



**Informe 10/15, de 15 de diciembre de 2015. “Posibilidad de exigir la presentación por las empresas que participan en un procedimiento de licitación de una declaración de no apercibimiento por ejecución defectuosa de contratos para la Administración Pública. (Biblioteca Nacional)”**

**Clasificación del informe: 7.Capacidad y solvencia de las empresas. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.1. Documentación a incorporar a la proposición. 16.7. Otras cuestiones.**

## **ANTECEDENTES**

La Directora de la Biblioteca Nacional de España dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

*“El Pliego de cláusulas Administrativas Particulares de Procedimientos Abiertos de contratos de servicios, que viene rigiendo las licitaciones de contratos en el Organismo Autónomo Biblioteca Nacional de España, establece en su apartado 18.3, Regla 2ª lo siguiente:*

*18.3. En los supuestos de ejecución defectuosa de las prestaciones incluidas en el contrato serán de aplicación las siguientes reglas:*

*1ª) Los defectos en que incurra el contratista en la ejecución del contrato, aun cuando no proceda por ello la resolución del mismo, darán lugar al apercibimiento escrito por parte de la Administración, oído el contratista.*

*2ª) Estos apercibimientos podrán ser tenidos en cuenta, como factor negativo, en las cláusulas administrativas particulares de los pliegos de bases de expedientes de servicios, de cualquier Área de la Biblioteca Nacional de España, que deban adjudicarse en el plazo de cinco años, a contar desde su formulación.*

*3ª) El primer apercibimiento escrito conllevará una penalización equivalente al uno por ciento de la facturación del mes en el que se hubiera cursado y que se detraerá de oficio por la Administración al hacerla efectiva. Los sucesivos que pudieran producirse duplicarán el porcentaje de penalización del anterior. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

*4ª) En caso de mantenerse o reiterarse una defectuosa ejecución del contrato tras el tercer apercibimiento escrito, la Administración procederá de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del apartado 25.2.4ª) del presente pliego.*

*Se solicita informe sobre:*



*1º. La posibilidad de que en el desarrollo de esta Regla 2a del Apartado 18.3, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares se pueda desarrollar esta regla, señalando la obligatoriedad, para las empresas que participen en licitaciones de la Biblioteca Nacional de España, de acreditar, mediante declaración expresa, el no haber sido apercibidos por ejecución defectuosa en los contratos celebrados por cualquier Administración Pública.*

*2º. En caso de que hayan sido apercibidas, la posibilidad de excluirlas del procedimiento de licitación o bien de penalizar la valoración de su proposición, y que límites porcentuales se podrían establecerse en este último supuesto.”.*

## **CONSIDERACIONES JURIDICAS.**

1. La Biblioteca Nacional de España consulta acerca de la posibilidad de señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de procedimientos abiertos de contratos de servicios la obligatoriedad, para las empresas que participen en sus licitaciones, de acreditar mediante declaración expresa el no haber sido apercibidos por ejecución defectuosa en los contratos celebrados por cualquier Administración Pública. Las empresas que no presenten esta declaración no podrán participar en el procedimiento de licitación o bien serán penalizadas al realizarse la valoración de sus ofertas.

2. Si bien se comprende la finalidad perseguida con la medida propuesta, cual es garantizar la fiabilidad de la empresa, sin perjuicio de otras consideraciones legales que se hacen más adelante con carácter previo debemos advertir de la falta de garantías que la medida pretendida por la Biblioteca Nacional plantea tanto para el órgano de contratación como para las empresas que participen en el procedimiento, al tiempo que la exigencia de esta declaración con los efectos señalados es susceptible de quebrar los principios de igualdad de trato y no discriminación.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público contempla medidas que pretenden idéntica finalidad que la propuesta, pero con garantías suficientes. Es el caso de los certificados de buena ejecución a que se refiere el artículo 78.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; o las prohibiciones de contratar previstas en el artículo 60.2, letras c) (por incumplimiento de un contrato con imposición de penalidades al contratista o con indemnización de daños y perjuicios por el contratista) y d) (por resolución culposa y firme de un contrato con una entidad del sector público), cuya aplicación exige la tramitación de un procedimiento contradictorio con todas las garantías instruido por parte del órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del TRLCSP y en los artículos 17 a 20 del RGLCAAPP.

3. Sin embargo, la Biblioteca Nacional pretende introducir una medida distinta de los certificados de buena ejecución y de las prohibiciones de contratar para garantizar la fiabilidad de las empresas que participen en sus licitaciones. Del tenor de la consulta parece deducirse que la Biblioteca Nacional valora incluir la exigencia de una declaración expresa de no haber



sido apercibida la empresa por ejecución defectuosa a nivel de solvencia técnica o profesional y a nivel de criterios de adjudicación.

4. En lo que respecta a la no admisión (mejor que “exclusión” que indica el escrito de consulta) de un licitador por falta de la solvencia requerida, cuando se exija como medio de acreditación de la misma una declaración expresa de no apercibimiento por mala ejecución de ningún contrato con las Administraciones Públicas y esta declaración no se presente, esta Junta Consultiva entiende que ello no es posible con arreglo al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 74 de esta Ley señala que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79; y en artículo 78 en su apartado 2 reitera esta idea de que los medios de prueba son los tasados en la Ley, y dado que el artículo 78 no contempla este tipo de declaraciones entre los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, cabe concluir que no sería posible su exigencia.

Lo más aproximado que contempla la Ley es, en su ya referido artículo 78.1.a), la certificación de los trabajos y servicios efectuados por el empresario en los últimos cinco años, que debe entenderse referida a los servicios ejecutados a satisfacción de la Administración Pública que los contrató, y que debe ser expedido o visado por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público. Se trata por tanto de una manifestación en positivo pero que no prueba que la empresa nunca haya sido apercibida por mala ejecución de algún contrato con la Administración Pública.

La previsión que hace el artículo 78.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tiene su origen en el artículo 48.2.a) de la Directiva 2004/18/CE, la cual ha sido reiterada en lo aquí relevante por la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, en sus artículos 58.4, 60.4 y anexo XII, parte II. Nótese que si bien esta última deroga la Directiva 2004/18/CE con efectos a partir del 18 de abril de 2016, la misma despliega su valor interpretativo de la normativa comunitaria vigente (esto es, la Directiva 2004/18/CE) desde su aprobación, y de ahí que se tome en consideración pese a no haber expirado todavía el plazo de transposición. Así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente Sentencia “Generalì Providencia Biztosító” de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-470/13) utilizó los considerandos de la Directiva 2014/24/UE para interpretar expansivamente una disposición de la Directiva 2004/18/CE, concluyendo la aplicabilidad de esta última a un supuesto de hecho que se produjo con anterioridad a la adopción de la Directiva 2014/24/UE. Con más razón cabe acudir al valor interpretativo de la nueva Directiva comunitaria cuando se trata de valorar una medida futura como la que plantea la Biblioteca Nacional, en especial cuando refuerza lo dispuesto en la normativa vigente.

5. En lo que respecta a la posibilidad de penalizar la valoración de la oferta de aquella empresa que hubiere presentado una declaración reconociendo haber sido apercibida por ejecución



defectuosa por una Administración Pública, de nuevo el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público impediría la inclusión de esta consideración en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por parte del órgano de contratación al diseñar éste los criterios de adjudicación de la licitación y su ponderación.

Sobre la consideración de la experiencia como criterio de valoración de las ofertas en un procedimiento de licitación, hay que matizar esta cuestión. Esta Junta Consultiva, en su informe 13/1998, de 30 de junio, cuyas consideraciones jurídicas fueron reiteradas en los informes 29/1998, de 11 de noviembre, y 22/2000, de 6 de junio, concluyó que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente TRLCSP), la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Para llegar a esta conclusión la Junta Consultiva en estos informes tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87 – “Beentjees”) afirmó que la verificación de la aptitud de los empresarios y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes regidas por reglas también distintas, declarando, en definitiva, que “el criterio de la experiencia específica para la obra a realizar es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la aptitud de los empresarios”. A la misma conclusión se llega ahora tras analizar la normativa comunitaria y nacional vigente, concretamente el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, en la actualidad, la Directiva 2014/24/UE refuerza lo previsto en la Directiva 2004/17/CE en su artículo 67 relativo a los criterios de adjudicación del contrato, en el que no solo exige que los criterios estén vinculados al objeto del contrato sino que, además, añade respecto de la Directiva 2004/18/CE, que “los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada (...) e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”. Esta afirmación viene a reforzar la práctica habitual de las mesas de contratación en la aplicación de los criterios de adjudicación, práctica que en último término viene exigida por los principios de igualdad y no discriminación.

Cuestión distinta de lo anterior, es la exigencia de la presentación de un certificado de buena ejecución. Con la finalidad de acreditar la solvencia técnica del contratista, la Administración o entidad pública contratante puede exigir un certificado que demuestre que la empresa licitadora ha cumplido correctamente con otros contratos anteriores que le hayan sido adjudicados y que resulta fiable para acreditar el cumplimiento del contrato en cuestión. La presentación de estos certificados es perfectamente admisible y se encuentra amparada por el art. 146, 2 del TRLCSP, en conexión con el art. 150, 1 del TRLCSP.



Por tanto debemos señalar que la posibilidad de penalizar en el diseño de los criterios de adjudicación la mala ejecución por parte de un licitador de un antiguo contrato para la Administración Pública no sólo es un requisito no vinculado al objeto del contrato, sino que además una declaración responsable de la empresa en este sentido no sería un medio de prueba que permitiera comprobar de manera efectiva la información requerida, en especial respecto de aquéllos licitadores que no presenten la declaración y sin embargo sí hubieran ejecutado mal uno o varios contratos para la Administración Pública. Sería necesario que la Biblioteca Nacional comprobase de manera efectiva la exactitud de la información no solo de las declaraciones presentadas, sino también de la pretendida ausencia de mala ejecución por parte de todos los licitadores. Ello resultaría inviable en la mayor parte de los casos y, aún cuando lo fuera, como se viene indicando, el criterio no guardaría relación con el objeto del contrato, por lo que no tendrían encaje en los criterios de adjudicación.

## **CONCLUSION:**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. En lo que respecta a la no admisión de un licitador por falta de la solvencia requerida, cuando se exija como medio de acreditación de la misma una declaración expresa de no apercibimiento por mala ejecución de ningún contrato con las Administraciones Públicas y esta declaración no se presente, esta Junta Consultiva entiende que ello no es posible con arreglo al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En lo que respecta a la posibilidad de penalizar la valoración de la oferta de aquella empresa que hubiere presentado una declaración reconociendo haber sido apercibida por ejecución defectuosa por una Administración Pública, de nuevo el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público impediría la inclusión de esta consideración en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por parte del órgano de contratación al diseñar éste los criterios de adjudicación de la licitación y su ponderación, por no considerarlo como un criterio de valoración conforme a lo expuesto.