



Expediente 108/18

Materia: Valoración de la experiencia del personal como criterio de adjudicación.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) plantea consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor

“La cuestión gira en torno a la determinación de los requisitos para exigir una determinada experiencia por parte del personal adscrito a la ejecución de un contrato de obra, además de la clasificación y de la adscripción de medios personales.

En este sentido el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha introducido un nuevo criterio de adjudicación basado en la experiencia del personal, indicando lo siguiente:

“Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre lo base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.



Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

2.2 La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución."

En concreto, la cuestión sometida a consulta proviene del incremento de la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación y con porcentajes elevados en su ponderación que se están apreciando en los pliegos. El problema reside en que no se valora estrictamente "el personal" sino que lo que se hace es la valoración de la experiencia de uno o varios trabajadores concretos de plantilla de la empresa que intervienen en la ejecución de un contrato de obra.

Esta práctica además crea inseguridad jurídica ya que ni en el expediente ni en el pliego se justifica que una mayor o menor experiencia de uno o dos trabajadores concretos -de los muchos que intervienen en la ejecución de un contrato de obras- puedan afectar y "de manera significativa" a la ejecución de un contrato. Por el contrario, la exigencia de un trabajador con una experiencia y con una cualificación muy determinada en el seno de la empresa puede estar condicionando la licitación, limitando la competencia y alterando la libre concurrencia, además de ofrecer una barrera de entrada a las empresas que quieren licitar, sobre todo PYMES.

A título de ejemplo:

- Se valora con 24 puntos sobre 100 la experiencia que en los últimos 10 años puedan aportar el Delegado de Obra, el Jefe de Obra y el Responsable de Seguridad y Salud.*

- Se valora con 20 puntos sobre 100 la titulación y la experiencia del Responsable de Conservación y Mantenimiento, del Encargado General y del Responsable de Seguridad y Salud.*



- Se valora con 16 puntos sobre 100 la experiencia del Encargado y del Jefe de Obra

En todos los casos además se obliga a que lo solicitado en el pliego como criterio de adjudicación sea justificado con documentación, que es objeto de valoración mediante fórmulas, y con aportación de la identificación y certificados de ejecución de obras por parte de los trabajadores seleccionados.

En definitiva las cuestiones objeto de consulta son las siguientes:

-Si al amparo del tenor del artículo 145.2.2 de la Ley de Contratos del Sector Público se puede considerar la experiencia de algún trabajador de la empresa como criterio de adjudicación en un contrato de ejecución de obra.

-Cómo se debe interpretar para los contratos de ejecución de obra en los que intervienen pluralidad de trabajadores y para los que se exige acreditar una clasificación determinada, el que la experiencia de alguno de los trabajadores pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La primera de las cuestiones que nos plantea la Confederación Nacional de la Construcción exige valorar la licitud de la exigencia del requisito de la experiencia de algún trabajador de los potenciales licitadores como criterio de adjudicación del contrato.

El requisito de la experiencia ha sido tradicionalmente considerado como una condición de solvencia más que como un criterio de adjudicación. Tanto la Jurisprudencia comunitaria (hasta la STJUE de 9 de octubre de 2014) como la interna (STS de 7 de junio de 2012) coinciden en proscribir la inclusión de la experiencia como criterio de adjudicación del contrato por tratarse de una cualidad propia de la empresa licitadora. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015, el criterio del TJUE varió y se consideró que en ciertos tipos de contratos sí cabía la consideración de la experiencia como criterio de adjudicación. Este criterio fue recogido en



la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por ejemplo, en la Resolución 129/2019) e incorporada a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, ya sin limitarse a tipos concretos de contratos, y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En el caso de la Directiva observamos que en su Considerando 94 señala lo siguiente:

“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.”

El artículo 69 de la norma citada plasma esta idea como obligatoria e incluye entre los criterios de adjudicación *“b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.”* Esta es la misma redacción que se contiene en el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, si bien en esta se hace referencia a una afectación significativa *“a su mejor ejecución.”*

En consecuencia, la experiencia del personal de las licitadoras sí se puede tomar en consideración como criterio de adjudicación siempre que se cumplan dos condiciones:



- Que el personal que se mencione en los pliegos esté encargado de la ejecución efectiva del contrato.
- Que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.

La primera de las dos condiciones citadas no se refiere a personas citadas nominalmente en los pliegos, sino a perfiles profesionales o puestos específicos encargados de la ejecución del contrato cuya experiencia se considere relevante a los efectos de dicha ejecución, porque, por un lado, una cita nominal sería contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores y, por otro lado, no tendría sentido que se aludiese a componentes de la entidad licitadora que no vayan a participar en la ejecución del contrato en cuestión, lo que igualmente resultaría contrario al principio de igualdad de trato.

La segunda de las condiciones mencionadas en la norma alude, no ya a la participación del personal en el contrato, sino al hecho de que las condiciones particulares de las personas que ocupen los puestos mencionados en el pliego afecten de manera significativa a la ejecución del contrato.

Sentado lo anterior resulta evidente que la expresión “*de manera significativa*” constituye un concepto jurídico indeterminado cuya concreción depende de las condiciones específicas de la licitación de que se trate, sin que sea posible definir las de antemano. El vocablo “*significativa*” debe entenderse en este caso en la segunda de las acepciones que nos proporciona el Diccionario de la RAE, esto es, “*Que tiene importancia por representar o significar algo.*” En este sentido equivaldría a una influencia relevante en la ejecución del contrato, de modo que no sólo no es inocua en la ejecución, sino que es un elemento importante para la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que la experiencia de algún trabajador de la empresa licitadora sí que puede considerarse como criterio de adjudicación en un contrato de ejecución de obras por las siguientes razones:

1. Porque aunque en la Jurisprudencia del TJUE se alude a un tipo de contratos muy específicos como son los referentes a prestaciones de carácter



intelectual, la Directiva y la ley española vigente no constriñen su aplicación a tipos concretos de contratos públicos.

2. Porque es razonable pensar que la concreción efectiva del precepto exija que el órgano de contratación haga una valoración de aquellos componentes de la organización de las entidades licitadoras que puedan tener una influencia significativa en la calidad de la prestación objeto del contrato. Esto no quiere decir que no sea posible exigir una determinada experiencia al personal en su conjunto siempre que se cumplan las condiciones legales.
3. Porque resulta claro que los dos elementos que la norma exige para el empleo de la experiencia como criterio de adjudicación, la participación efectiva en la ejecución del contrato y que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a su ejecución, por un lado muestran con nitidez la intención del legislador en el sentido de autorizar la definición de las condiciones que afecten a determinados componentes de la licitadora y no necesariamente a todo su personal en su conjunto y, por otro lado, sirven de parámetro de control de la corrección de los pliegos en el cumplimiento de las condiciones legalmente prescritas.

En conclusión, sí que resulta ajustado a derecho que los pliegos identifiquen a determinados perfiles profesionales, puestos o componentes de los licitadores como relevantes en la ejecución efectiva del contrato y fijen su experiencia como un criterio de adjudicación del mismo.

2. La anterior conclusión general no puede ocultar que, sin embargo, tal como se detalla en la consulta, puedan existir actuaciones incorrectas del órgano de contratación a la hora de definir los roles de quienes tienen una influencia significativa en la ejecución del contrato. Menciona la consulta varios posibles problemas como sería, por un lado, el incremento excesivo de la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación y su ponderación desmesurada en el conjunto de los criterios de adjudicación mediante la inclusión de porcentajes excesivamente elevados y, por otro, el hecho de que no se valore estrictamente al personal de la entidad licitadora sino que se atienda a la experiencia de uno o varios



trabajadores concretos de plantilla de la empresa que intervienen en la ejecución de un contrato de obra.

Conforme al texto legal, tal como hemos visto, la participación efectiva en la ejecución del contrato y el hecho de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a su ejecución son condiciones necesarias para que quepa considerar la experiencia como un criterio de adjudicación. Ambas circunstancias pueden concurrir en todo el personal de las licitadoras o puede ocurrir que existan determinados perfiles profesionales, puestos o componentes de aquellas que sirvan para definir las condiciones de una mejor ejecución. Por tanto, tal como vimos en el anterior expositivo, no es necesario, aunque sí posible, aludir a todo el personal para exigir una experiencia concreta.

Ahora bien, la participación efectiva en la ejecución y la influencia significativa en la mejora en la ejecución del contrato público exigen que los puestos o roles seleccionados en el pliego cumplan efectivamente estas dos condiciones, de modo que cabría considerar que no se produce esta circunstancia cuando los pliegos omitan perfiles igualmente relevantes a estos efectos o incluyan determinados perfiles característicos de empresas concretas y que no cumplan las condiciones descritas en la norma. En este sentido asiste la razón a la entidad consultante pues este tipo de referencias en los pliegos pueden suponer auténticas barreras de acceso a las licitaciones, contrarias por definición a los principios de concurrencia y de igualdad de trato a los licitadores. Como antes indicamos, estas dos condiciones sirven de parámetro de legalidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en lo que hace a esta concreta cuestión.

Por lo que se refiere a la ponderación de los criterios de adjudicación habrá que estar a cada caso concreto para valorar los efectos que apareja un determinado porcentaje de peso en el conjunto de los criterios de adjudicación. Es cierto que cabe la posibilidad de que la propia definición del criterio se muestre desproporcionado en relación con el conjunto (en este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 894/2017 referente a la posibilidad de incorporar una cláusula social de garantía retributiva como criterio de adjudicación) pero el análisis de cada caso concreto dependerá de las circunstancias del pliego de cláusulas administrativas particulares y excede de la capacidad de análisis de esta Junta Consultiva.



Por todo lo anteriormente expuesto constituye una buena práctica que el órgano de contratación justifique suficientemente (en la memoria justificativa del contrato) la elección de este criterio de adjudicación de modo que queda motivada la proporcionalidad del criterio y su relación con el objeto del contrato.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Resulta ajustado a derecho que los pliegos identifiquen a determinados perfiles profesionales o puestos de los licitadores como relevantes en la ejecución efectiva del contrato y fijen su experiencia como un criterio de adjudicación del mismo.
- Las condiciones descritas en el artículo 145.2.2º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deben concurrir cuando se haga uso de esta posibilidad y sirven de parámetro de control de la legalidad de la cláusula contractual.
- La definición de los concretos aspectos del pliego de cláusulas administrativas particulares debe tenerse en cuenta para valorar la posible desproporción de los criterios de adjudicación basados en la experiencia, sin que quepa hacer un pronunciamiento apriorístico de la cuestión.