

INFORME 3/05 DE 17 DE MARZO DE 2005

AUTORIZACIÓN EXCEPCIONAL Y PREVIA A CONVOCATORIA DE CONCURSO, POR PARTE DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA CAIB, DE CONTRATACIÓN CON EMPRESAS NO CLASIFICADAS EN CONTRATOS DE PRESUPUESTO SUPERIOR A 120.202,42 €

ANTECEDENTES

Por parte del Secretario General de la Conselleria de Educación y Cultura se pide informe a ésta Junta, en escrito del siguiente tenor literal:

“Por razones de economía procedimental y para evitar que con el cambio de procedimiento de adjudicación, que exige en algunos contratos la clasificación empresarial, pueda verse afectado el servicio de transporte escolar, se hace necesario solicitar informe al la Junta Consultiva de Contratación, de acuerdo con el artículo 25.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000.

De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el cual se crea la Junta Consultiva de Contratación y los artículos 15 y 16 del Acuerdo de 10 de octubre de 1997, por el cual se aprueba el Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se formaliza solicitud de informe relativo a la posibilidad que del Consejo de Gobierno autorice excepcionalmente y con anterioridad a la convocatoria del concurso, la contratación con empresas que no estén clasificadas, en aquellos contratos que superen los 120.202,42 €, que salgan a licitación por los cursos 2005-06 y 2006-07. Sin perjuicio de poder premiar a las empresas que estén clasificadas mediante la inclusión como un criterio objetivo más por la adjudicación del concurso.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 16.3 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa antes mencionado, se adjunta informe realizado por la Unidad Administrativa de Contratación de la Consejería de Educación y Cultura, de 25 de febrero de 2005, en la cual se justifica la existencia de un interés público.

De ese modo, se adjunta copia del informe emitido por la Dirección General de Transportes, de 23 de febrero de 2005”.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. Quien plantea la consulta y solicita informe de la Junta es el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura, que está legitimado para ello conforme a lo previsto en los artículos 12.1 del D. 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta y de los Registros de Contratos y de Contratistas y 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB de 10 de octubre de 1997.
2. Al mencionado escrito de consulta se adjunta un informe jurídico, con lo que se cumple el requisito exigido para el caso, por el artículo 16.3 del indicado Reglamento.
3. La documentación que se une a los anteriores escritos, es suficiente para poder proceder a la emisión del presente informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. El solicitante del informe plantea en su escrito de petición una doble consulta:

- a) “Posibilidad de que el Consejo de Gobierno de la CAIB autorice excepcionalmente y con anterioridad a la convocatoria del concurso, la contratación con empresas que no estén clasificadas, en aquellos contratos que superen los 120.202,42 €, que salgan a licitación para los cursos de 2005-06 y 2006-07.
- b) Dada la posibilidad anterior, si se puede “premiar a las empresas que estén clasificadas, mediante la inclusión como un criterio objetivo más para la adjudicación del concurso”.

Antes de dar inicio a la respuesta a las dudas planteadas, conviene matizar que la exigencia legal de clasificación (contenida en el artículo 25.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- LCAP, aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio) es para aquellos empresarios que contraten con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de servicios a los que se refiere el artículo 196.3 por presupuesto no sólo superior, sino igual a 120.202,42€.

SEGUNDA. Siendo, por tanto, la regla general la exigencia de clasificación de los empresas en los casos del artículo 25.1 de la LCAP, sin embargo el mismo precepto establece una serie de excepciones a dicha obligatoriedad, tratándose ahora aquí de dilucidar si, de entre ellas, existe la que pueda ser de aplicación al supuesto que nos ocupa.

Descartados los supuestos de excepción de esta exigencia en relación con diversos grupos y subgrupos de contratos (posibilidad mencionada en el mismo apartado del artículo que comentamos), así como de la excepción respecto de los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, inaplicables al caso planteado, y dejando para una consideración posterior la excepción a la exigencia de clasificación prevista en el apartado 5 , de este artículo, no queda sino analizar el supuesto a que se refiere el apartado 3, del mismo precepto, citado y alegado tanto en los antecedentes del escrito de consulta como en él mismo.

TERCERA. Consiste tal excepción en la posibilidad de la autorización, en nuestro ámbito territorial, por parte del Consejo de Gobierno de la CAIB, previo informe de esta Junta Consultiva (que, al parecer, el consultante confunde con el presente), de la contratación con personas que no estén clasificadas, cuando así sea conveniente para los intereses públicos.

Para establecer determinar la naturaleza y el alcance de la excepción objeto de la consulta, hay que establecer previamente las premisas de la propia exigencia de clasificación.

De la dicción del artículo 25.1 de la LCAP (“Para contratar.... será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación) se desprende con claridad que la exigencia es para poder contratar y, por tanto, tal exigencia es concurrente en el momento de la contratación, no para poder licitar, de manera que para esto no entraría en juego la autorización del Consejo de Gobierno de la CAIB para contratar con personas que no estén clasificadas (ni lo es en general para un grupo de licitadores ni para una empresa licitadora en particular) sino para la empresa con la que la administración va a contratar y para ese preciso trámite.

CUARTA. Por otra parte, de la letra del artículo 25.3., podría deducirse que la excepcional autorización para contratar a que el mismo se contrae, se refiere exclusivamente a personas no clasificadas, pero ello no tendría sentido puesto que es claro que si el apartado 1 del mismo artículo exige la clasificación al empresario, la excepción, en su caso, no puede referirse sino al mismo y, por otro lado, en la LCAP no se prevé ni exige la clasificación de personas físicas no empresarios, por lo que la referencia no podría ser a esta última, sino a empresas. Deducimos, pues, que se trata de una expresión desafortunada utilizada por el legislador.

QUINTA. Como se ha comentado anteriormente, clarificada la exigencia de la clasificación, procede ahora analizar la naturaleza y el alcance de la excepción de tal exigencia.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda ha mantenido, ante todo, el carácter excepcional de la autorización de la contratación en el caso objeto de este informe. Entre otros, su informe 28/92 de 4 de diciembre, dice que tal excepcionalidad queda demostrada por la circunstancia de hacer intervenir para romper la exigencia nada menos que al Consejo de Ministros en el Estado y al órgano competente en las Comunidades Autónomas.

Además, particularmente la Junta en éste informe se muestra contraria a que la dispensa de clasificación se extienda a todas las empresas que puedan concurrir a una licitación (y añadimos nosotros que, en caso contrario, además de generalizarse, la autorización sería, en realidad, para licitar, no para contratar, lo que vulnera, como se ha visto, el artículo 25.1 y 3 de la LCAP), lo que impide realizar el examen concreto, caso por caso, de las razones determinantes de la no exigencia de clasificación (sin acreditar las circunstancias que impiden o dificultan su obtención) y de la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato.

Asimismo, en otras ocasiones, la Junta del Estado informa desfavorablemente la sustitución del requisito de clasificación por esta autorización excepcional, en aquellos casos en que se pretende una mera dispensa del requisito de clasificación.

En definitiva, se trata en cualquier caso, de una dispensa individual para empresas determinadas y no de una dispensa general de clasificación para empresas licitadoras

de un contrato, como se ha subrayado con anterioridad, posibilidad que es, en realidad, lo que se sugiere en la consulta.

La doctrina en general sostiene que el supuesto que aquí se contempla está previsto para casos de imposibilidad o inconveniencia de obtener la oportuna clasificación. Quiere ello decir que cualquier interpretación del artículo 25.3 de la LCAP debe separarse de la que produzca como resultado el confirmar la autorización del Consejo de Gobierno, como una alternativa a la tramitación de expediente de clasificación, pues con ello quebraría todo el sistema clasificatorio, al establecer una solución excepcional para supuestos de tramitación normal de expedientes.

Sin embargo, en realidad, lo que se consulta en éste caso es si se puede autorizar excepcionalmente por el Consejo de gobierno de la CAIB a las empresas, en general, que no estén clasificadas, a licitar para, en su caso, y las que corresponda, poder contratar posteriormente con la administración (aquí, la Conselleria de Educación y Cultura).

SEXTA. A la vista de la problemática planteada en los antecedentes de la consulta (especialmente en el informe del Director General de Obras Públicas y Transportes de la Consellería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la CAIB), respecto de la naturaleza y entidad de las empresas prestadoras del servicio de transporte escolar, del propio servicio, así como de su relación con las concesiones del servicio regular de transporte de viajeros por carretera en el territorio de las Illes Balears -problemática como se puede comprobar, muy diferente de la que se plantea, en su caso, para poder argumentar la posibilidad de solicitar al Consejo de Gobierno de la CAIB, la autorización excepcional para contratar con empresas no clasificadas- es de apreciar que la excepción a la exigencia de clasificación no es la contenida en el apartado 3. del artículo 25 de la LCAP y sí, en cambio, puede encajar en el supuesto del apartado 5 del mismo precepto.

SEPTIMA. En efecto, el caso que se plantea por el consultante es el de concurrencia a las licitaciones de que se trate, de empresas no clasificadas (se constata en los antecedentes que tales empresas se hallan en esta situación por diversas razones que en ellos se puede comprobar), por lo que sí nos hallaríamos ante la excepción de la exigencia de clasificación del apartado 5, del artículo 25 de la LCAP que dice que, si tramitado un procedimiento de adjudicación de un contrato de los que se refiere el apartado 1, del propio artículo, no haya concurrido ninguna empresa clasificada, el órgano de contratación podrá excluir el requisito de clasificación previa en el siguiente procedimiento que, para la adjudicación del mismo contrato se convoque, con los requisitos que el precepto exige.

Téngase presente que una premisa fundamental para la exclusión en el subsiguiente procedimiento de la exigencia de clasificación, por parte del órgano de contratación, es la de que al primero convocado no haya concurrido ninguna empresa clasificada.

Es decir, que dada la cuantía de los contratos, en un primer procedimiento debe exigirse la clasificación para contratar y, en el caso de participación de alguna empresa clasificada que acredite tal circunstancia decaería la posibilidad de un segundo procedimiento en las condiciones del art. 25.5 de la LCAP.

CONCLUSIÓN

1. No es posible que el Consejo de gobierno de la CAIB pueda autorizar excepcionalmente y con anterioridad a la convocatoria del concurso la contratación con empresas que no estén clasificadas, en aquellos contratos de servicios de transporte escolar que superen los 120.202,42 €, que salgan a licitación para los cursos 2005-06 y 2006-07
2. Dada la conclusión anterior, es inaplicable al caso la inclusión como un criterio objetivo más para la adjudicación del concurso el de acreditar la clasificación, para poder premiar a las empresas que lo hagan.
3. En el supuesto de que, habiéndose tramitado el procedimiento de adjudicación de los contratos a que se refiere este informe, no concurriera ninguna empresa clasificada, el órgano de contratación podría excluir el requisito de clasificación previa en el siguiente procedimiento que, para la adjudicación del mismo contrato, se convocara en su caso.

Aprobado por la Comisión Permanente en su sesión
de día 17 de marzo de 2005

El Secretario de la Junta Consultiva de
Contratación Administrativa de la CAIB.

Domingo Ferrari Mesquida.