

INFORME 13/1997, DE 24 DE JULIO, SOBRE DIVERSAS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: SOLVENCIA ECONÓMICA Y PROFESIONAL DE LOS LICITADORES, ANÁLISIS DE OFERTAS ECONÓMICAS EN MESAS DE CONTRATACIÓN Y DOCUMENTACIÓN A DEVOLVER A LOS CONTRATISTAS.

ANTECEDENTES

Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

De acuerdo con el artículo 2 d), en relación con el artículo 11 del Decreto 4/1996, de 18 de enero, se solicita la emisión de informe por parte de la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, sobre los temas que se acompañan en el escrito adjunto, por no haberse llegado a una opinión unánime entre las diversas unidades participantes en la contratación de esta Consejería.

-A-

INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 16 1 c), 17 b), 18 a) Y 19 b) DE LA LEY 13/1995, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (LCAP).

El artículo 15 de la LCAP establece el requisito de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, en caso de no exigirse la clasificación, conllevando la no acreditación de este extremo la prohibición de contratar con la Administración, tal como establece su artículo 20 K) y, consecuentemente, la nulidad del contrato que se adjudique a personas que carezcan de este requisito, según lo recogido en el artículo 22.

La elección de los medios de justificación de la solvencia, regulados en los artículos 16 a 19 de la Ley 13/1995, tiene el carácter de potestativa de acuerdo con la redacción establecida en cada uno de los preceptos. No obstante lo anterior, la redacción del artículo 15.3 indica necesariamente que la elección corresponde al órgano de contratación y no al empresario.

Señalado lo precedente, la consulta que quiere plantearse se centra en las dudas surgidas entre los miembros de la Mesa de contratación de este Departamento al interpretar el plazo de los últimos tres años (o el de cinco años en el caso de obras) que establecen todos los preceptos reseñados en el título de este escrito.

Una de las opiniones que se apunta, considera que la voluntad del legislador ha sido la de obtener los principales datos sobre la experiencia reciente del empresario, cuantificando ésta en los últimos tres o cinco años.

Esto significaría que la solvencia quedaría acreditada con la relación, por ejemplo, de un suministro realizado en los últimos seis meses, por una empresa constituida hace un año.

La otra opinión interpreta que la solvencia sólo quedaría acreditada (si se eligen estos preceptos) cuando se han realizado obras, suministros, servicios, etc., al menos en los tres (o cinco) últimos años. Esta última interpretación llevaría a la conclusión de tener que excluir a entidades de reciente creación (esto es, que no tengan una vida igual o superior a los años requeridos) o que no hayan realizado ningún tipo de trabajo en alguno de los tres (o cinco) últimos años. Asimismo, a pesar de la rigidez que conlleva esta teoría, sería la más asimilable a la clasificación, cuando ésta es exigible. Por otra parte, si el órgano de contratación no requiere (por no necesitarlo así la debida ejecución del contrato) una empresa con una determinada experiencia o antigüedad no tiene por qué seleccionar estos requisitos de solvencia económica o técnica.

-B-

EXCLUSIÓN DE UN LICITADOR EN EL ACTO DE APERTURA DE PROPOSICIONES ECONÓMICAS CUANDO PROPONE SOLUCIONES VARIANTES O ALTERNATIVAS ESTANDO ÉSTAS EXPRESAMENTE PROHIBIDAS (NO ADMITIDAS) EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y EN EL ANUNCIO.

La cuestión que aquí se plantea es simplemente si de acuerdo con los artículos 81 (en relación con el 80) y 88 de la LCAP, debe excluirse al licitador o admitir su oferta principal, o en caso de no quedar claro cual de ellas es, la primera que figure en el orden de su proposición económica.

-C-

DEVOLUCIÓN DEL TERCER SOBRE O DOCUMENTACIÓN TÉCNICA SOLICITADA A LOS LICITADORES NO ADJUDICATARIOS.

El artículo 80 de la Ley 13/1995 sólo establece la necesidad de aportar, de forma independiente, en sobre aparte, los documentos que acrediten la personalidad, capacidad y garantía provisional del licitador. De igual forma, la necesidad de que las proposiciones

de los interesados sean secretas y no se produzca su apertura hasta el momento de la licitación pública, implica la presentación de un segundo sobre por los licitadores.

No obstante lo anterior, en el 95 % de los contratos que se adjudican por concurso, los Pliegos de prescripciones técnicas o los anteproyectos de explotación requieren la aportación, por parte del licitador, de un tercer grupo de documentación que no se refiere a la oferta económica sino que implica, por ejemplo, la presentación de un proyecto de gestión, un proyecto de programa de trabajo o un material didáctico para la impartición de cursos. En estas ocasiones la presentación de esta documentación técnica es requisito para licitar y se solicita normalmente en sobre aparte.

En otros muchos expedientes la presentación de documentación específica para el contrato, viene dada por los mismos criterios de adjudicación que se establecen en el Pliego de cláusulas administrativas particulares. Tanto es así, que en los Pliegos que se utilizan en este Servicio existe una cláusula con el siguiente tenor literal:

"PROPOSICIONES DE LOS INTERESADOS Y DOCUMENTACIÓN (...)

SOBRE N°. I PROPOSICIÓN ECONÓMICA (...)

SOBRE N°. II DOCUMENTACIÓN GENERAL (...)

SOBRE N°. III DOCUMENTACIÓN TÉCNICA

En este sobre los licitadores deberán acompañar:

a) La documentación que, en su caso, sea solicitada en el Pliego de prescripciones técnicas.

b) Toda aquella documentación que, a su leal saber y entender, resulte relevante a los efectos de los criterios de valoración del concurso.

c) (...)".

Con respecto a lo anterior, ha de señalarse que en el acto de apertura de las proposiciones no se hace público el contenido de este tercer sobre dada su envergadura (en la mayoría de los casos) y su complejidad.

Establecido lo que antecede, el problema que se plantea a la hora de la devolución de esta documentación incluida en el tercer sobre, dada la redacción que establece el artículo 108 párrafo segundo del Reglamento General de Contratación del Estado cuando señala "todas las proposiciones económicas presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente correspondiente. La documentación que acompaña a las proposiciones económicas quedará a disposición de los interesados ..."

Por su parte, no aclara nada este extremo la Instrucción General sobre la documentación a remitir al Tribunal de Cuentas por las Comunidades Autónomas para la fiscalización de la contratación administrativa, de 13 de mayo de 1996, en la lista de los documentos fiscalizables, cuando en su apartado 13 señala: "copias de las proposiciones recibidas". No obstante, ha de señalarse que en los informes de fiscalización emitidos por dicho Tribunal sobre contratos de ejercicios anteriores no se ha hecho constar ninguna observación, sobre la no inclusión de las documentaciones técnicas y, hasta ahora, nunca se han enviado.

Si se adopta la decisión de no efectuar de forma general dicha devolución, hay licitadores que formulan protestas (por ejemplo las agencias de publicidad o las empresas del sector de gestión de centros de servicios sociales) alegando que esa documentación supone un importante gasto económico para la entidad debido a los materiales y horas de trabajo del personal.

Sin embargo, si se devuelven, se han constatado observaciones negativas de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones de la Asamblea, siendo el argumento la imposibilidad de analizar de forma completa las proposiciones de los licitadores no adjudicatarios.

Una razón de hecho a favor de la devolución sería la práctica imposibilidad del archivo definitivo en los expedientes de contratación de toda esta documentación, puesto que en algunos procedimientos existen más de 30 licitadores que pueden aportar documentación técnica con un volumen de 3 ó 4 cajas cada uno.

CONSIDERACIONES

1.- La primera de las tres cuestiones planteadas se refiere al alcance interpretativo que ha de darse a la expresión *en el curso de los tres o cinco últimos años o ejercicios* de los artículos 16.1 c), 17 b) y d), 18 a) y 19 b) y d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de

Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que se refieren, respectivamente, a uno de los medios por los que las empresas o empresarios concurrentes a una licitación pública pueden acreditar la solvencia económica y financiera en cualquiera de los contratos administrativos y la técnica o profesional en los de obras, suministros y en los restantes contratos administrativos regulados en la LCAP.

Previamente a entrar en el estudio de esta cuestión, resulta conveniente hacer algunas precisiones sobre el modo de acreditación de la solvencia de las empresas, la que se constituye como un verdadero requisito de su capacidad, aunque de carácter especial:

a) La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional deberá efectuarse por uno o varios de los medios previstos en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la LCAP, salvo que se exija la correspondiente clasificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25 y 26 de la LCAP (modificado el primero de ellos por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 4 de junio de 1997 -B.O.E. de 11 de junio- en cuanto se refiere a la cuantía a partir de la cual debe ser exigida la clasificación en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales). Es decir, exigida a las empresas la clasificación como contratistas de obras o como consultoras y de servicios, no debe requerirse a aquéllas que acrediten su solvencia por otros medios.

b) Es el órgano de contratación el que determinará, en función del objeto del contrato, qué medios de los indicados en los artículos 16, 17, 18 y 19 son los más idóneos para la acreditación por los licitadores, y posterior comprobación por la Administración, de la solvencia en orden a la ejecución del contrato, debiéndolos precisar, no sólo en el anuncio de licitación, como previene el artículo 15.3 de la LCAP, sino también, previamente, en el Pliego de cláusulas administrativas particulares de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.12 del Reglamento General de Contratación del Estado.

2.- Entrando ya en la cuestión concreta objeto de la consulta, el alcance de la expresión *en el curso de los tres o cinco últimos ejercicios*, analizadas las dos interpretaciones que hace la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la correcta es la apuntada en primer lugar, es decir, la cifra de negocios global y de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa, la relación de obras ejecutadas, de los suministros o servicios efectuados, la declaración de efectivos personales medios anuales y la importancia de sus equipos directivos, debe referirse al último quinquenio o trienio previo

a la licitación, pero ello no implica que los licitadores hayan de acreditar la solvencia económica y profesional por cada uno de los ejercicios que se integran en el quinquenio o trienio.

Avala esta tesis, sin perjuicio de que el tenor literal de los artículos 16.1 c), 17 a) y b), 18 a) y 19 b) y d) pueda inducir a otra interpretación al referirse siempre a "ejercicios", el análisis del artículo 30 de la LCAP. Este artículo, que regula la duración de las clasificaciones, en su número 2 establece que se acordará la clasificación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por un período de cuatro años cuando los elementos de justificación de capacidad y solvencia estén referidos a la experiencia en trabajos realizados directamente en el último quinquenio. Es decir la LCAP quiere que la solvencia se acredite en relación a un período de tiempo y no ejercicio a ejercicio. Incluso la Junta Consultiva de Contratación Administrativa puede conceder clasificación, aunque ciertamente su duración será menor (dos años), cuando las empresas no acrediten la realización de trabajos en el último quinquenio respecto de la actividad solicitada, según dispone el propio artículo 30 en su número 3 b). En todo caso, en cuanto se refiere a la solvencia económica o financiera, debe tenerse en cuenta que el artículo 16 de la LCAP en su número 2 permite que aquélla se acredite por cualquier otra documentación considerada suficiente por la Administración cuando por razones justificadas un empresario no pueda acreditar tal solvencia por los medios previstos en dicho artículo 16.

No obstante lo expuesto anteriormente, lo que la LCAP pretende es que la Mesa de contratación, cualquiera que sea el medio seleccionado por el órgano de contratación para que los licitadores acrediten su solvencia en las vertientes económica y financiera y técnica o profesional, compruebe que de la documentación presentada por aquéllos resulta tal solvencia. A ello se refieren los artículos 83 y 89 de la LCAP al decir que "la Mesa de contratación calificará..."; es decir, ésta no sólo ha de examinar los documentos relativos a la capacidad de obrar de los empresarios sino que también ha de analizar la documentación relativa a la solvencia, pudiendo rechazar aquellas proposiciones que a pesar de contener documentación sobre dicho requisito, de ella no se desprendiese la suficiente capacidad económica o técnica de las empresas o empresarios.

3.- La segunda cuestión que consulta la Secretaría General Técnica es la relativa a la exclusión de un licitador en el acto público de apertura de proposiciones económicas por proponer variantes o alternativas cuando esta circunstancia haya sido prevista expresamente de modo negativo en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio. El artículo 81 de la LCAP es suficientemente claro y tajante al respecto al decir: "En las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio

de aquellos casos en los que en el Pliego de cláusulas administrativas del concurso se admita la presentación de soluciones variantes (...). La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas". Las razones de esta norma están, de una parte, en los principios de igualdad y competencia leal, y de otra, en que no puede admitirse, si el contrato debe adjudicarse a la proposición más ventajosa, cuando no se ha previsto la posibilidad de presentar variantes, que el empresario licite contra sí mismo. El hecho de no respetar esta norma, cuando ha sido prevista explícitamente en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, presumiéndose que las empresas al presentar una oferta o proposición económica aceptan el contenido íntegro de aquél, tiene como efecto, por el incumplimiento de la prohibición, la anulación de todas las proposiciones presentadas. A la misma conclusión llega el artículo 105 del Reglamento General de Contratación del Estado al decir: "Si alguna proposición económica (...) variase sustancialmente del modelo establecido (...) será desechada por la Mesa".

4.- Por último, la tercera cuestión planteada por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales se refiere a la viabilidad de la devolución de la documentación técnica solicitada a los licitadores no adjudicatarios. La solución a esta cuestión se encuentra en el artículo del Reglamento General de Contratación del Estado citado en el escrito de consulta, el 108, párrafo segundo, que expresamente dice: "La documentación que acompaña a las proposiciones económicas quedará a disposición de los interesados, que podrán recogerla por sí o por un representante suyo en la misma oficina donde fue entregada". No obstante, si por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales se estimase que dicha documentación pudiera ser recabada de un órgano de control, Asamblea Legislativa, Tribunal de Cuentas (aunque en el propio escrito de consulta se reconoce que el citado Tribunal no ha efectuado salvedad o limitación alguna al alcance de sus informes por la no remisión de la documentación técnica de los licitadores que no resultaron adjudicatarios), podría conservar una copia, custodiándose del modo que considere más conveniente, diskettes, archivos convencionales, etc., sin que sobre este tema pueda pronunciarse esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1.- El alcance de la expresión "en el curso o durante los tres o cinco últimos años o ejercicios" de los artículos 16.1 c), 17 b) y d), 18 a) y 19 b) y d) de la Ley 13/1995, de 18

de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, debe entenderse en el siguiente sentido: los licitadores estarán obligados a acreditar la solvencia en relación al período comprendido en el último trienio o quinquenio previo a la licitación, sin que ello implique que la acreditación de tal requisito haya de hacerse por todos y cada uno de los ejercicios comprendidos en dichos períodos. En todo caso la Mesa de contratación deberá comprobar que de la documentación presentada resulta la necesaria solvencia económica y financiera y técnica o profesional de los licitadores referida al objeto del contrato.

2.- Si en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares se prohibiese expresamente la presentación de soluciones variantes o alternativas y los licitadores contraviniesen dicha prohibición al presentar sus proposiciones u ofertas económicas, éstas deberán ser rechazadas por las Mesas de contratación.

3.- La documentación técnica presentada por los licitadores acompañando a las proposiciones u ofertas económicas, cuando aquéllos no resulten adjudicatarios quedará a su disposición, pudiendo retirarla de la Administración, la que podrá, si así lo considera oportuno, conservar copia de la misma a los efectos que procedan.