



Informe 6/14 de 1 de diciembre de 2016.” Uso del procedimiento restringido en contrato de obras y exigencia de solvencia.” (CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN).

Clasificación del informe: 7. Capacidad y solvencia de la empresa. 9. Clasificaciones de las empresas. 9.2. En los contratos de obras. 14. Procedimiento de adjudicación. 14.1. Procedimientos abierto y restringido.

ANTECEDENTES

La Confederación Nacional de la Construcción de dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“DON JUAN FRANCISCO LAZCANO ACEDO, en su condición de Presidente de CNC (Confederación Nacional de la Construcción), domiciliada en Madrid, calle Diego de León nº 50-2º, comparece como mejor proceda en Derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la cuestión que, más adelante se especifica por considerarla de interés general para el sector de la construcción de obras públicas,

SOLICITA DICTAMEN

de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las cuestiones que más adelante se especifican por considerarlas de interés general para el sector de la construcción de obras públicas:

CUESTIÓN SOMETIDA A CONSULTA:

ASUNTO: *Determinación de los requisitos para exigir, además de la clasificación, la acreditación de experiencia técnica con relación de obras ejecutadas de similares características en el procedimiento restringido.*

El artículo 138 del TRLCSP indica que



“1. ¿Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo.

2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido...”

La cuestión sometida a consulta tiene que ver con el incremento que se está produciendo de la utilización del procedimiento ordinario restringido en los contratos de obras, carentes de singularidad, en los que para acreditar la solvencia técnica además de exigir la clasificación en el grupo o subgrupo determinado que por la naturaleza de las obras le corresponda, se exige presentar una relación de obras ejecutadas “de características similares”.

En concreto se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato de obra con un valor superior a los umbrales de clasificación, acudiendo para ello a un procedimiento restringido en el que, además de la exigencia de la citada clasificación, el órgano de contratación exige también, como criterio de selección de licitadores, la acreditación de la disposición: de experiencia en la ejecución de obras similares a la que constituye el objeto del contrato.

Las cuestiones objeto de consulta son las siguientes:

1) ¿Se puede acudir a un procedimiento restringido (con la consiguiente limitación de concurrencia que ello supone) con carácter general, tal y como dispone el artículo 138 TRLCSP, sin que el procedimiento en cuestión tenga vinculación con o justificación por el objeto del contrato?

2) Y para el supuesto de que se pueda acudir a este procedimiento de adjudicación con carácter general en las mismas condiciones y por las mismas causas que en el supuesto de que se acudiera a un procedimiento abierto.

2.1.- ¿Se pueden exigir mayores requisitos de solvencia en aquellos casos en los que resulte preceptiva la exigencia de clasificación?

2.2 Y de ser esto posible y, en su caso, de poder exigir el órgano de contratación experiencia en la ejecución de “obras similares” a la que constituye el objeto del contrato además de la clasificación, ¿se podría aplicar a cualquier tipo de obra con independencia de su objeto, o deberíamos estar ante obras con determinada singularidad o complejidad?



2.3.- Y en este último caso; ¿Qué alcance o entidad debe tener esa singularidad o complejidad del objeto del contrato?

3) Por último, ¿es de aplicación en todo caso el artículo 36.1 del Reglamento en cuya virtud.

“La clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un contrato de obras será determinado con sujeción a las normas que siguen.

1. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.”?

A la vista de lo anteriormente expuesto, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Confederación Nacional de la Construcción se dirige a esta Junta Consultiva para plantear una consulta relativa a las licitaciones de contratos de obras en los que, además de la clasificación correspondiente para acceder al procedimiento de contratación, se exige también la acreditación de experiencia en realización de obras similares a la que se licita.

Partiendo de esta base, la Confederación Nacional de la Construcción pregunta, en primer lugar, si con carácter general se puede recurrir al procedimiento restringido sin que éste tenga vinculación con el objeto del contrato o justificación por razón del mismo.

En segundo lugar, en el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, pregunta si se pueden exigir requisitos adicionales de solvencia aún cuando sea preceptiva la clasificación y si esto se podría aplicar a cualquier tipo de obra o tendría que ser sólo a obras de determinada singularidad o complejidad. Y, adicionalmente, en el caso de que la respuesta a esta segunda pregunta también sea afirmativa, qué alcance o entidad debe tener esa singularidad o complejidad del objeto del contrato.

Finalmente, en tercer lugar, pregunta si es de aplicación en todo caso el artículo 36.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, en virtud del cual en los contratos de obras que no presenten singularidades únicamente se podrá exigir la clasificación correspondiente a su subgrupo.

2. Para responder a la primera pregunta, la posibilidad de utilizar libremente el procedimiento restringido tenemos que acudir necesariamente al derecho positivo y en particular, a la regulación de los procedimientos de adjudicación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El artículo 138.2, señala que:

“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo.”

Podemos extraer del contenido de este artículo que existen dos procedimientos considerados como ordinarios que podrán utilizarse libremente, que son el abierto y el restringido, y otros, como el procedimiento negociado o el diálogo competitivo, que están sujetos a determinadas condiciones.

No existe, por tanto, ninguna limitación a la elección del procedimiento restringido por parte de los órganos de contratación siempre y cuando se respeten las normas relativas a la forma de utilización del mismo, ya que el procedimiento abierto y el procedimiento restringido se utilizarán ordinariamente para la adjudicación de los contratos. No obstante, debemos recordar necesariamente el contenido del artículo 109.4 del mencionado TRLCSP conforme al cual:

“En el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.”

De esta forma, comprobamos que la elección del procedimiento es libre pero reglada, garantizando una justificación adecuada de la misma.

Por otro lado, en la medida en que el procedimiento restringido tiene carácter ordinario, no existe limitación a la libre competencia (a pesar de lo que señala el texto de la consulta), sino una selección previa entre los candidatos que en todo momento garantiza la competencia efectiva tal y como se recoge en el artículo 163.2 del TRLCSP cuando señala:

“El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco. Si así lo estima procedente, el órgano de contratación podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta. En cualquier caso, el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva.”

Éste criterio se encuentra avalado también por la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24/UE), cuyo artículo 65.2 señala en su segundo párrafo:

“En el procedimiento restringido, el número mínimo de candidatos será de cinco. En el procedimiento de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en la asociación para la innovación, el número mínimo de candidatos será de tres. En cualquier caso, el número de candidatos invitados deberá ser suficiente para garantizar una competencia real.”



En cuanto a la vinculación de la elección del procedimiento restringido con el objeto del contrato o la justificación de la misma en el propio objeto contractual, parece claro que el legislador no ha previsto dicha vinculación o justificación al establecerlo junto con el procedimiento abierto como de carácter ordinario.

3. La segunda pregunta que plantea la Confederación Nacional de la Construcción se basa en una contestación afirmativa a la primera pregunta. Una vez contestada ésta en sentido positivo (es decir, efectivamente se puede acudir a este procedimiento de adjudicación con carácter general en las mismas condiciones y por las mismas causas que en el supuesto de que se acudiera a un procedimiento abierto), se plantea la duda de si se pueden exigir mayores requisitos de solvencia en aquellos casos en los que resulte preceptiva la exigencia de clasificación.

Nuevamente recurrimos a la legislación en vigor para dar una respuesta a esta pregunta y, concretamente, el artículo 62, apartado primero, del TRLCSP señala al respecto:

“Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.”

El contenido de este artículo nos indica claramente que la clasificación, que puede sustituir a los requisitos de solvencia, cumple la función de acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

Como dice el tenor literal del precepto se trata de condiciones mínimas para participar pero no impide el uso de criterios adicionales de solvencia para invitar a participar. Más bien podemos entender que esos requisitos adicionales de solvencia son necesarios si tenemos en cuenta que el artículo 163 del TRLCSP, en el que se regulan los criterios para la selección de candidatos en el procedimiento restringido indica, en su apartado primero:

“Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 75 a 79, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.”

Este criterio se ve reforzado más aún si consideramos la forma en que aparece descrito el procedimiento restringido en el propio TRLCSP al indicar el artículo 162:

“En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.”

De estos dos preceptos podemos extraer las ideas principales que nos sirven para dar respuesta a la cuestión planteada. Así:

En el procedimiento restringido no podrá participar cualquier licitador con independencia de que ostente o no clasificación sino que se seleccionará a aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones.

Dicha selección se hará conforme a los criterios de solvencia contenidos en los artículos 75 a 79.



Los criterios tendrán naturaleza objetiva. En una fase del procedimiento de contratación en el que todavía no existen proposiciones no es posible delimitar criterios de valoración objetivos para seleccionar candidatos para que presenten proposiciones que no sean exclusivamente los de solvencia.

De esta forma, podemos responder a la segunda pregunta que sí es posible exigir requisitos adicionales de solvencia cuando sea preceptiva la exigencia de clasificación. Además, tiene una clara razón de ser que estos requisitos adicionales de solvencia se concreten en la experiencia en obras similares a las que constituye el objeto del contrato puesto que la finalidad del procedimiento restringido es reducir el número de licitadores a favor de aquellos que estén especialmente facultados para ejecutar el objeto del contrato.

Respecto a la pregunta de si es necesario que se trate de obras con determinada singularidad o complejidad o se puede aplicar a cualquier tipo de obra con independencia de su objeto, debemos volver de nuevo a la normativa aplicable en la que no se establece limitación alguna salvo el hecho de que han de ser requisitos de solvencia de los contemplados en los artículos 75 a 79.

Igualmente, no sólo es el vigente TRLCSP el que no requiere determinada singularidad o complejidad, sino que tampoco la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ni la vigente Directiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, contienen ningún tipo de exigencia en este sentido.

Precisamente por este motivo no resulta necesario dar respuesta a la pregunta sobre el alcance o entidad que debería tener esa singularidad o complejidad objeto del contrato. No es necesario que exista esa singularidad o complejidad a la que se refiere la segunda pregunta de la consulta.

Sí parece lógico, no obstante, que los requisitos adicionales de solvencia guarden relación con el objeto del contrato y sean proporcionales al mismo.

7. Finalmente, en tercer lugar, el consultante pregunta si es de aplicación en todo caso el artículo 36.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud del cual:

“La clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un contrato de obras será determinada con sujeción a las normas que siguen.

1. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.”

Resulta curiosa la forma de plantear la pregunta consultando si resulta “de aplicación en todo caso” el artículo. Debemos entender que un artículo resulta de aplicación cuando está en vigor y conforme a su contenido es aplicable al supuesto que se plantea. En este caso, el artículo 36.1 está en vigor puesto que no ha sido derogado por ninguna norma posterior que modifique su contenido, a pesar de las modificaciones sufridas por el RGLCAP como consecuencia del recientemente aprobado Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



En cuanto al contenido del mismo, éste se refiere a la exigencia de clasificación en los contratos de obras estableciendo una serie de normas al respecto. En concreto, en el caso de obras que no presenten singularidades diferentes a las normales y generales en su clase, siempre que su naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo, es decir, siempre que su objeto coincida con uno de los definidos en los distintos subgrupos, se exigirá únicamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.

Por lo tanto, podemos concluir que teniendo vigencia y refiriéndose su contenido a la exigencia de clasificación en los contratos de obras, este artículo resulta de aplicación a la cuestión planteada.

No obstante, debemos tener en cuenta que el contenido de este artículo se refiere a la exigencia de clasificación para un contrato de obras con carácter general y no a la tramitación de un procedimiento restringido con las particularidades que éste conlleva por contraposición a un procedimiento abierto. El sentido de este artículo es garantizar que al participar en una licitación de un contrato de obras, ostentar la clasificación va a ser garantía de cumplir con los requisitos de solvencia.

Distinto es el supuesto en que el órgano de contratación, de entre una pluralidad de licitadores, cuya solvencia queda acreditada con la correspondiente clasificación, se va a invitar a presentar proposiciones a aquellos que cumplan con unos requisitos adicionales de solvencia.

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

La utilización del procedimiento restringido es libre de acuerdo con el TRLCSP, que lo configura como procedimiento ordinario de contratación, sin necesidad de que exista una justificación o una vinculación con el objeto del contrato. No obstante, no debemos olvidar que el artículo 109.4 del TRLCSP obliga a justificar adecuadamente la elección del procedimiento y que tanto el TRLCSP como la Directiva 2014/24/UE garantizan la competencia en este tipo de procedimientos.

La exigencia de requisitos adicionales de solvencia en los supuestos en los que sea preceptiva la exigencia de clasificación es posible en un procedimiento restringido precisamente por la necesidad de seleccionar a los empresarios a los que se va a invitar a presentar proposiciones y, en cumplimiento de la ley, hacerlo conforme a los criterios de solvencia recogidos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

No existe previsión en la normativa que obligue a justificar una especial complejidad o singularidad de la obra para la que se exija experiencia específica en función del objeto del contrato ni tampoco el alcance de la misma.

En última instancia, el artículo 36.1 del RGCAP continúa plenamente en vigor y además su contenido es coincidente con el del artículo 79 bis del TRLCSP por lo que en las obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.



No obstante, en el seno de un procedimiento restringido la virtualidad del mismo quedará supeditada a la necesidad de que el órgano de contratación pueda seleccionar de entre una pluralidad de licitadores a aquellos que ostenten unos requisitos adicionales de solvencia.