

INFORME 3/05 DE 17 DE MARÇ DE 2005

AUTORITZACIÓ EXCEPCIONAL I PRÈVIA A CONVOCATÒRIA DE CONCURS, PER PART DEL CONSELL DE GOVERN DE LA CAIB, DE CONTRACTACIÓ AMB EMPRESES NO CLASSIFICADES EN CONTRACTES DE PRESSUPOST SUPERIOR A 120.202,42 €

ANTECEDENTS

El secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura demana un informe a aquesta Junta en un escrit que diu literalment:

“Per raons d'economia procedimental i per evitar que amb el canvi de procediment d'adjudicació, que exigeix en alguns contractes la classificació empresarial, pugui veure's afectat el servei de transport escolar, es fa necessari sol·licitar informe a la Junta Consultiva de Contractació, d'acord amb l'article 25.3 del Reial decret legislatiu 2/2000.

D'acord amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació i els articles 15 i 16 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997, pel qual s'aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d'informe relatiu a la possibilitat que del Consell de Govern autoritzi excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs, la contractació amb empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació pels cursos 2005-06 i 2006-07. Sense perjudici de poder premiar les empreses que estiguin classificades mitjançant la inclusió com un criteri objectiu més per l'adjudicació del concurs.

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa abans esmentat, s'adjunta informe elaborat per la Unitat Administrativa de Contractació de la Conselleria d'Educació i Cultura, de 25 de febrer de 2005, en la qual es justifica l'existència d'un interès públic.

Així doncs, s'adjunta còpia de l'informe emès per la Direcció General de Transports, de 23 de febrer de 2005”.

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. Qui planteja la consulta i sol·licita informe de la Junta és el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura, que està legitimat per fer-ho conforme al previst en els articles 12.1 del D 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta i dels Registres de Contractes i de Contractistes i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997

2. En aquest escrit de consulta s'adjunta un informe jurídic, amb la qual cosa es compleix el requisit exigint per al cas, per l'article 16.3 de l'indicat Reglament.

3. La documentació que s'uneix als anteriors escrits és suficient per poder emetre el present informe.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. El sol·licitant de l'informe planteja en el seu escrit de petició una doble consulta:

- a) "Possibilitat que el Consell de Govern de la CAIB autoritzi, excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs, la contractació d'empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació per als cursos de 2005-06 i 2006-07.
- b) Atesa la possibilitat anterior, si es poden "premiar les empreses que estiguin classificades, mitjançant la inclusió, com un criteri objectiu més per a l'adjudicació del concurs".

Abans d'iniciar la resposta dels dubtes plantejats, convé matisar que l'exigència legal de classificació (continguda en l'article 25.1 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, LCAP, aprovat pel RDLEG 2/2000, de 16 de juny) és per a aquells empresaris que contractin amb les administracions públiques l'execució de contractes d'obres o de serveis als quals es refereix l'article 196.3 per pressupost no només superior, sinó igual a 120.202,42 €.

SEGONA. És, per tant, la regla general l'exigència de classificació de les empreses en els casos de l'article 25.1 de la LCAP. No obstant això el mateix precepte estableix una sèrie d'excepcions a aquesta obligatorietat, i ara es tracta aquí de dilucidar si, entre elles, existeix la que pugui aplicar-se al supòsit que ens ocupa.

Descartats els supòsits d'excepció d'aquesta exigència en relació amb diversos grups i subgrups de contractes (possibilitat esmentada en el mateix apartat de l'article que comentam), així com de l'excepció respecte dels empresaris no espanyols d'estats membres de la Comunitat Europea, inaplicables al cas plantejat, i deixant per a una consideració posterior l'excepció a l'exigència de classificació prevista en l'apartat 5, d'aquest article, no queda sinó analitzar el supòsit a què es refereix l'apartat 3, del mateix precepte, citat i al·legat tant en els antecedents com en l'escrit de consulta.

TERCERA. Aquesta excepció consisteix en la possibilitat que el Consell de Govern de la CAIB, previ informe d'aquesta Junta Consultiva (que, pel que sembla, el consultant confon amb el present) autoritzi, en el nostre àmbit territorial, la contractació de persones que no estiguin classificades, quan així sigui convenient per als interessos públics.

Per tal de determinar la naturalesa i l'abast de l'excepció objecte de la consulta, cal establir prèviament les premisses de la mateixa exigència de classificació.

Del contingut de l'article 25.1 de la LCAP ("Per a contractar...serà requisit indispensable que l'empresari hagi obtingut prèviament la classificació corresponent) es desprèn amb claredat que l'exigència és per a poder contractar i, per tant, tal exigència és concurrent en el moment de la contractació, no per poder licitar, de

manera que per això no entraria en joc l'autorització del Consell de Govern de la CAIB per a contractar persones que no estiguin classificades (ni ho és en general per a un grup de licitadors ni per a una empresa licitadora en particular) sinó per a l'empresa amb la qual l'Administració contractarà i per a aquest tràmit precís.

QUARTA. Per altra banda, de la lletra de l'article 25.3, podria deduir-se que l'autorització excepcional per a contractar es refereix exclusivament a persones no classificades. Tanmateix, això no tendria sentit ja que si l'apartat 1 del mateix article exigeix la classificació a l'empresari, l'excepció, si escau, no pot sinó referir-se a aquest mateix i, d'altra banda, en la LCAP no es preveu ni exigeix la classificació de persones físiques no empresaris, per la qual cosa la referència no podria ser a aquesta última, sinó a empreses. Deduïm, doncs, que es tracta d'una expressió desafortunada utilitzada pel legislador.

CINQUENA. Tal com s'ha comentat abans, aclarida l'exigència de la classificació, ara cal analitzar la naturalesa i l'abast de l'excepció de tal exigència.

Així, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda ha mantingut, abans de res, el caràcter excepcional de l'autorització de la contractació en el cas objecte d'aquest informe. Entre d'altres, l'informe 28/92, de 4 de desembre, diu que aquesta excepcionalitat queda demostrada per la circumstància de fer intervenir, per trencar l'exigència, ni més ni menys que el Consell de Ministres a l'Estat i a l'òrgan competent a les comunitats autònomes.

A més, particularment la Junta en aquest informe es mostra contrària que la dispensa de classificació s'estengui a totes les empreses que puguin concórrer a una licitació (i afegim nosaltres que, en cas contrari, a més de generalitzar-se, l'autorització seria, en realitat, per a licitar, no per a contractar, fet que vulnera, com s'ha vist, l'article 25.1 i 3 de la LCAP), la qual cosa impedeix fer l'examen concret, cas per cas, de les raons determinants de la no exigència de classificació (sense acreditar les circumstàncies que n'impedeixen o en dificulten l'obtenció) i de la capacitat de l'empresa per a executar el contracte.

Així mateix, en altres ocasions, la Junta de l'Estat emet un informe desfavorable sobre la substitució del requisit de classificació per aquesta autorització excepcional, en aquells casos en què es pretén una mera dispensa del requisit de classificació.

En definitiva, es tracta en tot cas d'una dispensa individual per a empreses determinades i no d'una dispensa general de classificació per a empreses licitadores d'un contracte, tal com s'ha subratllat abans, possibilitat que és, en realitat, el que se suggereix en la consulta.

La doctrina en general sosté que el supòsit que aquí es considera està previst per a casos d'impossibilitat o inconveniència d'obtenir la classificació corresponent. Això vol dir que qualsevol interpretació de l'article 25.3 de la LCAP ha de separar-se de la produïda en confirmar l'autorització del Consell de Govern, com una alternativa a la tramitació d'expedient de classificació, ja que amb això trencaria tot el sistema

classificador, en establir una solució excepcional per a supòsits de tramitació normal d'expedients.

No obstant això, en realitat, el que es consulta en aquest cas és si el Consell de Govern de la CAIB pot autoritzar excepcionalment les empreses, en general, que no estiguin classificades, a licitar perquè, si escau i les que correspongui, puguin ser contractades després per l'Administració (aquí, la Conselleria d'Educació i Cultura).

SISENA. A la vista de la problemàtica plantejada en els antecedents de la consulta (sobretot en l'informe del director general d'Obres Públiques i Transports de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports de la CAIB), respecte de la naturalesa i entitat de les empreses prestadores del servei de transport escolar, del servei mateix, així com de la seva relació amb les concessions del servei regular de transport de viatgers per carretera en el territori de les Illes Balears —problemàtica, com es pot comprovar, molt diferent de la que es planteja, si escau, per a poder argumentar la possibilitat de sol·licitar al Consell de Govern de la CAIB, l'autorització excepcional per a contractar amb empreses no classificades— cal apreciar que l'excepció a l'exigència de classificació no és la continguda en l'apartat 3. de l'article 25 de la LCAP i sí, en canvi, pot encaixar en el supòsit de l'apartat 5 del mateix precepte.

SETENA. En efecte, el cas que planteja el consultant és el de concurrència a les licitacions de què es tracti, d'empreses no classificades (es constata en els antecedents que aquestes empreses es troben en aquesta situació per diverses raons), per la qual cosa sí que ens trobaríem davant l'excepció de l'exigència de classificació de l'apartat 5, de l'article 25 de la LCAP que diu que, si havent tramitat un procediment d'adjudicació d'un contracte als quals es refereix l'apartat 1, del mateix article, no ha concorregut cap empresa classificada, l'òrgan de contractació pot excloure el requisit de classificació prèvia en el següent procediment que per a l'adjudicació del mateix contracte es convoqui, amb els requisits que el precepte exigeix.

S'ha de tenir present que una premissa fonamental per a l'exclusió en el subsegüent procediment de l'exigència de classificació, per part de l'òrgan de contractació, és que en el primer convocat no hi hagi concorregut cap empresa classificada.

És a dir, que atesa la quantia dels contractes, en un primer procediment s'ha d'exigir la classificació per a contractar i, en el cas de participació d'alguna empresa classificada que acrediti tal circumstància, decauria la possibilitat d'un segon procediment en les condicions de l'art. 25.5 de la LCAP.

CONCLUSIÓ

1. No és possible que el Consell de Govern de la CAIB pugui autoritzar excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs la contractació d'empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes de serveis de transport escolar que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació per als cursos 2005-06 i 2006-07

2. Atesa la conclusió anterior, és inaplicable al cas la inclusió, com a criteri objectiu més per a l'adjudicació del concurs, el fet d'acreditar la classificació, per a poder premiar les empreses que ho facin.
3. En el cas que, havent-se tramitat el procediment d'adjudicació dels contractes a què es refereix aquest informe, no hi concorri cap empresa classificada, l'òrgan de contractació pot excloure el requisit de classificació prèvia en el següent procediment que, per a l'adjudicació del mateix contracte, es convoqui si s'escau.