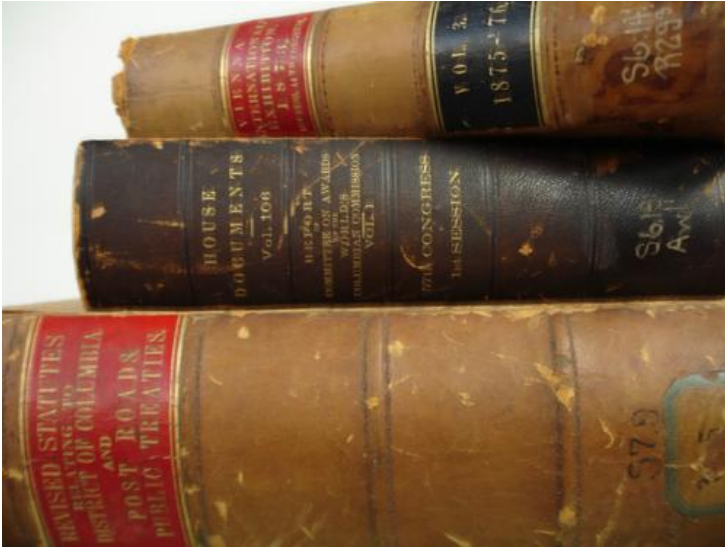


LA EXPERIENCIA COMO REQUISITO PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO Y SUS LÍMITES. CASOS RECIENTES



Ninguna empresa puede contratar con el sector público si carece de capacidad de obrar o de solvencia económica, técnica o profesional o está incurso en una prohibición de contratar. De poco sirve que la proposición sea económicamente ventajosa si no se cumple alguno de esos requisitos necesarios para contratar con el sector público.

A medida que más y más contratos que antes podían adjudicarse de forma directa se ven sometidos a procedimientos de licitación abierta, los requisitos de participación ganan importancia, porque constituyen la única forma de influir, aunque sea indirectamente, en el resultado de la licitación.

Dentro de estos requisitos cobra especial importancia la solvencia técnica o profesional, al ser el único que no ha sido armonizado por la legislación comunitaria, lo que deja un amplio margen a los poderes adjudicadores. O eso parece.

El requisito de capacidad de obrar tiene escaso recorrido. La solvencia económica se agota en la exigencia de una cifra de negocios mínima, cuyo tope máximo ha sido fijado en la Directiva 2014/24. Por lo que respecta a las prohibiciones de contratar, la Directiva y el TRLCSP (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) han establecido un régimen ciertamente complejo y de dudosa eficacia, pero que otorga escasa capacidad de decisión al poder adjudicador. De hecho, la legislación española es aún más restrictiva que la Directiva, porque ésta permitiría al poder adjudicador gestionar directamente algunas prohibiciones, mientras el legislador español atribuye la competencia a otros órganos, como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o el Ministerio.

En un ejemplo práctico muy reciente, que servirá como hilo de esta exposición, se establecía, como requisito de solvencia técnica para poder participar en la licitación de un contrato de servicios de asesoramiento jurídico y tributario para una autoridad portuaria, el siguiente:

?Haber realizado durante los últimos cinco años prestaciones de servicio, de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto de este contrato, debiendo acreditar, la realización de al menos 3 servicios de asesoramiento tributario a Autoridades Portuarias, incluyendo asesoramiento en el Impuesto sobre Sociedades.?

Si tenemos en cuenta que sólo hay 28 autoridades portuarias y que no necesariamente todas ellas han externalizado este servicio en los últimos cinco años, el número de posibles aspirantes a la licitación queda extraordinariamente reducido. Además, se crea una suerte de oligopolio, de mercado cerrado, porque sólo pueden prestar el servicio determinadas empresas, a las que en su día no se

exigió este requisito de solvencia que ahora es imprescindible.

¿Se pueden imponer requisitos de solvencia técnica tan concretos? ¿Cuáles son los límites en esta materia?

El artículo 62 del TRLCSP (reproducido en el 74 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que ahora se tramita en el Congreso de los Diputados) establece la regulación general:

Artículo 62. Exigencia de solvencia.

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 o 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.

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.?

Como vemos, el precepto concede un amplio margen de apreciación al órgano de contratación a la hora de redactar el pliego, fijando como límites materiales los criterios de proporcionalidad y de vinculación con el objeto del contrato.

El artículo 78 del TRLCSP desarrolla los requisitos de solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios (que es donde se dan los casos más dudosos), mencionando la experiencia (entendida en sentido genérico, como la realización de trabajos similares para el sector público o privado) entre las formas de acreditar la solvencia, a elección del órgano de contratación, que puede establecer en el anuncio de licitación o en los pliegos los valores mínimos exigidos?. El Proyecto de Ley añade (art. 90.2 in fine) que, si los pliegos no dicen otra cosa, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo para ello a los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato?, lo que parece establecer un criterio (ciertamente complejo y confuso) para acreditar la solvencia, aunque, a diferencia de lo que se establece para la solvencia económica (art. 78), no es un criterio imperativo para los pliegos, sino supletorio.

La Directiva 2014/24 regula la cuestión en su artículo 58.4, párrafos primero y segundo:

4. 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. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.?

La Directiva no prohíbe, sino que admite expresamente, que la experiencia se convierta en un requisito de admisión a la licitación. No sería suficiente acreditar conocimientos teóricos (es decir, titulaciones académicas de quienes van a ejecutar el contrato), sino que también podría exigirse a los aspirantes haber realizado previamente trabajos similares al que es objeto de licitación. Otra cosa es el tipo de experiencia, porque no es lo mismo exigirla en términos más o menos genéricos que con un nivel de concreción similar al del ejemplo que se ha puesto más arriba, que limita extraordinariamente el número de posibles licitadores. Aplicando la Directiva anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015 (ECLI:EU:C:2015:204, asunto C-601/13, Ambisig) admite una cláusula que tiene en cuenta como criterio de adjudicación la calidad del equipo que va a ejecutar el contrato (de servicios intelectuales), lo que incluye la experiencia.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introduce en esta materia normas muy precisas. Aunque teóricamente se dirige a eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública, de forma que esta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas?, esas normas pueden producir un

impacto relevante en la contratación pública, al margen del concepto más o menos convencional de 'emprendedor'.

Así, incorpora una letra d) al artículo 32 del TRLCSP, en la que se crea un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho de los contratos públicos y sus actos preparatorios, que incluye '[t]odas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración'. El Proyecto de Ley recoge este supuesto pero sólo como causa de anulabilidad [art. 40, párrafo 2º, letra b)], lo que reduce su eficacia, al exigir que se impugne directamente el pliego, sin que pueda alegarse por vez primera en un recurso contra el acuerdo de adjudicación.

Además, el artículo 45 de la Ley 14/2013 se ocupa específicamente de esta cuestión:

Artículo 45. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.?

El Proyecto de Ley no deroga ni incorpora a su texto este precepto (como habría sido tal vez aconsejable, por su íntima relación con la legislación sobre contratos públicos), por lo que cabe entender que continuaría vigente (aunque el efecto de su infracción sería la anulabilidad, no la nulidad).

Es difícilmente imaginable una ventaja mayor a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración, que la reserva de los contratos de servicios de estos entes a las empresas que hayan contratado previamente de forma intensa con ellos. Mediante cláusulas de este tipo, los contratos se reservan a las empresas que entraron en ese mercado cuando no se aplicaba la cláusula. Resulta sencillamente imposible entrar en ese mercado y adquirir experiencia previa (la aplicación de esta cláusula u otras similares lo impide), y sin experiencia el camino de la contratación está cerrado.

Es necesario destacar que el TS, desde hace muchos años, prohíbe que la experiencia se compute como un criterio de adjudicación del contrato, porque ello iría contra la libre competencia, pudiendo citarse, como muestra de otras muchas, las sentencias de 11 de julio de 2006 (recurso de casación 410/2004) y 24 de noviembre de 2011 (recurso de casación 305/2008, RJ 2012/2439). Si la experiencia no puede valorarse como criterio de adjudicación (es decir, un criterio puntuable, como los demás incluidos en el baremo), menos aún podrá convertirse en requisito de admisión, cuya importancia para la adjudicación del contrato es muy superior, puesto que no cabe compensarlo con otros méritos (cosa que sí cabe hacer con la experiencia como criterio puntuable). Es como si se prohibiera el concurso-oposición por favorecer a los interinos, y en cambio se admitiesen unas oposiciones restringidas a las que sólo pudieran presentarse ellos.

La doctrina de los órganos de recursos contractuales no ha tenido muchas ocasiones de aplicar estas nuevas normas aprobadas en 2013. Algunas resoluciones se han ocupado de los requisitos de experiencia, examinándolos desde el prisma del principio de proporcionalidad. Un claro ejemplo es la resolución 207/2014, de 14 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que se ocupa de un requisito de solvencia consistente en 'haber sido adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, a excepción de los contratos menores que no se tendrán en consideración a estos efectos, cuyo objeto sea similar al que aquí se licita'. En aquel caso se anuló la cláusula por desproporcionada:

'la concreta exigencia de un número de contratos de objeto similar celebrados con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, en concreto tres, formulada con carácter absoluto, sí que afecta a la libre concurrencia y produce el efecto de restringir de modo desproporcionado el acceso a la licitación. Desde luego, la cifra de 20.000 habitantes es razonable y justificada, al ser, no sólo el segmento de población en que se sitúa el municipio licitador, que cuenta con más de 31.000 habitantes, sino porque se trata de uno de los umbrales que para la prestación de servicios se contempla en la Ley de Bases de Régimen Local, artículo 26.C).

Sin embargo, la exigencia necesaria como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional de haber celebrado determinado número de contratos con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, excluye, de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito. Debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, sobre una incongruencia, una discriminación.?

La resolución propone incluso algunas redacciones alternativas: ?exigir determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes o, un número superior de contratos en municipios del segmento inferior (5.000 a 20.000 habitantes, umbral inferior en prestación de servicios de la Ley de Bases de Régimen Local), o que determinado número de profesionales del licitador acrediten haber trabajado en empresas que hubieran sido adjudicatarias de tales contratos de municipios de población superior a 20.000 habitantes, etc.?.

Sí aplica el artículo 45 de la Ley 14/2013 el Acuerdo 9/2014, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que anula un requisito de experiencia que se incluía en el pliego de un contrato de obra, lo que resulta especialmente llamativo porque estas cláusulas son habituales en contratos de servicios:

?Pese a la compleja redacción y técnica normativa del precepto, parece claro que la voluntad del legislador es prohibir toda ventaja que se otorgue a un contratista por haber celebrado contratos con el sector público. Pues bien, el artículo 45 de la Ley 14/2013, que no se ha incorporado al TRLCSP ?a excepción de la causa de nulidad de su número 2, que se incorpora en el artículo 32 d) TRLCSP?, conlleva que el requisito señalado en el Anexo III del PCP ?la experiencia en, al menos, una obra para la Administración pública de importe superior a 10.000.000 ??, incurre en nulidad de pleno derecho; en la medida en que implica una discriminación objetiva, ?y así sucede en relación a la experiencia en obras similares de otros poderes adjudicadores, como sería el propio ITA, o empresas privadas?; y supone otorgar una ventaja directa o indirecta a quien ha contratado con la Administración; pues es evidente que dicha experiencia se ha obtenido a través de un contrato previo con aquélla?.

La modificación introducida en 2013 puede interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que los requisitos genéricos de experiencia (es decir, no referidos a experiencia en el sector público) son admisibles siempre que estén vinculados con el objeto del contrato y respeten el principio de proporcionalidad, mientras que los requisitos de experiencia con Administraciones Públicas (y por supuesto con tipos específicos de Administraciones Públicas) deben considerarse nulos (lo que permitiría, por cierto, atacarlos incluso en un recurso contra la adjudicación, puesto que, al ser nulos, no se le aplicaría la regla del artículo 145.1 del TRLCSP).

Desde el lado del órgano de contratación será habitual el argumento de que el servicio requerido por la Administración tiene peculiaridades específicas que determinan que sólo la experiencia adquirida en contratos con ella sea relevante, justificándose así estos requisitos de experiencia concreta o reforzada. Sin embargo, es preciso reconocer que, aunque sea así, el legislador ha tomado partido por la competencia y, por tanto, por la apertura de la contratación pública, por encima de la mayor tranquilidad o seguridad del órgano de contratación, que teóricamente podría haber justificado que se favoreciera a las empresas con experiencia. Una decisión valorativa del legislador (vinculante, como es obvio, para la Administración y los órganos judiciales) que no carece de fundamento, puesto que inclinarse exclusivamente por la experiencia (por lo ya conocido) priva a los órganos del sector público, no sólo de contar con un mayor número de oferentes que pueden mejorar las condiciones de la contratación, sino de la entrada en juego de nuevos operadores que pueden perfectamente mejorar el desempeño de los ya conocidos.

En el caso concreto que se ha puesto como ejemplo al inicio de esta entrada, se daba la circunstancia de que, como el contrato lo licitaba una autoridad portuaria y no se trataba de un contrato sujeto a regulación armonizada, era competente el orden jurisdiccional civil (art. 20.2 TRLCSP) y no se podía interponer el recurso especial en materia de contratación (art. 37.1 TRLCSP), de modo que la legalidad de la cláusula en cuestión debía ser enjuiciada por un Juzgado de Primera Instancia. En el Proyecto de Ley la competencia vuelve a corresponder en estos casos al contencioso-administrativo [art. 27.1.c)].

La tutela cautelar adquiere en esta clase de procesos un valor especial, porque el contrato licitado tiene una duración anual (sin perjuicio de posibles prórrogas), de modo que, de procederse a su adjudicación, una posible sentencia estimatoria carecería de efectos prácticos. El proceso civil admite la adopción de medidas cautelares equivalentes a la suspensión cautelar del acto impugnado, puesto que, además de la cláusula general del art. 727.11ª LEC, el 727.7ª contempla expresamente ?la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta?, que encajan a la perfección

en el supuesto planteado.

El Juzgado competente, a la vista de la demanda en la que se razonaba la ilegalidad de la cláusula, decidió mediante auto de 24 de abril de 2017 (Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo, procedimiento ordinario 237/2017) la adopción de la siguiente medida cautelar: suspensión cautelar de la licitación del contrato de asistencia técnica en materia jurídico-tributaria recurrente (?).?

La competencia jurisdiccional, decidida por el legislador en este caso en favor del orden civil, tiene sus consecuencias sobre los requisitos de la suspensión cautelar. Si se hubiese podido interponer el recurso especial, la suspensión habría sido automática. De haber sido competente el contencioso-administrativo, habrían sido determinantes el periculum in mora y la ponderación de intereses, con escasa o ninguna relevancia del fumus boni iuris. En cambio, al corresponder la decisión al orden jurisdiccional civil, el fumus boni iuris se convierte en requisito principal, acompañado en segundo lugar del periculum in mora. El razonamiento del auto, después de unos párrafos dedicados a exponer la doctrina general, lo demuestra:

En consecuencia y en el presente caso, es evidente que procede la adopción de la medida cautelar solicitada al concurrir los señalados requisitos para ello; toda vez que una primera apreciación de la demanda lleva a la conclusión de que la pretensión de la actora resulta defendible. Así pues, en este momento del proceso, lo cierto es que la parte actora dispone de un principio de prueba suficiente como para estimar la concurrencia del primero de los requisitos exigidos por la LEC para la adopción de una medida cautelar, al aportar documentos que generan la llamada apariencia de buen derecho.

Concorre a su vez en el presente procedimiento el peligro de la mora procesal, toda vez que si no se adoptara la misma, el procedimiento continuaría sus trámites dando lugar a una adjudicación que pudiera verse afectada por el contenido de una eventual sentencia estimatoria.?

El ente público que había convocado la licitación, y contra el que se dirigía la demanda, reaccionó a la medida cautelar acordando la renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público, potestad que está prevista y a la vez limitada en el artículo 155 del TRLCSP. Las razones de interés público debidamente justificadas en el expediente?, que son necesarias para poder renunciar a la celebración del contrato, y que debe alegar y probar el poder adjudicador, se ciñeron en este caso a la propia suspensión cautelar, afirmando el mencionado poder adjudicador que la misma, al retrasar la adjudicación del contrato, lo privaba de utilidad. Un argumento sin duda discutible, puesto que la necesidad del asesoramiento licitado (expresamente calificado en la licitación como recurrente) no estaba limitada a un momento determinado. El contrato licitado tenía un año de duración, prorrogable por otros dos más, por lo que no se refería un momento concreto, sino a una necesidad pública permanente. De hecho, si la utilidad del contrato estuviera limitada a un periodo de tiempo muy corto, lo lógico habría sido recurrir a un contrato de duración más breve e incluso a procedimientos de adjudicación más expeditivos, como el negociado sin publicidad por imperiosa urgencia? [art. 170.d) TRLCSP]. Además, en el caso concreto el ente público había dejado pasar tres meses desde desde la finalización del plazo de presentación de proposiciones sin adjudicar el contrato, demostrando poca prisa, mientras que renunció inmediatamente a la adjudicación una vez acordada la suspensión cautelar.

Es significativo que se acepte como algo normal que el perjudicado por una cláusula que puede ser ilegal tenga que soportar la falta de efectos suspensivos de su recurso, mientras que por el otro lado el poder adjudicador reaccione ante la suspensión cautelar dejando sin efecto la adjudicación, lo que supone considerar inadmisibles cualquier espera. En todo caso, controlar la legalidad de esta decisión exige una nueva intervención de los tribunales civiles.

El desenlace (por el momento) de este asunto pone de manifiesto, junto a la conciencia del ente licitador de la más que dudosa legalidad de la cláusula en cuestión, las imperfecciones del sistema de recursos en materia de contratación pública. Éste sólo permite que se resuelvan las (como mínimo) dudas que suscita una cláusula como ésta, si un interesado acude a los tribunales a su costa, algo poco probable porque sabe que difícilmente obtendrá satisfacción de su posición jurídica subjetiva, al exponerse a circunstancias como que la sentencia estimatoria llegue tarde, cuando ya se haya adjudicado el contrato, o que, pese a eliminarse la cláusula, no obtenga la adjudicación, sin olvidar la rocambolesca salida por la que en este caso ha optado el poder adjudicador. Seguramente sería mucho más útil para la defensa del interés público que los interesados pudieran dirigirse también a un órgano administrativo encargado de vigilar la legalidad de las licitaciones, puesto que éste perseguiría las actuaciones de dudosa legalidad incluso allí donde no llega el interés de ningún empresario aspirante a la adjudicación (pero sí el interés público en que se aclare la legalidad de esta clase de cláusulas al margen del caso concreto). También sería interesante que, con independencia de cuál sea la jurisdicción competente, se prevea la posibilidad de continuar los procedimientos, incluso en caso (tal vez) de desaparición sobrevenida del

objeto, allí donde el esclarecimiento de la cuestión tenga interés general, de modo similar a lo que prevé el artículo 94.5 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para el desistimiento en el procedimiento administrativo.

Lo cierto es que la finalización del procedimiento civil mediante auto por desaparición sobrevenida del objeto, deja imprejuizada la cuestión debatida, permitiendo que en una nueva licitación vuelva a incluirse la misma cláusula de dudosa legalidad.