

La necesidad de extremar el celo con las restricciones en la experiencia previa en los criterios de solvencia

por [admin](#)

Cuando se está preparando una licitación, **la redacción de los criterios de adjudicación** es cada vez objeto de un mayor análisis y trabajo profundo.

En nuestra opinión, sin embargo, **existe un cierto automatismo y repetición de un pliego a otro respecto de los requisitos de solvencia técnica...** a saber volumen de negocio menor al 1,5 veces el valor estimado (tomando por cierto lo que es un criterio subsidiario como tópico) y la experiencia en contratos similares.

Sorprende, a su vez, el escaso número de procedimientos restringidos cuando, al contrario, se cierra de plano el acceso de licitadores con criterios de solvencia (especialmente la experiencia previa y el equipo de trabajo) cuanto menos curiosos (-por emplear una expresión...-).

No en vano, **el objeto de la solvencia técnica o profesional es establecer unos requisitos que toda entidad licitadora debe cumplir si desea participar en el proceso de licitación.** Lo que viene siendo una barrera o puerta de entrada (según quiera verse).

La razón de su inclusión no es elegir desde el inicio a la mejor empresa, sino **garantizar que van a participar en la licitación empresas capaces:** que “garantizan” que el contrato será llevado a cabo con unos mínimos de profesionalidad, de calidad y asegurar de tal modo la capacidad.

Actuar de otro modo puede suponer una restricción indebida o desproporcionada de los **principios de libre competencia e igualdad** entre licitadores, con un impacto potencialmente negativos en los de eficiente utilización de los fondos públicos en un marco de estabilidad presupuestaria y control del gasto.

Merece la pena recordar el **Informe 36/07, de 5 de julio de 2007**, de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa** que hace un buen resumen de lo que aún hoy puede ser útil para conocer cómo plasmarlos en el condicionado:

que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato que sean criterios determinados

que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato y sean proporcionales (art. 74.2 LCSP)

que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate (nota: se refiere a que deben de escogerse de entre los medios legalmente previstos)

y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

Sin perjuicio del papel que, especialmente, los tribunales de recurso especial están haciendo, no resulta superfluo tratar de realizar con este breve artículo una labor didáctica que **anime a los poderes adjudicadores a ponderar el uso de estos requisitos**. Ello porque, como el lector comprenderá, salvo que se trate de un contrato relevante y con cierto automatismo será difícil que una empresa no posicionada favorablemente de inicio recurra un pliego para provocar, que con suerte, se apruebe cuando éste se resuelva (que puede no ser pronto) una nueva licitación a la que tiene que poder concurrir y obtener la “mejor” valoración. Asimismo, las dilaciones que ello supone pueden hacer, simple y llanamente que no se licite el contrato -para bien de quien lo ejecuta hasta que se decide no licitar porque se pierde la necesidad-.

En fin, sea por lo que fuere, traemos a colación esta entrada, no solo por los recursos especiales que estamos “*conociendo*” en la materia , sino por la intervención de otros “*actores*” que están jugando un papel relevante: las autoridades de competencia.

Así, debemos llamar la atención del informe que la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Expediente: UM/048/21)** –[pincha aquí para acceder](#)– ha elaborado sobre una reclamación contra los requisitos de solvencia técnica y profesional de los pliegos de licitación de un contrato público, en concreto: **contrato de servicios complementarios y de colaboración a la gestión recaudatoria municipal del Ayuntamiento de Lugo**.

En concreto aquél que exige que se hayan prestado servicios semejantes al objeto del contrato en “*municipios de gran población (o de población oficial en la última revisión realizada de un mínimo de 75.000 habitantes) por estimarse que la problemática que se puede dar será similar a la que se puede producir en el Ayuntamiento de Lugo y por un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución durante los últimos cinco años que sea igual o superior a 1.300.000 euros IVA excluido*”.

La **CNMC** parte de la **libertad de acceso** como principio general.

“En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: “El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”. Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible (...).

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el **artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos:** *“Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.*

“Como ha señalado esta Comisión y la SECUM en informes anteriores , la exigencia de experiencia previa en diversos contratos referidos a municipios de determinado tamaño favorece a las grandes empresas sobre los pequeños y medianos operadores, cuyo acceso al mercado resulta vedado de forma injustificada, vulnerando los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los artículos 3 y 5 LGUM”(…)

Por su parte, el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** en diversas resoluciones ha declarado que exigir a las empresas licitantes haber sido adjudicatarias de determinado número de contratos anteriores similares al que se licita con Ayuntamientos que tengan un número igual o mayor de habitantes limita la concurrencia y es desproporcionado, siendo necesario prever fórmulas alternativas de acreditación de la experiencia en el ámbito local.

A modo de ejemplo, se podrían citar requisitos basados en (i) exigir un mayor número de contratos referidos a Ayuntamientos de menor población; o (ii) haber trabajado la empresa licitante como subcontratista de empresas adjudicatarias de contratos en Ayuntamientos con un número igual o superior de habitantes.

A este respecto, debe recordarse que, **en ámbitos distintos, en este caso el de transporte**, los Tribunales han rechazado la exigencia de una dimensión mínima a las empresas por la vía de supeditar el acceso a la actividad al hecho de estar en disposición de una flota mínima de vehículos, medida que se ha considerado innecesaria y desproporcionada (en particular, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 921/2018, de 4 de junio de 2018).

La **Audiencia Nacional** también ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del carácter desproporcionado de los requisitos de solvencia en contratos administrativos.

En concreto, en la **sentencia de 13 de octubre de 2020 (recurso 3/2018)**, la **Audiencia Nacional** estimó el recurso interpuesto por esta Comisión contra las injustificadas y desproporcionadas exigencias contenidas en unos pliegos de licitación al faltar *“tanto las razones imperiosas de interés general que pudieran justificar la experiencia exigida en la*

licitación convocada por el Ayuntamiento de Calatayud, como la adecuación de la restricción que dicha experiencia supone a la necesidad real del servicio público a gestionar”. Nótese, no obstante que, en este caso, la desproporcionalidad de los requisitos de solvencia no venía determinada por la vinculación a la población concreta de Ayuntamientos con los que se hubieran suscrito contratos anteriores.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por lo que se refiere al caso concreto ahora analizado, es cierto que los requisitos de solvencia exigidos podrían resultar desproporcionados en relación con el objeto del contrato y contrarios, por tanto, a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 LGUM, en la medida en que la experiencia podría acreditarse a través de otros medios menos gravosos como puede ser exigir un mayor número de contratos con Ayuntamientos de menor población o, incluso, con otras administraciones territoriales como comunidades autónomas o diputaciones provinciales.

¿Cuáles son la conclusiones del Informe?

“1. El requisito de solvencia técnica y profesional del apartado 6.2 del PCAP consistente en disponer de experiencia previa en colaboraciones recaudatorias en municipios de gran población o de al menos 75.000 habitantes, sin ser válida la experiencia acumulada en otras administraciones territoriales, supone una restricción contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

2. Dicha restricción no ha sido fundada en ninguna razón imperiosa de interés general ni se ha justificado su proporcionalidad. Por ello, los requisitos de solvencia exigidos podrían resultar desproporcionados en relación con el objeto del contrato y contrarios, por tanto, a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 LGUM, en la medida en que la experiencia podría acreditarse a través de otros medios menos gravosos como puede ser exigir un mayor número de contratos con Ayuntamientos de menor población o, incluso, con otras administraciones territoriales como comunidades autónomas o diputaciones provinciales”.

Elaborado por el Departamento Jurídico.

[Ver equipo](#)