

Informe 13/98, de 30 de junio de 1998. "Improcedencia de emplear como criterios objetivos de valoración de las proposiciones en los concursos los medios que se especifican para valorar la solvencia de las empresas y, en concreto, la experiencia de los suministradores".

3.7. Contratos de suministros. Formas de adjudicación.

ANTECEDENTES.

Por D. José Luis Graullera Micó, en calidad de Presidente de la "Asociación de Empresas suministradoras del Ministerio de Defensa" (AESMIDE) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, después de hacer referencia a los Estatutos y Acuerdos de la Asociación y al artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de los que deriva su legitimación para formular la consulta, hace constar lo siguiente:

«Como Presidente de AESMIDE,

SOLICITO dictamen a esa Junta referido a si en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministros mediante la forma de concurso, puede figurar como criterio objetivo de valoración de la oferta aspectos relativos a la experiencia del empresario en suministros anteriores o análogos, ya sea ante el mismo órgano de contratación o ante otros distintos de éste.

La opinión que tiene AESMIDE sobre esta cuestión es la siguiente:

La experiencia específica de los suministradores es uno de los criterios que puedan tenerse en cuenta a la hora de evaluar la aptitud de aquéllos para realizar la prestación de que se trate, según el artículo 23 de la Directiva 93/36/CEE, incorporada a nuestro derecho interno y artículo 18 de la LCAP.

Los restantes criterios de selección cualitativa vienen formulados en los artículos 15 al 24 de la LCAP y 20 al 25 de la citada Directiva.

De otro lado, los criterios objetivos de adjudicación de los concursos, han sido recogidos en el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE y artículo 87 de la LCAP. Estos criterios enunciados en este último artículo de forma no exhaustiva, (precio, plazo de ejecución, fórmula de revisión, coste de calidad, mantenimiento, etc...), tienen como elemento común y objetivo, que sirven para valorar las ofertas, previa ordenación y ponderación de aquéllos, sin que tengan relación con las cualidades del licitador sino con las del suministro que se pretende prestar.

Por lo anterior, AESMIDE estima que al tratarse de dos fases distintas y regidas por normas diferentes, cabe afirmar que en ningún caso puede incluirse como criterio de adjudicación de concursos un criterio que acredite la mayor o menor capacidad técnica de los licitadores.

El informe que se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se estima muy oportuno y conveniente para que la elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares respete los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia que presiden la contratación con las Administraciones Públicas en España y en los demás Estados de la Comunidad Europea.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se plantea en el escrito de consulta la cuestión concreta de si puede figurar, entre los criterios de adjudicación por concurso de un contrato de suministro, requisitos como el de la experiencia del suministrador, pese a figurar incluidos en la legislación española como uno de los medios que sirven para acreditar la solvencia o aptitud técnica de los contratistas.

La cuestión, como se consigna expresamente en el escrito de consulta, tiene que ser examinada desde el punto de vista de la normativa comunitaria, constituida por la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas principalmente de sus artículos 18 y 87 que, en este extremo, son fiel reflejo de preceptos comunitarios.

Por otra parte debe advertirse que las conclusiones que se obtengan para el contrato de suministro, cuestión consultada, deben extenderse sin dificultad al resto de los contratos administrativos, de un lado, porque las Directivas 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de obras y la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre contratos de servicios contienen una regulación idéntica, en este extremo, a la de la citada Directiva 93/36/CEE y, de otro lado, porque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluye su artículo 87 sobre criterios para la adjudicación del concurso entre las disposiciones aplicables a todos los contratos regulados en ella y, aunque es cierto que la regulación de la solvencia técnica se incluye en artículos distintos para contratos de obra (artículo 17), para contratos de suministros (artículo 18) y para los restantes contratos (artículo 19), también lo es, en cuanto al requisito de la experiencia, que el mismo viene mencionado en los tres artículos citados (apartado b) del artículo 17, apartado a) del artículo 18 y apartado b) del artículo 19), por lo que la conclusión que se obtenga en la interpretación de cualquiera de ellos puede ser trasladada automáticamente a los otros dos preceptos restantes.

2. La Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, (se insiste, al igual que la Directiva 93/37/CEE y que la Directiva 92/50/CEE), en su Título IV, Capítulo II, con la rúbrica de "criterios de selección cualitativa", indica en su artículo 23 que la capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o mas de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad y la utilización de los productos que se vayan a suministrar e incluye en su apartado a) "una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados". Por otro lado, en el Capítulo III bajo la rúbrica de "Criterios para la adjudicación de contratos" establece en el artículo 26.1.b) que "en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio posventa y la asistencia técnica".

A la vista de los preceptos transcritos resulta evidente que la Directiva 93/36/CEE considera fases distintas y establece requisitos también distintos para la selección de proveedores y la adjudicación del contrato, mencionando para la primera fase, entre otros, el requisito de la experiencia o relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años y para la segunda fase, una serie de criterios objetivos que, aún enumerados a título ejemplificativo, nada tienen que ver con la experiencia, precisamente por venir este requisito incorporado a la primera fase de selección de contratistas.

Esta clara distinción de la Directiva comunitaria aparece reflejada en las causas de utilización del procedimiento negociado, al referirse el artículo 6 en su apartado 3.a) como un supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, apreciable en la fase de selección, a la inexistencia de licitadores en un procedimiento abierto o restringido (cuando no se presenten proposiciones o se presenten proposiciones inadecuadas) y el apartado 2 del propio artículo, como supuesto de procedimiento negociado con publicidad, que debe apreciarse en la fase de adjudicación a la existencia de licitadores también en un procedimiento abierto o restringido pero que presentan ofertas irregulares, lo que permite transformar este supuesto en procedimiento negociado sin publicidad cuando se incluyen en este último a todas las empresas que cumplieren los requisitos de capacidad y solvencia en el anterior procedimiento abierto o restringido.

Si a lo anterior se añade que resultaría un contrasentido consagrado por la Directiva el que la experiencia siempre figurase como requisito de selección en la subasta y nunca como criterio de adjudicación, que sería siempre el del precio más bajo y que, en cambio, en el concurso podía figurar indistintamente en la fase de selección y en la fase de adjudicación, fácilmente se comprende que debe descartarse tal interpretación errónea y sostener que, tanto en la subasta como en el concurso, la experiencia es uno de los requisitos de solvencia técnica que puede exigirse al contratista y que la adjudicación ha de realizarse a la proposición de precio más bajo, en la subasta, o a la que cumpla ciertos criterios objetivos, nunca la experiencia, en el concurso.

En idéntico sentido a los criterios interpretativos que han quedado señalados se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87- "Beentjes"), en la que, aún refiriéndose a la Directiva 71/305/CEE, entonces vigente, sobre contratos de obras, se afirma que en el sistema de la Directiva la verificación de la aptitud de los empresarios y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes regidas por reglas también diferentes, 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".

3. La conclusión que se desprende de la interpretación de las Directivas comunitarias y que ha quedado expuesta en el apartado anterior de este informe - la de que la experiencia puede figurar como medio justificativo de la capacidad y solvencia técnica del empresario pero que no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso- ha de ser expresamente ratificada si se plantea la cuestión desde el punto de vista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que viene a establecer, al regular los requisitos para contratar con la Administración, en el Capítulo I, Título II, del Libro I y, en concreto, en el artículo 15.1, que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y en su artículo 18.a) relativo a contratos de suministro, que es el supuesto consultado, que la solvencia técnica se acreditará, entre otros medios, por relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fecha y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos y posteriormente, en el Capítulo VII (adjudicación de los contratos) del Título III, del Libro I, incluye los criterios objetivos para la adjudicación del concurso, en el artículo 87, mencionando, en enumeración ejemplificativa, idénticos criterios a los de las Directivas comunitarias, entre las que no figura el de la experiencia. Por otra parte la misma diferenciación entre las fases de verificación de aptitud de contratistas y adjudicación del contrato se refleja en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al referirse, como supuestos de utilización del procedimiento negociado, a los de falta de licitadores [artículos 141.a), 183.a) y

211.a)] y a los que, aún existiendo licitadores presentan ofertas económicas irregulares o inaceptables [artículos 140.a), 182 y 210.a)].

4. Los criterios hasta aquí expuestos, de plena aplicación al procedimiento abierto, requieren, no obstante, que se realicen determinadas matizaciones o aclaraciones en relación con los otros dos procedimientos de adjudicación -restringido y negociado- previstos en las Directivas comunitarias y en la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas.

El procedimiento restringido es caracterizado en las Directivas comunitarias como aquel procedimiento en el que únicamente pueden presentar ofertas los contratistas invitados por los poderes adjudicadores, frente al procedimiento abierto caracterizado como aquel procedimiento en el que cualquier contratista interesado puede presentar ofertas, caracterizaciones que, sin reproducir las nociones de las Directivas comunitarias, inspiran la regulación de ambos procedimientos de adjudicación en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

La característica fundamental de la regulación del procedimiento restringido, tal como la incorpora el artículo 92 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es la diferenciación de dos fases diferenciadas constituida la primera por el anuncio de la convocatoria y presentación de solicitudes de participación y la segunda por la invitación a las empresas seleccionadas, presentación de ofertas y adjudicación del contrato, debiendo establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con carácter previo al anuncio, como dice el apartado 1.a) del citado artículo 92, "los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento".

La primera consideración que hay que retener es la de que los criterios objetivos del artículo 92.1.a) no pueden identificarse con los criterios objetivos a que se refiere el artículo 87, ya que los primeros se establecen para invitar a participar y los segundos para adjudicar el contrato por concurso, con independencia de que si el legislador hubiera tenido intención de identificar los dos supuestos le habría bastado con realizar una remisión al artículo 87 en el artículo 92.1.a).

Resulta así que de la finalidad y regulación concreta del procedimiento restringido contenida en las Directivas comunitarias y reflejada en el artículo 92 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede deducirse obstáculo alguno, para que, a través de los criterios objetivos para invitar a participar se atienda a la experiencia o cierta especialización de las empresas, ya que si la finalidad de este procedimiento, como su propio nombre indica, es restringir el acceso al mismo a determinadas empresas, pudiendo limitar su número, resulta de todo punto lógico que esta restricción pueda llevarse a cabo mediante el criterio de la experiencia o especialización de las empresas, lo que confirma el artículo 110, párrafo cuarto del Reglamento General de Contratación del Estado, redactado nuevamente por el Real Decreto 2528/1986, de 26 de noviembre, con la finalidad de adaptar la disposición reglamentaria a las Directivas entonces vigentes sobre obras y suministro y que, aún refiriéndose a la fase de admisión previa que hoy debe considerarse sustituida por el propio procedimiento restringido, viene a establecer que "los criterios objetivos precisarán suficientemente los requisitos que hayan de reunir los empresarios para su admisión previa, justificando en el expediente la procedencia de los mismos y atenderán, entre otros extremos, a factores tales como la experiencia en modernas tecnologías vinculadas al tipo de obra; la correcta programación de las obras en cuestión, según diagramas de tiempos, actividades y previsiones de costes; el plan de dispositivos e instalaciones disponibles en orden a la adecuada organización y ejecución del proceso constructivo o a otros factores análogos que permitan criterios seguros de selección", precepto que, con las necesarias adaptaciones terminológicas al contrato de suministro, sirve de apoyo a la tesis que, en cuanto al procedimiento restringido estamos manteniendo.

En cuanto al procedimiento negociado, su propia esencia como procedimiento de adjudicación sin sujeción a criterios previamente determinados y la simplicidad del procedimiento de adjudicación, permiten sostener que la experiencia puede jugar a la vez como requisito de aptitud y criterio de adjudicación, sin que exista base normativa para establecer una diferenciación, a estos efectos, entre la fase de selección del contratista y verificación de su aptitud y la fase de adjudicación del contrato, debiendo recordarse, a este respecto, que los preceptos examinados de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en que se ha fundado la interpretación mantenida en relación con el procedimiento abierto, se refieren a supuestos de existencia de una verdadera y propia licitación, es decir, a los casos de subasta y concurso y, por tanto, la conclusión de ellos derivada no puede extenderse a los procedimientos negociados en los que toda idea de licitación, por su propia esencia, debe quedar excluida.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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 del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la citada Ley.
2. Que la conclusión anterior, que se considera incuestionable en el procedimiento abierto, no tiene aplicación, por su naturaleza específica, en el procedimiento negociado y debe ser objeto de matizaciones en relación con el procedimiento restringido, dado que entre los criterios objetivos a que se refiere el artículo 92.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferentes de los enumerados en el artículo 87, pueden incluirse, cuando las características del contrato a adjudicar lo aconsejen, los que hagan referencia a la experiencia o especulación de la empresa.