

Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista.

I. ANTECEDENTES

La Confederación de Empresarios de la Construcción de Aragón ha trasladado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, mediante escrito de 26 de enero de 2011, una serie de quejas recibidas por las empresas asociadas, en relación con los pliegos elaborados para la contratación del sector público, en su ámbito competencial.

Por otra parte, en el análisis de las cuestiones en materia de contratación pública, que se someten a la consideración de esta Junta, se verifica que, pese a los casi cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), siguen siendo numerosas las dudas interpretativas que algunas de sus previsiones suscitan a los poderes adjudicadores.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, sus organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entidades Locales radicadas en su territorio. Entre sus funciones de índole consultiva incluye el artículo 3.4 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, la de «*adoptar, en el ámbito de sus competencias, criterios sobre la aplicación de las normas en materia de contratación*». Asimismo, conforme al artículo 4. b) del mencionado

Decreto le corresponde la función de *«velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia»*.

Por ello, en el ejercicio de estas funciones, al objeto de eliminar prácticas que no tienen adecuado encaje en la normativa aplicable a los contratos públicos y de aclarar dudas interpretativas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su sesión de 6 de abril de 2011, acuerda la adopción de la presente:

II. RECOMENDACIÓN

Primera.- Adecuada calificación de los contratos por los poderes adjudicadores.

La LCSP delimita su ámbito de aplicación de una manera compleja, aunando el elemento objetivo (el objeto de la prestación) y el subjetivo (naturaleza jurídica de quien contrata). Pero además, introduce un tercer elemento que es el de la contratación armonizada. Este complejo esquema supone que todavía hoy, se detectan supuestos de incorrecta calificación de los contratos celebrados por los diferentes sujetos que integran el denominado “sector público”, bien en la tipificación objetiva de la modalidad contractual (artículo 5 LCSP) bien en la tipificación derivada del distinto régimen jurídico aplicable en función de la naturaleza del ente contratante, que hace que sean administrativos o privados (artículos 18 a 20 LCSP), o bien en función del importe del contrato (ex artículo 76 LCSP), a los efectos de determinar si se trata o no de un contrato armonizado.

Esta Junta quiere recordar que una de las grandes novedades introducidas por la LCSP, es la clasificación de los contratos del sector público en privados o administrativos en función del sujeto contratante y no de la modalidad contractual, que era la regla de la anterior legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Así, y conforme dispone el artículo 18 LCSP, son

contratos administrativos los contratos (cualquiera que sea su objeto, salvo unas determinadas excepciones) celebrados por las Administraciones Públicas, en el concepto que de las mismas se establece a los efectos de esta Ley en su artículo 3.2; mientras que los mismos contratos celebrados por cualesquiera otros integrantes del sector público, no Administración pública, serán contratos privados. Respecto del análisis del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, nos remitimos a la Circular de esta Junta 1/2008, de 22 de septiembre. De conformidad con esta delimitación los poderes adjudicadores no Administración pública -y entre ellos están las entidades de derecho público- con independencia del objeto del contrato (es decir, aunque sea una obra pública), solo pueden celebrar contratos privados. Las consecuencias de una y otra calificación son diferentes en cuanto al régimen jurídico a aplicar, en fase de adjudicación, pero sobre todo en la de ejecución, y por ello, es necesario un especial cuidado en su calificación, para evitar confusión a los licitadores en cuanto al régimen aplicable.

En cuanto a la tipificación de la modalidad contractual, con independencia en este caso de la naturaleza jurídica privada o administrativa de los contratos, también la LCSP introdujo importantes cambios respecto de la regulación anterior: se eliminó la categoría del contrato de consultoría y asistencia y se creó el novedoso contrato de colaboración público privada; y aunque se mantienen las restantes modalidades de los contratos calificados tradicionalmente como típicos, (obras, concesión de obra pública, suministros, servicios y gestión de servicios públicos), muchas de ellas delimitan de manera diferente y novedosa sus elementos. Estos cambios, sin embargo, no han sido tratados con la misma diligencia por todos los órganos de contratación, detectando en la práctica todavía hoy, calificaciones erróneas de los contratos atendiendo al objeto de la prestación.

Entre los supuestos más evidentes de incorrecta calificación, se pueden citar la todavía persistencia de contratos a los que se califica como de consultoría y asistencia, o concesiones de obra pública, que incluyen sólo la explotación de la obra pública sin comprender la realización de ésta, posibilidad que ya no es

posible desde la entrada en vigor de la LCSP, que altera el concepto de este contrato.

Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, *«es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro»*. En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a *«servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración»*. Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. Así lo ha indicado el TSJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser), en la que se define en el ámbito de las Directivas 2004/18 y 2004/17, el concepto y diferencias del contrato de servicios y de concesión de servicios, afirmando que: *“ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios”*, doctrina que se confirma en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater Rettungsdienst), afirmando que *“si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los*

servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios”.

Este criterio ya ha sido asumido también por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Así, en su Informe 26/2009, de 10 de febrero de 2010, ha declarado que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica que nuestra Ley de Contratos del Sector Público denomina contrato de servicios, en tanto no hay riesgo de explotación. Igualmente, en su Informe 23/2010, de 23 de julio, afirmando –citando como fundamento el derecho comunitario- que:

«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma”».

Así, actualmente el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, abarca prestaciones que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios. Sin embargo, la LCSP reserva a

los contratos administrativos especiales una categoría absolutamente residual. Algunos ejemplos de contratos tradicionalmente administrativos especiales, son las prestaciones de servicios de cafeterías de los edificios de las Administraciones Públicas, o las máquinas expendedoras de bebida o comida; prestaciones que hoy claramente quedan incluidas en la amplia definición del contrato de servicios. En este sentido, y por tratar específicamente esta calificación de los contratos administrativos especiales, nos remitimos a lo ya expuesto por esta Junta en sus Informes 19/2008 y 25/2008.

A la vista de todo lo expuesto, los órganos de contratación deberán velar por la adecuada calificación de los contratos, ya que las consecuencias de una inadecuada calificación-tipificación contractual por su parte, no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

Segunda.- Fraccionamiento del objeto del contrato.

El artículo 9.3 de la Directiva 2004/18/CE dispone que, *«no podrá fraccionarse ningún proyecto de obra ni ningún proyecto de compra tendente a obtener una determinada cantidad de suministros y/o de servicios con vistas a sustraerlo a la aplicación de la presente Directiva»*.

El artículo 74 LCSP, al igual que la normativa precedente, prevé que *«no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto»*. Se incluye como novedad en el citado artículo que *«en estos casos, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarán en función del valor acumulado de todos ellos, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2»*.

Resulta en este punto muy interesante acudir a la interpretación que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha realizado sobre el contenido del artículo 74 LCSP, recogida -entre otros- en sus Informes 69/2008 y 57/2009.

Como especialidad, el apartado 11 de la Disposición Adicional 2ª LCSP, regula que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en los contratos de obras cuyo período de ejecución exceda al de un presupuesto anual, podrán redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que éstas sean susceptibles de utilización separada, en el sentido de uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas, y preceda autorización concedida por el Pleno de la Corporación, adoptada por mayoría absoluta legal de sus miembros, autorización que no podrá ser objeto de delegación (la imposibilidad de la delegación por parte del Pleno de sus acuerdos que requieren mayoría absoluta, viene ya contemplada de manera genérica para todos ellos en el artículo 22.4 de la LBRL). Se trata en ambos casos, de permitir una excepción a la regla general de la necesidad de que el proyecto de obras recoja el objeto completo del contrato (recogida en el artículo 105.1 LCSP), posibilitando la redacción de proyectos independientes de obras (los denominados desglosados), pero siempre que se den las dos circunstancias señaladas.

La jurisprudencia —por todas, STS 15 de febrero de 1984— acogió dicho criterio al entender consagrado «*el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda*» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto. De la doctrina y de la jurisprudencia, cabe concluir que son muchos y distintos los criterios utilizados para determinar si el fraccionamiento del objeto del contrato está justificado por exigirlo la naturaleza del objeto, o permitir una

utilización o aprovechamiento separado. Lo determinante es si la finalidad buscada, o el resultado, fue una reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Esta cuestión ya ha sido regulada por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón, cuyo artículo 3.5 indica que no podrá fraccionarse el objeto del contrato para disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. No obstante, previo acuerdo del órgano de contratación, podrán realizarse independientemente cada una de las partes de un contrato, mediante su división en lotes, previa justificación en su documentación, siempre que aquellas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. En todo caso, las normas de publicidad y procedimentales que deban aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarán en función del valor acumulado del conjunto.

Tercera. - Excepcionalidad del procedimiento negociado.

El procedimiento negociado ya se conoce en nuestro ordenamiento jurídico, desde la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. Pero, tanto en aquella como en la vigente legislación, la utilización de este procedimiento se configuró como de carácter excepcional, frente al carácter ordinario de la utilización de los procedimientos abierto y restringido, para la adjudicación de los contratos (artículo 122 LCSP).

La Directiva 2004/18 (artículos 30 y 31) prevé este carácter excepcional, materializándolo en una serie de supuestos tasados en los que se entiende concurre esta excepcionalidad. Sin embargo, nuestra legislación incluye algunos (principalmente los amparados por razón de la cuantía) que no parecen responder a esas circunstancias excepcionales, introduciendo por lo tanto excepciones no justificadas a la regla general del carácter ordinario y preferente de los procedimientos abierto y restringido. El carácter contrario a

las Directivas de los supuestos de procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas, ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria, habiendo declarado que deberá ser objeto de una interpretación estricta, en especial la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España. Así se recuerda que estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Así, la STJUE de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, insistiendo en que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas.

Pese a la existencia de estos antecedentes, la LCSP no sólo ha mantenido los supuestos del procedimiento negociado por razón de la cuantía, sino que ha incrementado los umbrales cuantitativos por debajo de los cuales se puede utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de contratos, ampliando, o difuminando al menos, la regla general de la excepcionalidad en la utilización de este procedimiento.

Por ello, esta Junta quiere poner de manifiesto que el procedimiento negociado sin publicidad, en contratos de obras limitado a tres ofertas hasta una cuantía de 200.000 euros, es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración.

Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación

en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios generales que deben de inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP.

Otro de los supuestos que en demasiadas ocasiones ha amparado la utilización del procedimiento negociado en contratos de obras, es el previsto con carácter general como posible para todos los contratos en el apartado e) del artículo 154: *«Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96».*

Sin duda alguna este supuesto, como todos los demás del procedimiento negociado, debe ser interpretado restrictiva y subsidiariamente, en la medida en que permite la utilización de este procedimiento excepcional con merma de los principios de publicidad y libre concurrencia. En este sentido se pronunció el TSJUE en su Sentencia de 18 de marzo de 1992 (asunto C-24/1991, Comisión contra España), en la que consideró que existía incumplimiento por parte del Estado Español, por haber decidido una Universidad Pública adjudicar por contratación directa la obras de ampliación y reforma de una facultad, sin que concurriesen motivos de urgencia que no se pudieran atender suficientemente con la tramitación urgente del expediente.

La utilización del procedimiento negociado en este supuesto exige siempre acreditar en el expediente, la imposibilidad de dar suficiente respuesta a tal urgencia, a través de la tramitación urgente de un procedimiento ordinario, justificando la necesidad de utilizar el procedimiento negociado con carácter subsidiario.

Con el afán de insistir en este carácter excepcional y subsidiario del supuesto, y remarcar la necesidad de acreditar suficientemente la concurrencia de estas dos circunstancias acumulativas, existe en la LCSP, una previsión específica para la Administración local. Dispone el apartado 9 de la Disposición Adicional

2ª: «cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia a que se hacen referencia en el artículo 154 letra e), deberán incorporarse al expediente los correspondientes informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la entidad, y del Interventor, sobre justificación de la causa de urgencia apreciada».

En todo caso, aun cuando la Ley posibilite la utilización de este procedimiento el órgano de contratación debe motivar el porqué de su elección atendiendo, lógicamente, a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento -más complejo en tanto obliga a una negociación, y cuyo desarrollo debe incluirse en el expediente- tal y como exige el artículo 93.4 LCSP.

Cuarta.- Algunas cuestiones sobre la solvencia exigida por los poderes adjudicadores.

Conforme al artículo 51 LCSP, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, que deberán indicarse en el anuncio de licitación y especificarse en el pliego del contrato, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. En la determinación por los órganos de contratación de las condiciones concretas de solvencia, se aprecian en algunos casos por esta Junta Consultiva prácticas no adecuadas a las previsiones legales.

Así, todavía son frecuentes los Pliegos en los que se indican los medios señalados para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica mediante el simple recurso de transcripción del contenido de los artículos 64 a 68 LCSP, o la remisión a éstos, pero sin precisar, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual y, en ocasiones, sin concretar la forma de acreditación. De este modo, se obliga a la Administración a la aceptación como solvente de cualquier contratista, por la simple presentación

de unos documentos (certificados bancarios, balances, relación de trabajos etc.) sin que pueda ejercer una función crítica sobre ellos.

Se insta en este punto a los órganos de contratación, que no solo seleccionen los medios de entre los señalados en los artículos 64 a 68 LCSP que mejor sirvan para acreditar las condiciones de solvencia de los licitadores en relación con el concreto contrato, pudiendo optar por uno, varios o todos de los que se especifican en dichos artículos, sino que necesariamente determinen en los pliegos y en el anuncio, las condiciones mínimas que deban alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.). Así, a modo de ejemplo, será adecuado establecer como medio de solvencia económica, el volumen global de negocio siempre que se señale un límite cuantitativo concreto y proporcionado con el objeto del contrato, y la forma en la que acreditarán los licitadores el cumplimiento del requisito exigido. De no hacerlo así, no pueden acordarse exclusiones en base a criterios no establecidos previamente, ya que supondría una quiebra al principio de concurrencia e igualdad de trato.

En relación con uno de los medios singulares previstos en la Ley para la acreditación de la solvencia, la clasificación, se hace preciso recordar que los órganos de contratación, no pueden exigir clasificación en contratos de obras y servicios de cuantía inferior a la señalada por la ley, porque *«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 mas grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que adolecen de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho»* (Informe 23/96, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Tampoco es posible exigir una clasificación superior —o desproporcionada, STSJ Cataluña de 3 de mayo de 2001 y STS de 21 de mayo de 2001— a la

señalada por la ley. La Administración, al aprobar los proyectos de obras, debe fijar los grupos, subgrupos y categorías en que deben estar clasificados los contratistas que en su día opten a la adjudicación del contrato.

Por otro lado, en contratos de servicios, con posibilidad de prórroga, ésta no deberá computarse a efectos de exigir clasificación, dado que deberá tomarse como referencia para tal exigencia el presupuesto de licitación (IVA excluido) y no el valor estimado del contrato.

El artículo 36 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) establece, en primer lugar, que en aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con alguno 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. En segundo lugar, el artículo 36 RGLCAP, establece que en aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo, y presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obras correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes:

- a) El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.
- b) El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente, deberá ser superior al 20% del precio total de contrato, salvo casos excepcionales.

De acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, no es posible interpretar que el precepto reglamentario se refiere a que se prohíbe la clasificación en más de cuatro subgrupos por grupo, —SSTSJ Cataluña de 14 de mayo de 2001 y 9 de diciembre de 2000, STSJ Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2000— pues el claro tenor literal de la norma, no hace distinción

alguna respecto del grupo general al que pertenecen los subgrupos. No es posible, tampoco, justificar la concurrencia de circunstancias excepcionales ex post, cuando se denuncia el vicio o irregularidad, sino que deben constar en el expediente administrativo, con carácter previo a la tramitación del procedimiento de licitación —STSJ Castilla y León de 14 de enero de 2003, STSJ Cataluña 20 de noviembre de 2002, STSJ Castilla-La Mancha 7 de enero de 2004—. El carácter excepcional de la obra, viene marcado exclusivamente por la obra en sí y no por circunstancias ajenas a la misma.

Siguiendo con la clasificación, resulta además oportuno señalar, que el criterio de la anualidad media contenido en el apartado 6 del artículo 36 RGLCAP para determinar la clasificación a exigir en un contrato de obras -al que remite el artículo 46 RGLCAP para los contratos de servicios- cuando solo se exige un grupo o subgrupo, debe entenderse en la actualidad superado por la regulación legal, para los contratos de duración igual o inferior a un año.

En este sentido, el artículo 56 LCSP, relativo a los criterios aplicables y condiciones para la clasificación, señala en su párrafo segundo que: *«La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior»*. Se modifica así la previsión reglamentaria, que debe entenderse derogada, y debe actuarse del siguiente modo: la categoría del subgrupo de clasificación empresarial, se determinará cuando la duración del contrato sea igual o inferior a un año por referencia al valor íntegro del contrato, (o del precio parcial de la actividad en el conjunto del contrato, si hay varios subgrupos) y por referencia al valor medio anual del contrato cuando se trate de contratos de duración superior.

A estos efectos el término “valor íntegro del contrato”, debe entenderse en este contexto como presupuesto de licitación, (Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de la Administración del Estado) y el término “valor medio anual” debe entenderse, tal y como establece el artículo 36.6 RGLCAP, como

la cantidad obtenida dividiendo su precio total de licitación, por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante. Dado que las escalas que figuran en el Reglamento, a efectos de calcular la anualidad media en las categorías de obras y de servicios, desarrollan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que entenderlas con el Impuesto sobre el Valor Añadido incluido.

Por otra parte, la LCSP ha recogido por primera vez en su artículo 63.2, una posibilidad que en la práctica ya venía siendo admitida por las Administraciones Públicas: la de poder acreditar la solvencia para la celebración de un contrato, mediante la aportación del documento de clasificación, aunque la misma no sea exigible por la cuantía del contrato. Ya el Informe 4/1999, de 13 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, manifestó que *«en los contratos de obras y de servicios con las excepciones previstas (...) por ser los únicos contratos en los que se acuerdan clasificaciones por los órganos especializados, en los casos en que la clasificación no sea legalmente exigible por la cuantía del contrato, podrá aceptarse aquélla como medio de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, si se consideran acreditados con la clasificación los medios que el Pliego de cláusulas administrativas particulares haya establecido para acreditar la referida solvencia»*.

Para hacer efectiva esta facultad, los límites y condiciones que se señalaban en el mencionado Informe pueden entenderse totalmente vigentes:

- a) Los contratos a los que se puede aplicar son, exclusivamente, los de obras y los de servicios, con las excepciones señaladas en el artículo 54.1 LCSP.
- b) En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan el contrato, debe dejarse constancia de que el documento clasificatorio en vigor, aun cuando legalmente no resulte exigible su presentación, servirá de medio para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, es decir, el

Pliego debe indicar, además de los requisitos de solvencia acreditables por los medios de los artículos 64 a 68 LCSP, el grupo o subgrupo de clasificación que sería aplicable al contrato.

c) La clasificación indicada en los Pliegos estará referida, en razón al objeto del contrato, a un grupo y subgrupo o subgrupos y la categoría será siempre la mínima, aunque los licitadores, en su caso, puedan presentar una superior.

d) En ningún caso la clasificación será el único medio exigido para acreditar la solvencia, sino que resultará uno más junto a los que, de entre los establecidos por los artículos 64 a 68 LCSP, seleccione el órgano de contratación, (pudiendo el licitador optar por la presentación de los medios de solvencia o la clasificación adecuada).

e) La presentación del documento clasificatorio como medio de acreditación de la solvencia, no producirá discriminación respecto de los licitadores que acrediten aquella por otros medios de los previstos en el Pliego, y no podrá ser utilizada como criterio objetivo para la adjudicación.

Se insta así a los órganos de contratación a que, para hacer efectiva esta facultad, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que hayan de regir en contratos en los que no resulta exigible la clasificación por razón de la cuantía de los mismos, se indique, además de los requisitos de solvencia acreditables por los medios de los artículos 64 a 68 LCSP, el grupo, subgrupo y categoría (siempre la mínima) de clasificación que resultaría aplicable a ese contrato. Además, a las empresas que hagan uso de esta facultad no se les podrá exigir otros requisitos de solvencia, salvo que el órgano de contratación en aplicación del artículo 53 LCSP, solicite un compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales.

Por último, el artículo 52 LCSP, permite que para acreditar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas,

independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren que, para la ejecución del contrato, disponen efectivamente de esos medios. La posibilidad de esta opción, además de conforme con la Directiva 2004/18/CE, encuentra su apoyo directo en la doctrina del TSJUE (en su inicial sentencia de 2 de diciembre de 1999, confirmada por jurisprudencia posterior), como ya fue puesto de manifiesto por esta Junta Consultiva en nuestro Informe 29/2008, de 10 de diciembre.

Por su parte, el apartado b) del artículo 65 LCSP, establece como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica, una declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, de los que se disponga, estén o no integradas en la empresa. Aun cuando el apartado f) del mismo artículo, —referido a la disposición de la maquinaria, el material y el equipo técnico— no se refiere expresamente a que los mismos pueden no estar integrados en la empresa, esta posibilidad se desprende del artículo 52 LCSP mencionado.

Por consiguiente, en los supuestos en los que no sea exigible la clasificación, o no resultando exigible, el empresario haya optado por no aportarla como acreditación de su solvencia, —tal y como le permite el artículo 63.2 LCSP— es conveniente que en los pliegos, se recoja expresamente la previsión de que si los licitadores acuden a la posibilidad que les brinda el artículo 52 LCSP, deberán aportar justificación de la disponibilidad de los medios, aun cuando no estén integrados en la propia empresa, exigiéndoles demostrar que para la ejecución del contrato, dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad, mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso y que, en caso de resultar adjudicatario del contrato, el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia.

Asimismo, en estos supuestos debería recogerse específicamente en el contrato dicha circunstancia, adjuntando los compromisos debidamente formalizados, con el fin de evitar que el incumplimiento del compromiso desvirtue el proceso de licitación y la decisión de adjudicación.

Quinta. – Criterios de adjudicación. Mejoras. Motivación. Contenido del sobre referente a criterios objeto de juicio de valor.

El tema de los criterios de adjudicación y su valoración, ha sido uno de los más analizados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Y es que el tratamiento y la determinación de los criterios de adjudicación, constituye uno de los instrumentos de mayor operatividad para garantizar en la contratación pública las debidas garantías de objetividad y libre concurrencia.

Cuando se habla de criterios objetivos, se entiende que nos referimos a los criterios de adjudicación de los contratos, que se califican como tal, por ser el requisito básico para su elección la relación estricta con el objeto del contrato. Así ha sido tradicionalmente en la legislación contractual, y así lo dispone igualmente el actual artículo 134.1 LCSP, según el cual: *«para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, (...)»*.

La enumeración que contiene este artículo es meramente enunciativa y no exhaustiva, por lo tanto, admitiendo otros criterios siempre que cumplan con la citada estricta relación con el objeto del contrato, es decir, que aporten un valor a la prestación que se pretende contratar. Esta necesaria vinculación con el objeto del contrato, ya ha sido puesta de manifiesto por esta Junta en diversos informes en que se ha analizado la legitimidad de determinados criterios, así como la importancia de la motivación de los mismos (a tal efecto, véanse los Informes 2/2009, 16/2010, y mas recientemente el 1/2011).

En esta relación con el objeto de la prestación, se ha fundado la jurisprudencia comunitaria para rechazar reiteradamente la inclusión de determinados criterios de adjudicación, como por ejemplo la experiencia de las empresas, por entender que ello no puede ser un criterio de valoración de la oferta, sino un elemento de solvencia que ya se ha exigido en otra fase diferente. Es decir, la

solvencia mide la aptitud de las empresas, los criterios de adjudicación deben de medir las características de la oferta.

Uno de los criterios de adjudicación, que se pueden poner como ejemplo de la importancia que para que pueda ser valorado debe tener su vinculación estricta con el objeto del contrato, son las mejoras. Las mismas se valoran en muchas ocasiones de manera arbitraria, sin que su aportación represente ninguna mayor ventaja al objeto del contrato, como por ejemplo la reducción de plazo para la realización de una obra, en la que no concurre una especial urgencia. Para evitar tal situación, la jurisprudencia y la doctrina, han señalado reiteradamente que la valoración de las mismas deberá estar expresamente prevista en los pliegos, y delimitadas las que en su caso se podrán valorar. Ello tiene una especial repercusión en los contratos de obras, —que hay que recordar que se refieren a la ejecución de un proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato— y por lo tanto no pueden valorarse ofertas de mayor volumen de obras, que den lugar a ejecución de obras distintas a las precisadas en el proyecto aprobado. En este sentido se ha pronunciado ya esta Junta en el Informe 1/2011. Resulta igualmente relevante, para la delimitación de los requisitos necesarios para que las mejoras puedan ser valoradas como criterios de adjudicación el Informe 59/09, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Pero además de este primer requisito básico de objetividad de los criterios de adjudicación, la actual LCSP ha otorgado, como novedad, un carácter prioritario —a continuación veremos cómo— a aquellos criterios que pueden ser valorados mediante fórmulas matemáticas, de aplicación automática por entender que son los que mejor garantizan la necesaria transparencia e igualdad de concurrencia en la contratación. Así, de conformidad con el artículo 134.2, *«En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos»*.

La fórmula que utiliza la ley para que los órganos de contratación prioricen la elección de este tipo de criterios de adjudicación, es la previsión de la necesaria constitución de un comité de expertos, (órgano independiente y separado de la mesa de contratación) que garantice la objetividad, en los supuestos en que a los criterios evaluables de forma automática, se atribuya una ponderación inferior a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

La LCSP, no se limita a enunciar como principio la analizada preponderancia que atribuye a los criterios de adjudicación que sean susceptibles de una valoración objetiva, frente a los que exijan un juicio de valor; sino que en la regulación del procedimiento de valoración de las ofertas, establece un orden determinado de valoración de unos y otros criterios, exigiendo la previa valoración de los dependientes de un juicio de valor, para así garantizar la mayor objetividad en el ejercicio de tal valoración (artículo 134.2 LCSP). Pero además, conforme al artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP: *«la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de ésta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos»*.

Sin embargo, las bondades pretendidas con este nuevo sistema de separar la valoración de criterios subjetivos de los objetivos, exigiendo la previa valoración de los primeros, antes incluso del propio conocimiento de la oferta económica y los demás criterios sujetos a evaluación posterior, han hecho aparecer en la actuación concreta problemas prácticos para los licitadores en la presentación de ofertas, y para los gestores de contratos públicos, en la definición y separación de los dos tipos de criterios.

Y ello, porque no siempre es evidente, ni sencilla, la separación absoluta de algunas cuestiones técnicas, de su correspondiente traslado a la oferta económica. A título de ejemplo, la memoria de un plan de trabajo concreto de la oferta, sin duda alguna puede inducir a conocer el alcance de la oferta económica, por cuanto las diferentes unidades o actuaciones tienen un coste, y no es lo mismo ofertar unas que otras. La superación de estas disfuncionalidades, exige un exquisito rigor en la configuración de los criterios subjetivos, por cuanto la exigencia de esa independencia, puede llevar al licitador a no poder cumplir con toda la diligencia o detalle que podría, el cumplimiento de los requisitos solicitados.

La importancia de esta labor de delimitación, adecuada de los criterios sujetos a evaluación previa es máxima, si tenemos en cuenta que en los pliegos, en aras de cumplir estrictamente el procedimiento establecido legal y reglamentariamente, prevén como causa de exclusión la incorporación en el sobre nº dos, (criterios sujetos a evaluación previa) de datos propios del sobre nº tres (criterios sujetos a evaluación posterior).

Sexta .- Gastos imputables a los contratistas.

El artículo 105 LCSP dispone que la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. Los proyectos técnicos, de obras o servicios, corresponde, en consecuencia, elaborarlos a la propia Administración titular del servicio al que se pretende adscribir la obra o instalación, bien directamente bien a través de la licitación de un contrato de servicios. No es posible, pues, la imputación al contratista de los costes de elaboración de proyectos, como bien recuerda el Informe 56/2004, de 12 de noviembre de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre *«Inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cláusulas que establecen la obligación del contratista de abonar a su cargo los importes del visado del proyecto por los colegios profesionales, los honorarios de dirección de obras y de coordinación de seguridad y salud»*.

En igual sentido, aun con las diferencias en cuanto a su fundamentación que se señalan en el precitado informe, no es posible la imputación al contratista de los honorarios de dirección de la obra, —cuestión distinta es el régimen de tasas que por este concepto puedan tener establecidos las distintas Administraciones Públicas del territorio de Aragón— como igualmente recuerda el Informe 56/2004 mencionado y, anteriormente, los Informes 26/1999, 51/1999 y 1/2003.

Tampoco es posible imputar al contratista, los gastos de elaboración de los estudios de seguridad y salud, pues el artículo 107 LCSP incluye, en el contenido de los proyectos técnicos, el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras (en la actualidad Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que contiene la transposición al Derecho Español de la Directiva 92/57/CEE de 24 de Junio que establece las disposiciones mínimas de Seguridad y de Salud, que deben aplicarse a las obras de construcción temporales o móviles, a excepción de las industrias extractoras a cielo abierto o subterráneas o por sondeos, que se regularán por su normativa específica). De manera que los gastos de honorarios del coordinador del estudio, tiene que asumirlos la Administración, bien si elabora el proyecto a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de servicios, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra.

Además, este Real Decreto 1627/1997, dispone en su artículo 5 que el estudio de seguridad y salud, debe contener el presupuesto que cuantifique el conjunto de gastos previstos para la aplicación y ejecución del citado estudio. Dicho estudio debe formar parte del proyecto de ejecución de obra o, en su caso, del proyecto de obra, ser coherente con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra.

El presupuesto para la aplicación y ejecución del estudio de seguridad y salud, debe cuantificar el conjunto de gastos previstos, tanto por lo que se refiere a la suma total, como a la valoración unitaria de elementos, con referencia al cuadro de precios sobre el que se calcula. Sólo pueden figurar partidas alzadas en los casos de elementos u operaciones de difícil previsión.

Las mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto del estudio de seguridad y salud, pueden ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas por el contratista, en el plan de seguridad y salud a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto, previa justificación técnica debidamente motivada, siempre que ello no suponga disminución del importe total, ni de los niveles de protección contenidos en el estudio. A estos efectos, el presupuesto del estudio de seguridad y salud, deberá ir incorporado al presupuesto general de la obra como un capítulo más del mismo.

Por último, de acuerdo con las previsiones del artículo 131 RGLCAP, en el contrato administrativo de obras el presupuesto de licitación, se calcula incrementando el presupuesto de ejecución material (que se define como el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra, por su precio unitario y de las partidas alzadas) con el concepto de gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

Estos gastos generales, se fijan en un porcentaje que puede oscilar entre el 13 y el 17% y que establece de forma general cada entidad contratante. Los gastos generales de la empresa, se reconocen como un coste complementario de la obra que tiene que soportar la empresa contratista: costos financieros, cargas fiscales, con exclusión del IVA, tasas legalmente establecidas de la Administración, que incidan sobre el coste de las obras y otros derivados de las obligaciones del contrato. Además de los gastos generales de la empresa, se añade un 6% sobre el presupuesto de ejecución material en concepto de beneficio industrial del contratista. El presupuesto base de licitación, será el resultado de la suma del presupuesto de ejecución material, más los gastos

generales de estructura y el beneficio industrial, y más el IVA aplicado sobre la suma de los conceptos anteriores.

La regulación del artículo 131 del RGLCAP coincide con la que contenía el artículo 68 del derogado Reglamento de contratación del Estado de 1975. Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, (hoy vigente, dado que no se incluye en la disposición derogatoria única LCSP) establece en la cláusula 13 que el contratista estará obligado a satisfacer las tasas por prestación de los trabajos facultativos de replanteo, dirección, inspección y liquidación de las obras y cualesquiera otros que resulten de aplicación según las disposiciones vigentes, en la forma y cuantía que estas señalen.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido unánime al considerar que el pago de la licencia municipal de obras y del ICIO, corre a cargo del contratista, en el contrato administrativo de obras. La jurisprudencia viene a entender que, si un pliego de cláusulas administrativas que regula una licitación pública de un contrato administrativo de obras, realiza una remisión genérica, como régimen jurídico del contrato, al RGLCAP, es suficiente para entender que el contratista está obligado al pago del importe de la tasa municipal para la solicitud de la licencia de obras y del ICIO. El contratista, en cumplimiento del contrato administrativo que ha formalizado, y de acuerdo con una previsión concreta de los pliegos de cláusulas administrativas o genérica, mediante una remisión al RGLCAP, como norma reguladora de los contratos administrativos, tiene que soportar el pago de la tasa derivada de la solicitud de licencia de obras y, en correspondencia, del ICIO; puesto que en el contrato administrativo de obras, todas las Administraciones públicas (dado que el artículo 131 del RGLCAP tiene carácter básico, según su disposición final primera), fijan un presupuesto de licitación de las obras que ya prevé cubrir los gastos generales que la empresa contratista tiene que soportar en relación con el contrato que se adjudicará. Uno de estos gastos que se mencionan, es justamente «*las tasas de la Administración legalmente establecidas*».

En este sentido, podemos mencionar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: de 10 de mayo y 10 de diciembre de 1985; de 28 de octubre de 1987, de 31 de mayo de 1994, de 2 de febrero de 1998. También la Audiencia Nacional en Sentencia de 24 de enero de 2000.

Parece, no obstante, muy conveniente que los pliegos de cláusulas establezcan concretamente esta obligación, cuantificándola, para un conocimiento seguro por parte de las empresas licitadoras de los costes que tendrá que soportar si resultan adjudicatarias del contrato.

Por todo lo expuesto esta Junta emite esta **Recomendación** con el objetivo de informar a los distintos poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, sometidos al ámbito subjetivo de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, acerca de correctas prácticas en la tramitación de los contratos públicos.

Recomendación 1/2011, adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su sesión del día 6 de abril de 2011.