

Informe 23/96, de 5 de junio de 1996. "Improcedencia de la exigencia de clasificación en contratos cuyo presupuesto base de licitación es inferior al establecido para su aplicación como requisito que han de cumplir las empresas".

1.20. Contratos de obras. Clasificación de empresas.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de marzo de 1996 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del entonces Director General de Administración y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en el que se señala que *"de conformidad con las indicaciones puestas de manifiesto por la Presidencia del Consejo de Estado en comunicación dirigida al Excmo. Sr. Ministro del Departamento de fecha 25 de julio de 1995, de la que se adjunta fotocopia, adjunto se remite la documentación relativa al expediente sobre la adjudicación de contrato administrativo de obras relativa al proyecto "Renovación de membranas impermeables en la planta 3ª del edificio A del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente" con el fin de que por esa Junta Consultiva se emita el informe interesado"*.

2. De la documentación que se acompaña al anterior escrito, resultan destacables, a efectos de la emisión del informe solicitado, los siguientes hechos:

a) Por el Director General de Administración y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, en su calidad de Presidente de la Mesa de Contratación, se dicta resolución, en 8 de junio de 1994, anunciando la contratación, por el sistema abierto de concurso y por importe de 19.041.708 pesetas, de la obra "Renovación de membranas impermeables en planta 3ª, Edificio A, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente". En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hacía constar la exigencia para los licitadores de la clasificación en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C, circunstancia que igualmente figuraba en el anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 138, de 10 de junio de 1994.

b) En fecha 16 de agosto de 1994, el Director General de Administración y Servicios, por delegación del Ministro, acuerda la adjudicación definitiva de la obra a la empresa "SIKA, S.A." por importe de 16.250.000 pesetas, lo que se hace público en el Boletín Oficial del Estado, número 234, de 30 de septiembre de 1994.

c) En escrito fechado el 2 de septiembre de 1994, firmado por el Jefe de la Sección de Contratación de la Dirección General de Administración y Servicios y dirigido a la empresa "SIKA, S.A." se hace constar que "en la documentación presentada al concurso de la obra de referencia, se ha observado en cuanto al documento de clasificación del contratista que la validez del mismo ha caducado con fecha 26 de junio de 1994, por lo que se ruega que a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo de diez días, remitan nuevo documento de clasificación vigente". Ante tal requerimiento, el representante de "SIKA, S.A." contesta que resulta imposible aportar nuevo documento de clasificación vigente "ya que, por un error nuestro, no somos capaces de llegar a tiempo a la renovación de dicha clasificación". En el indicado sentido hay que resaltar que figura incorporada al expediente fotocopia compulsada de certificación del Registro de Contratistas, dependiente entonces del Ministerio de Industria y Energía, del que resulta que la clasificación otorgada a la empresa "SIKA, S.A.", en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C, caducó el 26 de junio de 1994, con anterioridad, por tanto a la fecha de adjudicación definitiva del contrato que perfeccionó este último.

d) Por el Servicio Jurídico del Estado en el Departamento en 6 de octubre de 1994, se sienta el criterio, aún reconociendo la existencia de argumentos en contrario, de que la exigencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del requisito

de la clasificación respecto de contratos de obras de cuantía inferior a 20 millones de pesetas supone infracción de las correspondiente normas de la Ley de Contratos del Estado, lo que determina la anulabilidad del pliego y de todas las actuaciones posteriores, debiendo acordarse la nulidad por el procedimiento previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de acto (la adjudicación del contrato) declarativo de derechos.

e) Remitido el expediente a informe del Consejo de Estado y subsanado el defecto de no estar firmado el escrito de remisión por el Ministro, en 1 de febrero de 1995, el Consejo de Estado devuelve el expediente al Ministerio a fin de que se complete el mismo, cumpliendo el trámite de audiencia a la empresa adjudicataria, formulándose propuesta de resolución por el órgano instructor del expediente y sometiéndose de nuevo a informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento. Asimismo se solicita por el Consejo de Estado aclaración sobre si la empresa adjudicataria gozaba de clasificación en el momento de concurrir a la licitación en la que resultó seleccionada y la fecha de caducidad de la misma.

Cumplidos los trámites anteriores en el sentido de conceder audiencia a la empresa "SIKA, S.A." que solicita, a la vista de la nulidad del concurso, la devolución de la documentación y avales presentados para el mismo; de redactar propuesta de resolución, y de solicitar informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento, que lo emite en el sentido de prestar su conformidad a la propuesta de resolución, declarando la procedencia de revisar de oficio los actos de aprobación del proyecto y del pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la de los actos subsiguientes de la adjudicación del contrato, todo ello conforme al artículo 103.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se vuelve a remitir nuevamente el expediente al Consejo de Estado en 11 de mayo de 1995, contestándose expresamente en el oficio de remisión respecto a la situación de la clasificación de la empresa "SIKA, S.A." que con base a la propia documentación que figura en el expediente, "ni en el fecha en que concluía el plazo se presentación de proposiciones que fue el 6 de julio de 1994, ni en la constitución de la Mesa de Contratación, en 18 del mismo mes, tenía vigente la clasificación, cuya validez concluyó el 26 de junio de 1994.

f) En 25 de julio de 1995 el Consejo de Estado vuelve a devolver el expediente al Ministerio, a fin de que se incorporen al mismo el informe del Consejo de Obras Públicas y el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

El Consejo de Obras Públicas y Urbanismo en sesión celebrada el 29 de febrero de 1996 emite su informe, en el que, aún entendiendo que, tratándose de una obra de características especiales, procedía exigir una clasificación en el pliego con independencia de la cuantía del presupuesto, sienta la conclusión de que "procede, previo dictamen del Consejo de Estado, la anulación del acuerdo de adjudicación a la empresa "SIKA, S.A.", de conformidad con la propuesta de la Dirección General de Administración y Servicios de 11 de abril de 1995 y el contenido del presente dictamen".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas, debe hacerse referencia a la supresión del órgano que formula la consulta -Dirección General de Administración y Servicios- y la asunción de sus funciones por la Subsecretaría de Fomento y la Subsecretaría de Medio Ambiente, según resulta del artículo 4, apartado 2.f) del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura básica de diversos Departamentos ministeriales, entre ellos, el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Medio Ambiente.

Suprimida la Dirección General consultante podría pensarse que su supresión hace innecesaria la emisión del informe solicitado, pero no debe olvidarse que en este caso concreto la solicitud de dicho informe se realiza por indicación del Consejo de Estado y, por tanto, debe considerarse independiente de las reformas estructurales del Departamento ministerial y debe dirigirse a la Subsecretaría de Fomento que, en parte ha asumido las funciones de la extinguida Dirección General.

2. Sin necesidad de que esta Junta se pronuncie en cuanto a la tramitación posterior del expediente, ya que la misma ha sido predeterminada por el Consejo de Estado, que en la última devolución del expediente al Ministerio ha señalado que, una vez incorporados el informe del Consejo de Obras Públicas y el informe de esta Junta "sea nuevamente remitido al Consejo para dictamen", la única cuestión que debe ser examinada es la de determinar si la exigencia de clasificación como contratista de obras en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C que figuraba en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación por el sistema abierto de concurso de la obra "Renovación de membranas impermeables en la planta 3ª, Edificio A, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio ambiente", aunque el presupuesto de licitación era inferior a 20 millones de pesetas (19.041.708 pesetas) resultaba o no ajustada a las prescripciones de la Ley de Contratos del Estado entonces en vigor, dado que una contestación negativa daría entrada a la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato por aplicación del artículo 103.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. En el informe de 31 de mayo de 1988 (Expediente 9/88) esta Junta Consultiva manifestaba su criterio de que *"de la vigente legislación de contratos del Estado no resulta la posibilidad de que los órganos de contratación puedan exigir clasificación en contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 10 millones de pesetas, sin perjuicio de que tal posibilidad, incluso el carácter preceptivo de tal exigencia, pueda ser establecido mediante modificación de la normativa vigente"*. Hay que aclarar que aunque esta Junta Consultiva se refería a contratos de obras de cuantía inferior a 10 millones de pesetas, por ser éste el límite entonces vigente y el supuesto consultado, los razonamientos que, a continuación se transcriben, resultan de plena aplicación al caso presente de contratos de obras inferior a 20 millones de pesetas, límite fijado por Orden de 24 de abril de 1991.

En el mencionado informe de 31 de mayo de 1988 la Junta Consultiva basaba la conclusión que ha quedado reseñada en las siguientes consideraciones:

"El artículo 9, apartado 7, de la vigente Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, considera no facultadas para contratar con la Administración a las personas naturales o jurídicas que no se hallen debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en la propia Ley o no acrediten la suficiente solvencia económica, financiera y técnica añadiendo, a continuación, el propio artículo 9 que las adjudicaciones de contratos en favor de personas incursas en cualquiera de las prohibiciones del presente artículo serán nulas de pleno derecho.

Resulta así que el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, cuya falta determina la sanción más grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que adolecen de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho. Esta configuración de la clasificación como capacidad especial la confirma el artículo 2 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, de 10 de febrero, en cuanto en su apartado c) considera requisito que deben reunir las empresas consultoras o de servicios para celebrar contratos de asistencia con el Estado y sus Organismos autónomos el "haber obtenido la clasificación adecuada al objeto del contrato, si el presupuesto de éste excede de 10.000.000 de pesetas".

De esta consideración normativa de la clasificación como capacidad especial y, consecuentemente de su falta como incapacidad especial, se puede extraer un primer argumento contrario a la posibilidad de exigencia de clasificación en contratos para los que este requisito no está establecido expresa y preceptivamente, dado que, según unánime opinión doctrinal y jurisprudencia, las incapacidades especiales y las prohibiciones han de ser expresas en la Ley y no pueden inducirse ni presumirse, siendo contrario a este criterio, en el caso concreto que se examina, que para los contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios inferior a 10.000.000 de pesetas se exija un requisito de capacidad -la clasificación- que no establece de manera expresa la vigente legislación de contratos del Estado.

En este punto, además, hay que señalar que la citada legislación consagra en algunos preceptos el criterio contrario a la exigencia de clasificación para los casos en que no esté preceptivamente establecida, pudiendo ser citadas la norma 21 de la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado y la norma 12 de la Orden de 24 de noviembre de 1982, por la que se dictan normas para la clasificación de las empresas consultoras y de servicios que contraten con el Estado y sus Organismos autónomos, expresivas ambas de que cuando el contrato no sea superior a 10.000.000 de pesetas (la Orden primeramente citada hace referencia a la cifra de 5.000.000 de pesetas, entonces vigente, pero que debe considerarse sustituida por la de 10.000.000, hoy en vigor) y el licitador presente declaración de no rebasar esta cifra en contratos adjudicados y en vigor, "no serle exigible clasificación alguna".

Con independencia de lo hasta aquí expuesto, también debe ser destacado que el requisito de la clasificación no puede ser desvinculado de la cuestión de la capacidad o falta de capacidad del contratista y, por tanto, no puede ser tratado como una condición objetiva a tomar en consideración en un concurso o en la fase de admisión previa, pues apartado de que ello desvirtuaría el total sistema de la legislación de contratos del Estado -sobre incapacidades para contratar y adjudicaciones por concurso o por concurso y subasta con fase de admisión previa, existe un precepto concreto del Reglamento General de Contratación del Estado- el artículo 293, apartado g) -que expresamente consagra tal criterio, al afirmar que "no debe utilizarse el requisito de la clasificación como procedimiento para conseguir fines de selección de licitadores que están reservados, en su caso, al trámite de la admisión previa", criterio que, con mayores razones, hay que aplicar extensivamente a los supuestos de adjudicación por el procedimiento de concurso.

Finalmente, a mayor abundamiento, hay que aludir a una consideración práctica que, por afectar al principio de seguridad jurídica, deba ostentar también este último carácter. Nos referimos a la circunstancia de que, hasta ahora, los órganos de contratación no han venido exigiendo el requisito de la clasificación para contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas, por lo que, si por vía de interpretación, que por lo razonado esta Junta no comparte, se consagrara la posibilidad de que, para los mencionados contratos, los órganos de contratación pudieran exigir el requisito de la clasificación, se primaría a las empresas clasificadas en detrimento de las que, por concurrir a contratos en los que hasta ahora no se exige tal requisito, ni han instado el expediente de clasificación ni, en consecuencia, figuran clasificadas.

Todo lo expuesto induce a concluir que la pretendida exigencia de clasificación -con carácter potestativo o preceptivo- para contratos de obras y de asistencia inferiores a 10.000.000 de pesetas tiene necesariamente que ser encauzada por la vía de modificación de la normativa vigente, cuya conveniencia y oportunidad no debe ser prejuzgada en este momento, con lo que lograría el máximo respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad entre contratistas, básicos de la contratación administrativa."

En definitiva y como resumen de este apartado puede afirmarse que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, compartiendo los criterios del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento y del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo entiende que la exigencia de clasificación en contratos no superiores a la cuantía señalada (20 millones en contratos de obras) contradice la legislación de contratos del Estado y determina la concurrencia de causa de anulación en los actos en los que se observe la referida infracción, debiendo significarse que las conclusiones sentadas en relación con la anterior legislación de contratos del Estado pueden igualmente ser mantenidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en este aspecto, no ha alterado la legislación anterior.

4. El presente informe debe concluir con la afirmación de que, desde un punto de vista práctico, no se produciría diferencia sustancial con la conclusión sentada si, rechazando la misma, se entiende que la legislación de contratos del Estado permitía la exigencia de clasificación en contratos de obras no superiores a 20 millones de pesetas, pues estando acreditado que la empresa adjudicataria "SIKA, S.A." carecía de la correspondiente clasificación en la fecha de adjudicación del contrato (16 de agosto de 1994) e incluso en la de expiración del plazo para presentación de proposiciones (6 de julio de 1994) al haber caducado el 26 de junio de 1994, la adjudicación a su favor realizada determinaba en la anterior legislación y determina en la vigente - la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado, por lo que, variando la calificación jurídica del supuesto de hecho - concurrencia de causa de anulabilidad o de nulidad de pleno derecho - se producen prácticamente los mismos efectos, una vez declarada la nulidad del contrato por una u otra causa.

Obviamente la única conclusión que, desde un punto de vista jurídico, no puede ser mantenida es la de que siendo improcedente, por la cuantía del contrato, la exigencia de clasificación, la adjudicación a la empresa "SIKA, S.A.", que carecía de tal clasificación debe considerarse válida y como tal mantenida pues tal conclusión violaría los principios esenciales y básicos de la contratación administrativa de libre concurrencia y publicidad y supondría un ataque frontal al contenido del pliego, en el que expresamente se exigía la clasificación, en perjuicio de los restantes reales y potenciales licitadores.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado no resultaba posible la exigencia de clasificación en contratos de cuantía inferior a la señalada para tal requisito, es decir, 20 millones en contratos de obras a partir de la Orden de 24 de abril de 1991 y 10 millones en contratos de consultoría y asistencia, criterios que resultan igualmente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con los contratos en que este requisito es exigido.

2. Que como consecuencia de lo anterior la adjudicación a la empresa "SIKA, S.A." incurre en causa de anulabilidad, debiendo declararse la nulidad de la adjudicación de conformidad con el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Que iguales consecuencias prácticas se producirían - la carencia de efectos de la adjudicación -si el supuesto se calificase de nulidad de pleno derecho, por carecer la empresa "SIKA, S.A." de la clasificación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.