

**Informe 41/05, de 26 de octubre de 2005. "Posibilidad de exigir la presentación de muestras como elemento acreditativo de la solvencia técnica y como criterio de adjudicación".**

Clasificación de los informes: 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 23.11 Contratos de suministros. Otras cuestiones.

## **ANTECEDENTES**

Por el Director General de la Guardia Civil del Ministerio del Interior se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

*"ANTECEDENTES:*

*Las Directivas Comunitarias 93/37/CEE, 93/36/CEE y 92/50/CEE, de obras, suministros y servicios, hoy refundidas en la Directiva 2004/18/CE, para la adjudicación de los contratos establecen una diferenciación entre la fase de verificación de la aptitud de la solvencia económica y técnica de los licitadores, por un lado y la fase de adjudicación del contrato, por otro.*

*Por otra parte la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, en su artículo 44, señala que la adjudicación de un contrato se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, 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 por uno o más de los medios que enumera, figurando en el apartado 2, j), "adjuntando muestras, descripciones o fotografías de los mismos, cuya autenticidad pueda certificarse a solicitud del poder adjudicador".*

*De igual manera se pronuncia el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al disponer que puede exigirse la muestra como medio de acreditar la solvencia técnica de las empresas licitadoras, con la única finalidad de valorar la capacidad de las empresas y excluir a aquellas que no las presenten, toda vez que es éste, el medio más eficaz que permite a la Administración evaluarlas, en relación directa a lo que constituye el objeto del contrato.*

*En este sentido fueron emitidos diversos informes por esa Junta Consultiva, entre los que podemos destacar fundamentalmente el informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, en el que constan las dos fases claramente diferenciadas.*

*Esta Dirección General es de la opinión que en el procedimiento de adjudicación de los expedientes para la contratación de suministros de vestuario y determinado material policial llevados a cabo mediante concurso, puede exigirse la presentación de una muestra como solvencia económica y técnica, utilizada únicamente como criterio cualitativo de la empresa a calificar.*

*Pero superada esta fase, no puede renunciarse, desde el mismo interés de la Administración Pública, al gran valor de la muestra como portadora de la mayor parte de la información necesaria para determinar la calidad del producto a suministrar y, por tanto, para la posterior valoración de la oferta; así pues, tras el análisis y estudio de sus características técnicas y a la luz de los criterios objetivos de valoración establecidos en el pliego, permitirá ayudar a seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración.*

*El informe número 59/04 emitido por esa Junta el 12 de Noviembre de 2004 parece apuntar a un nuevo enfoque respecto a la utilización de elementos acreditativos de solvencia técnica, en la fase de adjudicación.*

*A la luz de dicho informe y en analogía con su contenido, esta Dirección General entiende que en los expedientes realizados para la contratación de los suministros mencionados podría exigirse la presentación de muestras como elemento acreditativo de la solvencia técnica de la empresa licitadora, y además en la segunda fase del expediente de contratación como criterio objetivo de valoración y posterior adjudicación, al tratarla como muestra destructiva (sic) y con la finalidad de valorar y analizar, con*

*arreglo a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, las cualidades y características de la misma”.*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. Como se concreta en el escrito de consulta, la cuestión suscitada, sobre la cual el órgano consultante sostiene una postura afirmativa, consiste en determinar la posibilidad de que en la contratación de suministros de vestuario y determinado material policial pueda exigirse la presentación de una muestra como criterio de solvencia económica y técnica que, con independencia y además, en la segunda fase del expediente de contratación, pueda utilizarse como criterio objetivo de valoración y posterior adjudicación, al tratarla como muestra descriptiva con la finalidad de valorar y analizar, con arreglo a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, las cualidades y características de la misma.

2. La cuestión que se plantea ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 12 de noviembre de 2004 (expediente 59/04) cuyas consideraciones jurídicas literalmente expresaban los siguientes criterios:

“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 aquéllos 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 aquélla".

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)".

En el citado informe, cuyas consideraciones jurídicas han sido transcritas se sentaba la conclusión "de 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".

3. Las consideraciones y conclusión del informe de 12 de noviembre de 2004 (expediente 59/04) pueden ser sin dificultad trasladadas a la consulta que ahora se formula pues, ciñéndonos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas es evidente la posibilidad de exigir muestras en los contratos de suministro como uno de los criterios de solvencia técnica (artículo 18 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) pero, además, como el artículo 86 de la propia Ley señala que la calidad es uno de los criterios objetivos de adjudicación de los contratos las características de las muestras que reflejen esa calidad podrán ser utilizadas como criterios de adjudicación.

Resulta obvio aclarar como se desprende de lo razonado, que las características de las muestras que pueden utilizarse como criterios de adjudicación han de ser otras distintas a aquéllas que se utilicen como criterios de solvencia técnica y, por tanto, de admisión o exclusión de licitadores y que ambos tipos de criterios –de admisión y de adjudicación- han de tener su reflejo adecuado en los pliegos o en los anuncios.

## **CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos de suministro de vestuario y determinado material policial a celebrar por la Dirección General de la Guardia Civil, determinadas características de las muestras exigidas pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterios de adjudicación siempre que ambos tipos de criterios sean objeto de la debida publicidad en los pliegos o en los anuncios.