

Informe 59/04, de 12 de noviembre de 2004. "Posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación el mayor número de elementos personales y materiales de los exigidos como requisito de aptitud y solvencia."

Clasificación de los informes: 15.2 Concursos.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se traslada para su Dictamen la siguiente cuestión suscitada durante la tramitación de un contrato de servicios y referida a la utilización de los criterios de adjudicación.

La cuestión planteada es si en el procedimiento de adjudicación de concurso puede figurar como criterio objetivo de valoración de la oferta el número y, en su caso, las características de los medios personales y materiales puestos a disposición de la ejecución del objeto específico del contrato, siempre que tales medios no sean nunca inferiores a los exigidos en el pliego de prescripciones técnicas y considerados como mínimos para participar en el concurso.

Esta Dirección General entiende que la aportación de medios personales y materiales por encima de los indicados en el pliego de prescripciones técnicas supone un indicador objetivo y mensurable para valorar un criterio subjetivo de adjudicación como es la calidad en la prestación del servicio aspecto recogido en el artículo 86.1 del Texto Refundido de la LCAP. Por lo tanto, y a la vista de este razonamiento, la aportación adicional de medios no tiene la consideración de criterio de solvencia técnica o profesional del contratista en el sentido recogido por el artículo 19.1 de la citada Ley, cuando hace referencia a la declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que disponga el empresario para la realización del contrato. Tal declaración se refiere, indudablemente, a requisitos mínimos de capacidad técnica o profesional del licitador para contratar con la Administración, pero que una vez superado este umbral mínimo cualquier aportación suplementaria de medios debe valorarse a los efectos de ser tomada en cuenta como criterio de adjudicación de la oferta. La calidad en la ejecución del contrato difícilmente se puede valorar de forma objetiva si no se tiene en cuenta el conjunto de factores que la hacen posible, y entre ellos está indudablemente la aportación de medios específicos extraordinarios al contrato.

No obstante, esta Dirección General considera que la utilización de este criterio de adjudicación (la aportación adicional de medios) debe figurar expresamente en el Pliego de cláusulas administrativas particulares o, en su caso, en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los candidatos puedan interpretarlo de la misma forma en aras de la transparencia y la igualdad de trato de los licitadores".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente –la de determinar la posibilidad de utilizar en el procedimiento de adjudicación de un concurso para un contrato de servicios como criterio de valoración de la oferta y por tanto como criterio de adjudicación las características de los medios personales y materiales por encima de los indicados en el pliego de prescripciones técnicas– ha de ser examinada y resuelta de conformidad con la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas aunque, por su decisivo influjo en la misma, la cuestión ha de ser examinada, también, de conformidad con las Directivas comunitarias de contratación pública y de la interpretación de las mismas realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por otra parte, aunque la cuestión se plantea en relación con contratos de servicios, la solución que se obtenga ha de generalizarse a todo tipo de contratos ya que, tanto desde el punto de vista comunitario, como el de la legislación española, las normas, en este extremo, son idénticas para todos los contratos administrativos.

2. En las Directivas comunitarias de obras, suministros y servicios (93/37/CEE, 93/36/CEE, 92/50/CEE y 2004/18/CE) para la adjudicación de los contratos se establece una diferenciación entre la fase de verificación de la aptitud de los licitadores y criterios de selección cualitativa, por un lado, y la fase de adjudicación del contrato, por otro, debiendo citarse como compendio de todas ellas la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que en su artículo 44 recoge expresamente tal diferenciación al señalar que la adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55 habida cuenta del artículo 24 "previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46". El artículo 48 se refiere a la capacidad técnica y profesional indicando que se apreciará por uno o más de los medios que enumera, entre los que figura en el apartado 2, letra d), el personal técnico u organismos técnicos y, cuando se trate de contratos de obras aquellos de los que disponga el empresario para la realización de la obra y en el mismo apartado letra g) a la declaración de la plantilla media anual del prestador de servicios o del empresario y la importancia del personal directivo durante los tres últimos años y el artículo 53 referente a los criterios de adjudicación del contrato establece que cuando el contrato se adjudique a la oferta económica más ventajosa los poderes adjudicadores se basarán en "distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 Beentjes) es la que realiza una interpretación de los preceptos idénticos o similares de las Directivas anteriores a la 2004/18/CEE, y, después de señalar que las fases de verificación de la aptitud de los contratistas y de adjudicación del contrato son operaciones diferentes que se rigen por normas también diferentes, destaca, en cuanto a los criterios de adjudicación del contrato que los poderes adjudicadores, cuando la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente solo podrán elegir los criterios dirigidos a identificar dicha oferta y que la exclusión de un licitador por parecer su oferta menos aceptable resultará incompatible con la Directiva (se refiere a la Directiva 71/305/CEE) "en la medida en que implique la atribución a los poderes adjudicadores de una libertad incondicional de selección" y "por el contrario una disposición de este género no es incompatible con la Directiva (la misma 71/305/CEE) si debe interpretarse en el sentido de que atribuye a los poderes adjudicadores una facultad de apreciación con el fin de comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa por criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el apartado 2 del artículo 29 de la Directiva".

La doctrina de la sentencia Beentjes, posteriormente reproducida, con diversas matizaciones, por las sentencias de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98/), de 18 de octubre de 2001 (asunto C 19/00), de 17 de septiembre de 2002 (asunto C 513/99) y en la de 19 de junio de 2003 (asunto C-315/01) puede ser resumida de la siguiente manera:

-la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos son dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes debiendo utilizarse en la primera uno o varios de los criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas no es exhaustiva y siempre que no atribuyan a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección.

- para que no se produzca discriminación entre licitadores los criterios de adjudicación deberán ser previamente objeto de publicidad en los pliegos o en los anuncios.

Por tanto, la cuestión consultada –utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos en el pliego como elemento de aptitud y solvencia – no contradice las Directivas comunitarias ni la interpretación de las mismas realizada por

el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en su sentencia de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87 Beentjes).

3. A idéntica conclusión debe llegarse desde el punto de vista de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, dado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene preceptos idénticos o muy similares a los de las Directivas comunitarias.

El artículo 19 relativo a solvencia técnica y profesional en los contratos distintos de los de obras y suministro (aunque idénticas conclusiones se obtendrían del examen de los artículos 17 y 18) en su letra e) señala como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional “una declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que disponga el empresario para la realización del contrato” y en el artículo 86.1 se establece que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquella”.

El examen de la legislación española conduce por tanto a la conclusión de que los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número de los exigidos puede ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración del artículo 86 no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si como exige el artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el criterio se consigna expresamente en el pliego.

Por lo demás, en distintos y numerosos informes de esta Junta, aunque no se aborda directamente la cuestión ahora planteada, se contienen consideraciones y argumentos que pueden servir de fundamento a la solución propugnada. Así en los informes de 16 de diciembre de 1994, de 24 de octubre de 1995, de 2 de marzo, 30 de junio y 16 de diciembre de 1998, 30 de junio de 1999 y dos de 9 de enero de 2002 (expedientes 22/94, 28/95, 53/97, 13/98, 44/98, 33/99, 36/01 y 37/01).

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, de conformidad con el Derecho comunitario y la legislación española, el criterio del mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos como requisito de solvencia puede ser exigido como elemento de valoración de ofertas o criterio de adjudicación, siempre que, conforme al artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, figure incluido en los pliegos.