica dels empresaris s'acreditarà per un o més d'un dels següents mitjans:

- a. Per relació dels principals subministraments efectuats durant els tres darrers anys, indicant-se l'import, data i destinació pública o privada, a la qual s'incorporaran sobre aquests els corresponents certificats."

"Article 19. Solvència tècnica o professional a la resta de contractes. En els altres contractes regulats per aquesta Llei la solvència tècnica o professional dels empresaris haurà d'apreciar-se tenint en compte els seus coneixements tècnics, eficàcia, experiència i fiabilitat, la qual cosa podrà acreditar-se, segons l'objecte del contracte, per un o més d'un dels següents mitjans:

a)...

- b. Una relació dels principals serveis o treballs realitzats en els darrers tres anys, que inclogui import, dates i beneficiaris, públics o privats d'aquests".

CONCLUSIÓ:

1 L'experiència no pot ser considerada com a criteri d'adjudicació dels contractes.

2 Quan l'experiència sigui un factor determinant per a la realització de l'objecte d'alguns contractes podrà ser tinguda en compte com a criteri d'aptitud per participar en la licitació corresponent, mitjançant la utilització del procediment restringit, justificant-ho en l'expedient, i amb independència de si s'exigeix o no la classificació empresarial.

3 En els contractes que no s'exigeixi classificació, l'experiència, en la forma d'acreditar-se prevista en els articles 17,18 i 19 de la LCAP, podrà ser considerada com a criteri d'aptitud (capacitat) sempre que així s'indiqui en els corresponents plecs de clàusules administratives particulars i en l'anunci, qualsevol que sigui el procediment d'adjudicació.