

Informe 62/11, de 7 de junio de 2012. “Cuestiones relacionadas con la exención de acreditación del requisito de clasificación previa cuando no ha sido concedido por la Administración que licita el contrato.”.

Clasificación de los informes. 9. Clasificación de las empresas 9.5 Exclusión del requisito de clasificación previa de las empresas.

ANTECEDENTES

1. El Alcalde de Oviedo se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito con el siguiente texto.

“Asunto: solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación con la exención del requisito de la clasificación (art. 55.2 LCSP)

Dada la inexistencia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de un órgano consultivo en materia de contratación y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art.17 del Real Decreto 30/1992, de 18 de enero, del Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se prevé la posibilidad de que los Presidentes de las Entidades Locales soliciten información a dicho órgano, se solicita pronunciamiento sobre las cuestiones que se reseñan a continuación.

Con fecha 18 de agosto pasado, la Junta de Gobierno Local aprobó los Pliegos reguladores de la contratación de los servicios de colaboración para la gestión tributaria y recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos, acordando la apertura del procedimiento de adjudicación, a cuyos efectos se publicaron los correspondientes anuncios de la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (25-8-2011), Boletín Oficial del Estado (6-9-2011) y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Oviedo (23-5-2011).

Entre los requisitos exigidos a los licitadores para poder concurrir a la licitación, se encuentra el de estar clasificados como empresas de servicios en el Grupo L (Servicios Administrativos), Subgrupo 2 (Servicios de gestión de cobros), categoría D.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 3 de octubre, se recibieron las presentadas por el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, en adelante Ente Público (oferta nº 1)-, La Auxiliar de Recaudación, SL (oferta nº2) y Asesores Locales Consultoría, SA (oferta nº3)

Con fecha, 10 de octubre, la Mesa de Contratación procedió al examen de la documentación administrativa presentada por los licitadores, acordando requerir al Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias la presentación de los siguientes documentos, no aportados en el sobre "A" de su oferta, aún cuando el primero de ellos sí era citado en la relación documental incluida en dicho sobre:

-certificado del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias con fecha 30-9-2011, referido a la autorización al Ente Público para contratar con el Ayuntamiento de Oviedo, a los efectos de la exención de clasificación a la que hace referencia el art. 55 de la Ley de Contratos del Sector Público.

-copia compulsada del informe preceptivo del órgano de la Comunidad Autónoma equivalente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a los mismo efectos señalados.

En cumplimiento del requerimiento efectuado, el Ente Público hizo entrega el día 14 de octubre de los siguientes documentos:

- Copia compulsada del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias el día 30 de septiembre -a propuesta de la Consejería de Hacienda y Sector Público-, por el que se autoriza al Ente Público la contratación con el Ayuntamiento de Oviedo de la prestación de los servicios objeto del contrato de referencia, a los efectos de la exención de clasificación a la que se refiere el artículo 55 de la Ley.

- Oficio de remisión firmado por el Presidente del Ente Público -y Consejero de Hacienda y Sector Público-de fecha 14-10-11, en el que, en relación con el segundo de los puntos del requerimiento realizado por la Mesa, se hace constar

que el Ente Público se dirigió al órgano competente para acordar la exención de la clasificación) sin que sea de su competencia determinar el procedimiento instruido por el Consejo de Gobierno con carácter previo a la adopción del acuerdo, no teniendo acceso a la documentación que ha sido incorporada al mismo. En el oficio se hace referencia, asimismo, a la falta de impugnación del acuerdo del Consejo de Gobierno y a la eficacia de que éste está intrínsecamente investido por imperativo de lo dispuesto en los artículos 56 (sobre ejecutividad de los actos de las Administraciones Públicas) y 57 (sobre efectos de los actos de dichas Administraciones) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las A.A.P.P. y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 15.2. a) de la Ley Orgánica 7/1981, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos del Principado de Asturias).

En sesión celebrada el día 18 de octubre, la Mesa de Contratación, una vez analizada la documentación aportada por el Ente Público, acordó:

1º Solicitar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ú1forme sobre la competencia y procedimiento en relación con la exención de la clasificación por razones de interés público, a la que se refiere el artículo 55.2 de la Ley de Contratos del Sector Público,

2º De acuerdo con lo anterior, solicitar a la Junta de Gobierno Local, en tanto órgano de contratación la suspensión del procedimiento de licitación, hasta la emisión del citado informe.

En la adopción del acuerdo de la Mesa, tal y como se refleja en el acta correspondiente, se tuvo en cuenta el contenido del apartado 2 del artículo 55 de la Ley de Contratos del Sector Público y las dudas que plantean los conceptos "interés público" y "ámbito de las Comunidades Autónomas" contenidos en el mismo, en relación con la contratación de referencia; la condición de órgano de contratación del Ayuntamiento de Oviedo; la omisión de comunicación al Ayuntamiento, en tanto tal órgano de contratación, del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado - del que se ha tenido constancia al presentarse la oferta por el Ente Público y cuyo contenido ha sido conocido en la fase de subsanación de omisiones o errores en la documentación administrativa- y la fundamentación del acuerdo del Consejo de Gobierno en informes emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado para otros supuestos y no en un informe jurídico "ad hoc" de órgano consultivo equivalente en la Comunidad Autónoma Principado de Asturias.

Por acuerdo de fecha 20 de octubre la Junta de Gobierno Local aprobó la propuesta de la Mesa de Contratación y, en consecuencia, la petición de informe a la Junta Consultiva y la suspensión de la licitación en tanto se sustancia tal trámite.

Dadas las circunstancias concurrentes -licitación en curso y finalización del contrato en vigor el día 31 de diciembre- y teniendo en cuenta lo previsto en el citado artículo 55, apartado 2, de la Ley de Contratos del Sector Público, es por lo que se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado su pronunciamiento, en el menor plazo de tiempo posible, sobre las siguientes cuestiones:

Primera: Interpretación que ha de darse al alcance de la expresión "ámbito de las Comunidades Autónomas" contenida en el artículo 55.2 de la Ley. ¿Ha de entenderse desde el punto de vista competencial, en cuyo caso se limitaría a la contratación de la propia Comunidad Autónoma, o, por el contrario, ha de ser territorial, en cuyo caso abarcaría también la contratación de las Entidades Locales que forman parte de su territorio? La propia Ley parece distinguir dos supuestos puesto que, mientras en el citado artículo 55.2 se habla de "ámbito" sin más, en otras partes del articulado (por ejemplo en el artículo 300, referido a los órganos consultivos en materia de contratación de las Comunidades Autónomas), sí se hace expresa referencia al aspecto territorial.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo había declarado que la facultad para autorizar la contratación sin disponer de la necesaria clasificación correspondía en el ámbito local al Pleno de la Corporación (SSTS de 26-7-94 y 10-12-98). Este criterio fue modificado por la STS de 3-5-99, que entendió, de acuerdo con la Disposición Final 2, apartado 3, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la competencia para otorgar la mencionada autorización no podía extenderse a órganos distintos de los mencionados en la Ley. No obstante, las dudas sobre la competencia municipal surgen de nuevo, puesto que la citada disposición final de la LCAP no tiene equivalente en la actual Ley de Contratos del Sector Público.

Segunda: Para el caso de que se considere de competencia autonómica la autorización de la exención del requisito de clasificación en relación con la contratación de las entidades locales de su ámbito territorial, se solicita indicación sobre el procedimiento a seguir para ello. ¿Resulta jurídicamente correcto que el órgano correspondiente de la comunidad autónoma apruebe la exención sin mediar solicitud previa del órgano de contratación o, en todo caso, audiencia previa al mismo? ¿Resulta procedente que cualquier entidad -pública o privada-, con la necesaria solvencia económica, financiera y técnica pero carente de clasificación, solicite directamente al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma su exención para poder concurrir a licitaciones convocadas por las entidades locales, omitiendo cualquier petición previa a éstas que son los órganos de contratación? ¿Hasta qué momento de la licitación se consideraría "admisible" la adopción del acuerdo de exención?"

En relación con el expediente contractual que motiva la consulta, se incide en el hecho de que el Ente Público es un órgano instrumental del Principado de Asturias.

Tercera: En atención al principio de autonomía local y a las competencias contractuales que corresponden a los Ayuntamientos, ¿qué ha de tenerse en cuenta para considerar de interés público la exención de la clasificación? Cuando quien licita es un órgano de la Administración Local ¿a quién puede considerarse competente para declarar que existe interés público para eximir de la clasificación?, ¿Se puede considerar procedente justificar la exención por presuntos graves riesgos para la seguridad jurídica de los ciudadanos derivados de la ejecución del contrato y, sin embargo, autorizar al Ente Público la concurrencia a la licitación asumiendo -al menos así ha de entenderse- todas las obligaciones contractuales derivadas de los Pliegos reguladores del contrato (entre las que, además, se incluye la de la subrogación de personal, conforme a lo previsto en el artículo 104 de la Ley, cuyo cumplimiento también suscita dudas dada la condición jurídica del Ente Público)?,

Finalmente, ha de reseñarse que la licitación en curso no es la primera convocada sobre el mismo objeto, ya que con anterioridad se adjudicaron tres contratos de servicio para la colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de derechos municipales sin ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos (expedientes CC96/191 -cuatro años y dos prórrogas- CC02/37 -dos años y dos prórrogas- y CC07/155 -dos años y dos prórrogas-), concurriendo a las respectivas licitaciones solamente empresas privadas (individualmente o en unión temporal de empresarios), sin que se cuestionase su objeto por el Ente Público o por la Comunidad Autónoma.

Se adjuntan copias de los siguientes documentos:

Pliego de Prescripciones Técnicas

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

Documentos incluidos en el sobre "A" de la oferta del Ente Público (se omite el referido a la solvencia técnica por su volumen y por tratarse de la Memoria de la actividad del Ente y no ser la misma cuestionada),

Actas de las sesiones celebradas por la Mesa de Contratación los días 10 y 18 de octubre de 2011

Escrito del Presidente del Ente Público y certificado del acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de fecha 30 de septiembre, presentados por el Ente el 14 de octubre en la fase de subsanación,

Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 20 de octubre",

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Alcalde de Oviedo consulta a esta Junta Consultiva diversos aspectos derivados de la aplicación de la excepción del requisito de la clasificación atribuido a una determinada empresa tanto en cuanto se refiere a la decisión de exclusión, como la resolución adoptada por un órgano que no está integrado en la Administración que licita el contrato.

En el análisis de la consulta se comentarán las diversas cuestiones que inciden en la consulta, como la adopción de un acuerdo adoptado por una Administración pública por el que se excluye de la acreditación de acreditar y por tanto cumplir con la exigencia de disponibilidad de un requisito

exigido por el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en lo sucesivo TRLCSP) que complementaremos con aquellos que se relacionan con el órgano o ente que es excluido y cuya función carece de relación con el desarrollo de una actividad empresarial y con la falta de atribuciones para conceder la clasificación de empresas.

2. Exigencia de la clasificación de empresas, entidades que se clasifican, y supuestos de excepción. Las disposiciones que han regulado y que regulan la clasificación de las empresas, tanto los contratistas de obras como las empresas de servicios han mantenido la exigencia de disponibilidad de la clasificación previa de las empresas que deseen concurrir a la licitación del contrato cuando este es igual o superior a un determinado importe, clasificación que se otorga por un órgano especializado, las Comisiones de Clasificación que son órganos colegiados integrados en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La clasificación, que está referida a las empresas, y cuya norma, en su origen, se integra en la base XV de las de la Ley de Bases de Contratos del Estado, tiene por función singular comprobar el nivel de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica y profesional en relación con las actividades que en función de sus estatutos pueden desarrollar respecto de los diferentes subgrupos (objeto social) y categorías (importe).

La clasificación se concede originariamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuyos acuerdos surten efectos ante cualquier órgano de contratación. El TRLCSP establece que las Comunidades Autónomas podrán clasificar a las empresas aplicando las mismas normas y criterios, si bien la norma que lo regule precisará el alcance de la misma.

Tal régimen tiene una excepción que recoge la disposición adicional sexta.2 del TRLCSP que dispensa de tal régimen a las Universidades Públicas en los supuestos que fija el artículo 83.1 de la Ley Orgánica de Universidades.

Ni en las normas reguladoras del sistema de clasificación contenidas en los artículos 65 a 84 del TRLCSP, ni tampoco en las concordantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas encontraremos normas que admitan que se aplique a entidades públicas, motivo por el cual esta Junta Consultiva ha venido expresando su criterio en el sentido de no admitir la clasificación de tales organismos y entes y así consta en los informes 39/96, de 22 de junio de 1996, 25/94, de 19 de diciembre de 1994, 11/94, de 28 de julio de 1994, 8/89, 6/89 y 1/89 de 4 de abril de 1989, 37/85, de 15 de octubre de 1985, y 14/84, de 13 de julio de 1984, y más recientemente, porque tales entes no han sido creados para realizar una actividad empresarial sino, conforme se expresa en su norma reguladora, para el ejercicio de una actividad administrativa en función de la competencia que se le atribuye.

Consecuentemente, si un organismo no puede ser clasificado, porque carece del carácter de empresa, tampoco puede ser eximido del cumplimiento de tal requisito, precisamente porque no le es exigible.

3. Advertida esta singularidad procede analizar la entidad a quien se dispensa de acreditar el requisito de clasificación, en la consideración de que si no pudiera tener la condición de contratista no podría serle declarada la exclusión de acreditación de un requisito exigido a las empresas.

La exclusión que expone el Alcalde de Oviedo, y que acredita documentalmente, acordada por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias está referida al Ente Público integrado en la estructura orgánica del Gobierno del Principado de Asturias cuya denominación es la de Ente Público de Servicios Tributarios, creado por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias del año 2003, que en su artículo 10 determina su creación como “organización administrativa responsable, en nombre y por cuenta del Principado de Asturias, de la aplicación efectiva del sistema tributario de la Comunidad Autónoma y de aquellos recursos de otras Administraciones y entidades que se le atribuyan por ley o por convenio”, que se registrará por las siguientes disposiciones:

Respecto de la naturaleza jurídica y competencias del Ente en el apartado 1 señala que está dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería competente en materia tributaria y que corresponde al Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, en los términos que fijen las leyes, el ejercicio de las siguientes competencias:

- La gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los tributos propios y demás ingresos de derecho público del Principado de Asturias cuya competencia tenga atribuida la Consejería competente en materia tributaria.
- La gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los tributos cedidos por el Estado, de acuerdo con la ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.
- La gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los tributos locales cuya competencia le haya sido delegada por las corporaciones locales.
- Cualesquiera otras competencias que pudieran serle atribuidas”.

La regulación del Ente se determina en 10 apartados, de los que debemos resaltar el apartado 2, sobre Régimen jurídico, que indica que para la consecución de sus objetivos, previa autorización del Consejo de Gobierno, el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias podrá celebrar convenios con Administraciones Públicas y todo tipo de entidades públicas o privadas.

De cuanto se expresa cabe apreciar que el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias es un poder adjudicador conforme se establece en el artículo 3.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que ni entre sus funciones, competencias o régimen jurídico pueda, además actuar como una empresa, función que no se le atribuye y que no se encuentra descrita en la norma de creación. En cuanto se refiere a la forma de relacionarse con las entidades locales que se indica el comentado artículo 10.2 que se realizará mediante convenio. Tal característica, derivada del ejercicio de la función pública, se aprecia entre otros aspectos en la función asignada.

4. La excepción de acreditación del requisito de clasificación previa. El TRLCSP establece, siguiendo las normas que le han precedido respecto del sistema de clasificación de empresas, dos tipos de excepciones, una referida con carácter general a todas las empresas que concurran a la adjudicación de un contrato, que se aplica mediante norma de rango de Decreto y otra referida a la concurrencia de una empresa a la licitación de un contrato, que se aplica mediante decisión del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, en el primer supuesto, respecto de la licitación de un contrato determinado cuando el artículo 65.3 del Texto refundido dispone que por Real Decreto podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o acordar su exigencia para tipos de contratos de obras y servicios en los que no lo sea, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos, situación en la que no existe la exigencia aludida. Es decir que la exclusión tiene carácter general para todas las empresas que deseen concurrir por lo que la excepción se genera en sentido amplio respecto de todas las empresas.

Respecto de la exclusión singular del requisito de hallarse previamente clasificada la empresa que va postularse como contratista, el artículo 66.3 también del TRLCSP dispone que “excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación administrativa del Estado. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la autorización será otorgada por los órganos que éstas designen como competentes”.

Del texto se aprecia que el legislador circunscribe la excepción a la contratación de la Administración General del Estado y a la de las Comunidades Autónomas, sin que por tanto pueda aplicarse en la contratación de la Administración local, ya que tal referencia no se encuentra reseñada ni en el artículo 66, aludido, ni en la disposición adicional segunda del Texto refundido en la que se describen y regulan las especialidades de las normas de tal ámbito, lo que implica que no encontrándose regulada la aplicación de la excepción a las entidades locales, como se ha descrito y estando referida la aplicación de la excepción a la propia Administración no es posible extender los efectos de la excepción más allá de la misma.

5. En otro orden cabe advertir que al tratarse de una excepción del régimen general la interpretación de la norma debe realizarse desde un contenido restrictivo. A tal efecto, ha de destacarse que la acción se circunscribe en ámbito de una especialidad del sistema de contratación, en la que se exige antes de su adopción el informe previo de un órgano especializado como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con consolidada experiencia en la aplicación del sistema de clasificación de empresas.

Pero cabe destacar otra consideración que se refiere a la ausencia de promulgación de norma por el Principado de Asturias que regule el sistema de clasificación de empresas, para lo cual se encuentra habilitado conforme se dispone en el artículo 15.3 de su Estatuto Orgánico y atribuya las necesarias competencias, por una parte, y por otra las que regulen las corporaciones locales, destacando en cuanto se refiere al sistema de clasificación de empresas el principio de especialidad toda vez que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa no puede compartir la afirmación que se viere en expediente de que el órgano que emite el informe previo es equivalente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ya que ni existe la misma en la Administración Pública del Principado de Asturias ni se ha regulado la aplicación del sistema de clasificación de empresas en la Administración autónoma.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera

1. Reiterando el criterio expuesto en anteriores informes que se citan, que solo son objeto de clasificación como empresas contratistas de obras y de servicios las empresas y no los organismos y entes integrados en las Administraciones Públicas.
2. Que la competencia para excluir a una empresa de cumplir el requisito de clasificación para un contrato determinado solo puede producir efectos respecto del procedimiento de adjudicación en una Administración Pública conforme se determine en la norma reguladora que al efecto se promulgue.
3. Que en su caso, el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, puede colaborar con el Ayuntamiento de Oviedo, conforme se determina en la citada Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias del año 2003, mediante la forma de convenio, siempre que su valor estimado sea igual o inferior al umbral establecido en el Reglamento (UE) nº 1251/2011 por el que se modifican los umbrales de aplicación de las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE

