

INFORME 12/1998, DE 14 DE SETIEMBRE DE 1998.
CONTRATO DE OBRAS. CLASIFICACIÓN EMPRESARIAL.
EXCEPCIONALIDAD. SOLICITUD A CONSEJO DE GOBIERNO DE LA CAIB.

ANTECEDENTES:

Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ses Salines (Baleares), en fecha 31 de agosto de 1998, se formula solicitud al Consejo de Gobierno de la CAIB, de autorización para aplicar la excepcionalidad prevista en el artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante LCAP), respecto de la exigencia de clasificación empresarial para la realización del objeto del contrato específico que señala (construcción de una piscina municipal), solicitud que reza así:

"Este Ayuntamiento, en su día, promovió expediente de subasta para la contratación de una obra municipal, consistente en la construcción de una piscina (constando incluida dicha obra en el Plan Territorial de Equipamientos Deportivos del Consell Insular de Mallorca), cuyo presupuesto total del contrato asciende a 28.186.712.- pesetas.

Promovida subasta y otras cuatro convocatorias de licitación por el procedimiento negociado sin publicidad, al amparo de lo prevenido en el artículo 141.a) de la Ley 13/95, no ha sido posible poder adjudicar dichas obras por falta de licitadores en las tres primeras convocatorias y en la última (que es la cuarta) únicamente se ha presentado una proposición suscrita por la empresa TRANSMAS, S.A., empresa que no dispone de la clasificación empresarial exigida por la expresada Ley 13/95.

A la vista de lo anterior y dado el interés público de dicha obra, la Mesa de Contratación, una vez efectuada la apertura del primer sobre ha dejado sobre la Mesa la apertura del segundo, por considerar que, si bien la expresada empresa no cumple lo establecido en cuanto a clasificación, sería muy conveniente poderle adjudicar la expresada obra, por lo que ha acordado solicitar aplicar la excepcionalidad prevista en el artículo 25.3 de la repetida Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas y adjudicar la expresada obra a la empresa TRANSMAS, S.A., por el precio que resulte de su oferta económica que figurará en el sobre nº 2 de su proposición, pendiente de apertura.

Dada la premura en la adjudicación de dicha obra, le agradecería tuviera a bien disponer que la expresada autorización fuera remitida a este Ayuntamiento a la mayor brevedad posible."

En consecuencia, y en aplicación de lo establecido en el artículo 25.3, de la LCAP, la Secretaría General Técnica de Presidencia del Gobierno de la CAIB, solicita de ésta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión del informe

preceptivo previo a la adopción, en su caso, del acuerdo precitado, del Consejo de Gobierno de la CAIB.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD.

1.- La Secretaría General Técnica de Presidencia está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, conforme a lo previsto en el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de dicha Junta y de los Registros de Contratos y de Contratistas, y a lo señalado en el artículo 15.1 del Reglamento de organización y funcionamiento de la misma, aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB, de 10 de octubre de 1997.

2.- No se cumplen, sin embargo, los requisitos exigidos por el artículo 16.1 y 2 del antedicho Reglamento, al no haberse motivado la solicitud del informe, ni acompañado los documentos necesarios para su estudio y análisis, puesto que se trata de un específico expediente de contratación: construcción de una piscina municipal en Ses Salines (Baleares).

3.- Por parte de la Secretaría General Técnica de Presidencia de la CAIB se ha informado negativamente la solicitud del Ayuntamiento de Ses Salines.

4.- No se cumplen, por tanto, en este caso, los requisitos de admisibilidad precisos para la emisión de informe, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 12 del Decreto de 7 de febrero de 1997.

No obstante la inexistencia de supuesto de admisibilidad de la solicitud de informe a esta Junta, se estima conveniente la formulación de las siguientes consideraciones jurídicas:

En el supuesto que nos ocupa, el Ayuntamiento de Ses Salines (Baleares) manifiesta en su instancia que "sería muy conveniente poder adjudicar" a la única empresa licitadora que se ha presentado en procedimiento negociado (cuarto de este tipo y quinto en total), el contrato de construcción de una piscina municipal, pese a no disponer de la clasificación empresarial exigida en aquéllos procedimientos, por lo que solicita al Consejo de Gobierno de la CAIB "la correspondiente autorización para aplicar la excepcionalidad prevista en el artículo 25.3 de la repetida Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y adjudicar la expresada obra a la empresa TRANSMAS, S.A., por el precio que resulte de su oferta económica que figurará en el sobre nº 2 de su proposición, pendiente de apertura".

En relación con la solicitud planteada, ésta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hace constar lo siguiente:

1.- No existen en el expediente administrativo, antecedentes que permitan realizar el examen concreto en el caso planteado, de las razones determinantes de la no exigencia de clasificación y de la capacidad de la empresa TRANSMAS, S.A., para ejecutar el contrato, ni siquiera expuestas en la solicitud de informe del Ayuntamiento solicitante, en la cual únicamente se limita a manifestar "...., dado el interés público de dicha obra" y más adelante "....., sería muy conveniente poderle adjudicar la expresada obra", no constando, por tanto, que en el expediente haya quedado acreditada para el órgano de contratación (el propio Ayuntamiento), la conveniencia para los intereses públicos de la contratación con la empresa precitada, conforme exige el artículo 25.3 de la LCAP, habiéndose así incumplido, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 16.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de esta Junta Consultiva.

En definitiva, no tiene ésta Junta Consultiva, en este caso, elementos de juicio para concluir que se da la excepción a que se refiere el artículo 25.3 de la LCAP para que el Consejo de Gobierno de la CAIB pueda autorizar al Ayuntamiento de Ses Salines la contratación solicitada.

En este sentido se ha venido pronunciando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, al informar desfavorablemente la sustitución del requisito de clasificación por la autorización excepcional (en su caso, del Consejo de Ministros, aplicable por analogía e imperativo del punto 3 del artículo 25 de la LCAP al Consejo de Gobierno de la CAIB, en el presente supuesto), en aquellos casos en que se pretende una mera dispensa del requisito de clasificación, sin acreditar las circunstancias que impiden o dificultan su obtención, ni la capacidad de la empresa para llevar a cabo la ejecución de los contratos (informes de 14 de noviembre de 1990, 20 de marzo, 10 de julio y 26 de noviembre de 1991 o 27 de febrero de 1992).

Téngase presente que, en el caso que nos ocupa, no existe constancia de que la empresa TRANSMAS, S.A., ni siquiera haya solicitado la clasificación empresarial a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por otro lado, no se trata de permitir, sin más, que una empresa no clasificada pueda contratar. Este supuesto está previsto para casos de imposibilidad o inconveniencia de obtener la oportuna clasificación. Es decir, cualquier interpretación de este artículo (25.3, de la LCAP) debe excluir la que produzca como resultado el configurar la autorización del Consejo de Ministros (el de Gobierno, en el caso de las Islas Baleares), como una alternativa a la tramitación

de expediente de clasificación, pues con ello quebrará todo el sistema clasificatorio, al establecer una solución excepcional para supuestos de tramitación normal de expedientes.

Es necesario reseñar, en consecuencia, que se deben examinar fundamentalmente las causas de imposibilidad o inconveniencia de obtener la oportuna clasificación, así como la capacidad económica y técnica o profesional de la empresa con quien se pretende contratar pero, como se ha dicho anteriormente, mal puede ésta Junta pronunciarse sobre las expresadas causas, si no constan siquiera en el expediente las mismas, ni sus antecedentes.

Como consecuencia de todo lo dicho, el pronunciamiento de ésta Junta acerca de lo solicitado por el Ayuntamiento de Ses Salines (Baleares), debe ser en el sentido de informar desfavorablemente la concesión de la autorización a que se refiere, por cuanto se carece de los elementos de juicio suficientes para que el informe pueda tener otro sentido.

2.- En cuanto a la manifestación contenida en el escrito de solicitud del Ayuntamiento, de que la adjudicación del contrato lo va a ser por el precio que resulte de la oferta económica de la única empresa licitadora, entendemos no es procedente, por cuanto en todo procedimiento negociado debe observarse al respecto lo impuesto especialmente en los artículos 74.4 y 93.1 de la LCAP (deben consultarse y negociarse con el empresario los términos del contrato y fijar con él el precio).

3.- Procede asimismo manifestar que, conforme a lo previsto en el artículo 141, a) de la LCAP, el Ayuntamiento solicitante no podría utilizar el procedimiento negociado que correspondería, en el caso de persistir en la contratación que nos ocupa, dejando de exigir la clasificación empresarial, por cuanto estaría incumpliendo el precepto mencionado, que únicamente lo permite, además de con la concurrencia de otros requisitos, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato (salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100) y la exigencia de clasificación, como ha quedado dicho es una de ellas.

4.- Sin embargo, existe en la legislación una alternativa a lo solicitado por el municipio de Ses Salines y es la ofrecida por el contenido del artículo 25.5 de la LCAP, (apartado añadido por el art. 77. Tres de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) el cual posibilita que dicho Ayuntamiento inicie un nuevo procedimiento abierto o restringido, bajo la forma de subasta o concurso, en el cual podría excluir el requisito de clasificación previa, precisando en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, los medios para acreditar

las empresas la solvencia económica, financiera y técnica, de entre los especificados en los artículos 16 y 17 de la misma Ley y, en caso de aplicación del artículo 28, mediante los del artículo 18.

Por otro lado, el artículo 2.3 del Decreto de 7 de febrero de 1997 atribuye a esta Junta Consultiva, entre otras, la función de vigilar la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en los contratos que celebren los organismos y entes públicos contemplados en el artículo primero de dicho Decreto por lo que, aún a riesgo de ser reiterativos y, en una aplicación analógica de la norma a las entidades locales, consideramos que, además, optando por la solución apuntada en el párrafo anterior, se cumpliría con más holgura el imperativo básico de la contratación administrativa contenido en el artículo 11 de la LCAP:

"Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación".

Reiteramos en este punto lo ya reseñado en el informe de ésta Junta nº 7/1998, de 29 de julio de 1998, de que tal vez no se haya adecuado en la presente contratación el presupuesto de la misma al precio de mercado, cosa que en el escrito de consulta motivador de dicho informe no había quedado claro se hubiera efectuado.

Si el Ayuntamiento de Ses Salines optara finalmente por la solución propuesta en éste apartado, la misma quedaría contraída en lo administrativo, a su propio ámbito funcional o competencial.

CONCLUSIONES:

1ª.- No se acredita fehacientemente en el expediente que sea conveniente para los intereses públicos la contratación del Ayuntamiento de Ses Salines (Balears) con la empresa TRANSMAS, S.A., la construcción de la piscina municipal objeto de consulta (art. 25.3 de la LCAP).

2ª.- El precio del contrato, por tratarse de un término básico del mismo, en un procedimiento negociado deberá consultarse y negociarse por parte del órgano de contratación con el empresario (arts. 74.4 y 93.1 de la LCAP).

3ª.- No es posible utilizar un procedimiento negociado, posteriormente a uno o varios abiertos, restringidos o negociados, en los que no haya concurrido ninguna empresa clasificada, excluyendo el órgano de contratación el requisito de clasificación previa, si en los mismos ya había exigido la clasificación empresarial,

por tratarse tal condición de una condición original y sustancial del contrato. (Arts. 141, a) y 210, a), en relación con el 25.5 y el 183, a), en relación con el mismo, en caso de aplicación del 28, todos ellos de la LCAP).

Solamente podría recurrirse a un procedimiento subsiguiente que fuera abierto o restringido bajo la forma de concurso o subasta, en el que se precisara en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, los medios diferentes a la clasificación empresarial, para acreditar las empresas la solvencia económica, financiera y técnica, de entre los especificados en los artículos 16, 17 y 19 de la LCAP, según los supuestos de que se trate.

4ª.- Si, no obstante, el Ayuntamiento solicitante considera que puede acogerse a la vía del artículo 25.3 de la LCAP, debería volver a plantear la cuestión ante el Consejo de Gobierno de la CAIB subsanando las anomalías señaladas en este informe, con lo que esta Junta volvería, en tal caso a pronunciarse, si es que la nueva petición contiene los requisitos de admisibilidad prescritos legalmente.