

Informe 17/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de modular el alcance de la expresión «en los últimos tres años» contenida en el artículo 78 a) TRLCSP para la exigencia y acreditación de la solvencia técnica en los contratos de servicios.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte se dirige con fecha 31 de mayo de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Es habitual que el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte licite contratos de servicios para la redacción de proyectos básicos y de ejecución para la construcción o ampliación de centros educativos públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como en el artículo 48.2 a)ii) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento 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, la solvencia técnica o profesional de los empresarios podrá acreditarse, entre otros medios, por la aportación de una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario de los mismos. Dicha posibilidad ha sido recogida en el modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado por la Excm. Sra. Consejera del Departamento con fecha 11 de mayo de 2011, previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos de fecha 27 de abril de 2011 y previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 4 de mayo de 2011.

En relación con los contratos que este Departamento tiene previsto licitar, y dada la especificidad de los edificios a proyectar construir, se considera que la experiencia profesional es un factor relevante y determinante para la valoración de la solvencia de los candidatos, a cuyo efecto se estima necesario incluir como criterio para la apreciación de dicha solvencia técnica o profesional, que los licitadores acrediten haber redactado al menos un proyecto de equipamiento público para una

Administración Pública, para lo que deberán aportar una relación de los principales servicios o trabajos realizados.

Dadas las circunstancias económicas y financieras de los últimos años, se plantea en este punto la conveniencia, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de máxima concurrencia y competencia efectiva, tomar en consideración los trabajos realizados por los licitadores en los últimos años, tal y como viene dispuesto en la normativa citada, pero en un plazo mayor al de los tres años previstos.

Dado que ni el artículo 48 de la Directiva de Contratos Públicos ni el artículo 78 del TRLCSP indican si el plazo de los tres últimos años, establecido para relacionar los principales trabajos con el fin de acreditar la solvencia exigida, es un plazo que se establece con carácter de mínimo o de máximo, y al objeto de elaborar conforme a Derecho los pliegos que hayan de regir la contratación de los servicios indicados, se solicita a esa Junta Consultiva informe sobre la legalidad de ampliar dicho plazo de manera que pueda apreciarse la solvencia técnica o profesional de los candidatos a través de los trabajos realizados en un periodo mayor al legalmente previsto».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de junio de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte es un órgano competente para formular solicitud de informe a la

Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Medios y criterios para acreditar la solvencia en los contratos públicos. Condiciones mínimas que deben cumplir.

Conforme al artículo 62 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP):

«1. Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional y técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo».

Del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los medios y criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, es decir que sean proporcionales; que se encuentren entre los establecidos en la Ley; y, además —como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública—, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.

Se alude a «medios y criterios» para poner de manifiesto, como ya indicara esta Junta consultiva en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, que tan necesaria como la elección del medio es la fijación del criterio:

«...todavía son frecuentes los Pliegos en los que se indican los medios señalados para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica mediante el simple recurso de transcripción del contenido de los artículos 64 a

68 LCSP (en la actualidad 75 a 79 TRLCSP), o la remisión a éstos, pero sin precisar, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual y, en ocasiones, sin concretar la forma de acreditación. De este modo, se obliga a la Administración a la aceptación como solvente de cualquier contratista, por la simple presentación de unos documentos (certificados bancarios, balances, relación de trabajos etc.) sin que pueda ejercer una función crítica sobre ellos.

Se insta en este punto a los órganos de contratación, que no solo seleccionen los medios de entre los señalados en los artículos 64 a 68 LCSP que mejor sirvan para acreditar las condiciones de solvencia de los licitadores en relación con el concreto contrato, pudiendo optar por uno, varios o todos de los que se especifican en dichos artículos, sino que necesariamente determinen en los pliegos y en el anuncio, las condiciones mínimas que deban alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.)».

La necesaria proporcionalidad en el requerimiento de la solvencia ha sido destacada por la jurisprudencia comunitaria, por los órganos consultivos en materia de contratación pública y, más recientemente, en los pronunciamientos de los Tribunales de recursos contractuales. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 60/2011, de 9 de marzo, ha afirmado en su Fundamento de Derecho octavo:

«A los efectos de la afirmación realizada por el órgano de contratación, es necesario observar en primer lugar que la determinación de los niveles mínimos de solvencia deberá ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato...»

Y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ya desde su Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, señala:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de

igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —mejor operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar la LCSP, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que pueda exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla.

Conforme al artículo 51 LCSP, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. Por su parte, los artículos 63 a 68 LCSP regulan los medios admitidos para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica, destinándose el artículo 67, en concreto, a los contratos de servicios como el que es objeto de recurso.

De acuerdo con estos preceptos, los órganos de contratación deben seleccionar los medios, de entre los señalados en los artículos 64 a 68 LCSP, que mejor sirvan para acreditar las condiciones de solvencia de los licitadores, en relación con el concreto contrato; pudiendo optar por uno, varios, o todos de los que se especifican en dichos artículos. Y deben determinar necesariamente en los pliegos y en el anuncio, las condiciones mínimas que deben alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.)».

En la actualidad, es el artículo 74 TRLCSP el que señala en su apartado primero que la solvencia económica y financiera y técnica y profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que determine el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 75 a 79. Por su parte, los artículos 75 a 79 TRLCSP regulan los medios admitidos para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica. Por tanto, los medios de acreditación de la

solvencia están tasados en el TRLCSP, y no son disponibles por los órganos de contratación.

Este elenco de medios que ofrece la ley es trasunto de los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE, si bien la Directiva recoge en solo dos preceptos —uno dedicado a la capacidad económica y financiera y otro a la capacidad técnica y profesional— el contenido que el legislador español ha distribuido en cinco preceptos, distinguiendo por un lado la solvencia económica y financiera y, por otro, la solvencia técnica en los contratos de obras, en los de suministros, en los de servicios y en los restantes contratos.

III. Posibilidad de modular el alcance de la expresión «en los últimos tres años» contenida en el artículo 78 a) TRLCSP.

Entre los medios recogidos para acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios, se incluye en la letra a) del artículo 78 «*Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos*». Como señala el Departamento en su escrito de consulta, ni el TRLCSP, ni la Directiva vigente, establecen el carácter de este plazo de tres años —máximo o mínimo, obligatorio o potestativo—, por lo que se suscitan dudas como la que se plantea, respecto a la posibilidad de acudir, en una concreta licitación, a un plazo más amplio para la fijación de la solvencia.

Para dar respuesta a esta cuestión, debe acudirse a una interpretación sistemática y, también, a una interpretación finalista o funcional.

Desde el punto de vista sistemático, el artículo 75.1.b) TRLCSP recoge como uno de los medios para acreditar la solvencia económico financiera el del volumen global de negocios y, en su caso, el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o inicio de las

actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocio. Esta redacción, frente a la de normas anteriores, fue incluida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que precisó que, en relación con este medio de acreditación de la solvencia económica, debía aportarse declaración referida a los tres últimos ejercicios disponibles, «*en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario...*». Esta precisión permite afirmar que, en relación a la solvencia económica, no se está exigiendo una antigüedad obligatoria de la empresa de tres años, lo que podría resultar contrario a la competencia, sino que la declaración debe referirse al período en el que la empresa haya comenzado su actividad.

Es cierto que ninguno de los preceptos del TRLCSP en los que se contienen los medios para acreditar la solvencia técnica se contiene una previsión similar a la que acaba de señalarse, y que, en todo caso, la misma parece estar contemplando únicamente el supuesto de que el plazo a considerar sea menor, y no mayor, como ahora propone el Departamento en atención «*a las circunstancias económicas y financieras de los últimos años*», en los que la caída de las licitaciones públicas en todos los sectores (y sobretodo en la obra pública y los contratos relacionados con las mismas) es un dato incuestionable.

Dado que, como se ha señalado, la actual regulación reproduce casi literalmente el contenido de las previsiones comunitarias sobre la materia, puede ser útil acudir a la propuesta de nueva Directiva, actualmente en tramitación. En este sentido, en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a contratación pública, en la versión publicada el 20 de diciembre de 2011, se señalaba, en el Anexo XIV «*Medios de prueba de los criterios de selección*», tras señalar la relación de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos ejercicios, que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados mas de tres años antes. Finalmente, en la propuesta de nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Contratación pública, COM (2011) 896,

publicada el 5 de abril de 2013 en el Diario oficial de la Unión Europea, esta extensión del plazo mas allá de los tres años previstos como referencia en la actualidad, se traslada incluso al articulado de la Directiva. Así, el artículo 56.4 señala en este punto:

«Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado...».

Esta última expresión, «*en el pasado*», totalmente abierta, permite concluir a esta Junta que el legislador comunitario va a introducir la posibilidad de que, respetando en todo caso los límites señalados de vinculación al objeto del contrato, proporcionalidad y garantía de competencia real, los poderes adjudicadores no se vean limitados —ni como mínimo ni como máximo— por el plazo de cinco o tres años a los que alude ahora la regulación, en función de si se trata de un contrato de obras, o de suministros o servicios.

Pero es que, además, una interpretación finalista o funcional de la actual regulación permite alcanzar idéntica conclusión. Si, como se ha señalado, el poder adjudicador tiene ante si, en la fijación de la solvencia en todas sus variantes, una decisión discrecional (con los límites de proporcionalidad y vinculación entre el objeto y la solvencia exigida), parece razonable no solo poder elegir de entre la totalidad de los medios previstos en la ley los que mas se adapten al caso concreto, sino también su «intensidad».

Por ello, en contratos de servicios de redacción de proyectos o dirección de obras como los que suscitan la consulta, el considerar un plazo superior a los tres últimos años para el requerimiento de experiencia y su acreditación, puede resultar adecuado atendiendo al volumen de obra pública licitada en los últimos años, respeta el principio de igualdad de trato y no restringe la competencia, límites infranqueables en la fijación de la solvencia. Esta Junta considera, en todo

caso, que esta decisión —adoptada siempre por ser necesaria para garantizar un nivel adecuado de competencia, y en ningún caso para hacer acepción de licitadores—, debe razonarse de forma fundada en el expediente de contratación.

III. CONCLUSIONES

- I. La determinación del nivel de solvencia, tanto técnica o profesional como económica, se ha de fijar por el órgano de contratación para cada caso concreto, a partir del elenco de medios que ofrece el TRLCSP, y la solvencia exigida ha de ser adecuada y proporcional al objeto del contrato y a su importe económico.
- II. Dentro de esta libertad de configuración, y desde una interpretación sistemática y funcional del actual TRLCSP, puede concluirse que los plazos de cinco y tres años previstos en los artículos 76.a), 77 a) y 78 a) pueden modularse —siempre que sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia y concurrencia—, ampliándolos, atendiendo a las circunstancias concretas de cada licitación, en los términos y condiciones contenidos en el cuerpo de este Informe.

Informe 17/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 26 de junio de 2013.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA

Vº Bº EL PRESIDENTE

José Luis Saz Casado

Ana Isabel Beltrán Gómez