

Informe 2/2015, de 25 de xuño de 2015, sobre clasificación de UTE de empresas en contratos de servizos

ANTECEDENTES

Polo Concello de A Guarda dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

ANTECEDENTES DE FEITO:

O Concello da Guarda está inmerso en pleno procedemento de contratación do servizo de mantemento e conservación de xardíns e zonas verdes do Concello da Guarda coas seguintes características:

PREZO DO CONTRATO: 126.400 EUROS (IVE Excluído)
DURACIÓN: 2 ANOS
POSIBILIDADE DE PRORROGA: 2 ANOS MAIS
VALOR ESTIMADO DO CONTRATO: 252.800 EUROS (IVE Excluído)

O prego de cláusulas administrativas particulares esixía a clasificación: Grupo O, subgrupo 6, categoría A.

O día 7 de abril de 2015 reuniuse a Mesa de Contratación para a cualificación da documentación xeral que teñen que presentar os contratistas entre a que debe constar a acreditación do cumprimento da clasificación. Unha das tres empresas presentadas **non cumpre con este requisito pero presenta compromiso de formar unha UTE con outra empresa que sí ten dita clasificación** (a participación en dita UTE sería: empresa sen clasificación 99% e empresa con clasificación 1%). Chegados a este punto, á Mesa plantéxanselle as seguintes dúbidas:

1.- *É necesario que as dúas empresas que conforman a UTE cumpran o requisito da clasificación? Ou é abondo con que unha delas o cumpra?*

- *Segundo o artigo 67.5 do TRLCSP semella que si é necesario que ambas empresas teñan a clasificación requirida pero quedan dúbidas.*

2.- *O prego de cláusulas administrativas esixía a clasificación do contratista atendendo a que o valor estimado do contrato supera os 200.000 euros; sen embargo o artigo 67.1 do TRLSCP parece indicar que dita cantidade debe considerarse tendo en conta a duración do contrato (é dicir, o valor estimado do contrato é de 252.800 euros, pero como a duración do mesmo será de 4 anos o valor medio anual é inferior a 200.000 euros), e polo tanto non sería esixible a clasificación. ¿Cal é a interpretación deste artigo?.*

3.- *No caso de que, segundo a Lei, non fora esixible a clasificación pero o prego de cláusulas administrativas a establecerá como tal, ¿poderían participar no procedemento empresas que non tiveran dita clasificación?*

4.- *Neste caso excepcional, tendo en conta que a empresa que non ten clasificación é un Centro Especial de Emprego (San Xerome Emiliani, S.L.) ¿tería cabida a exención da clasificación recollida no artigo 66.2 do TRLCSP?*

Acompáñase ao escrito os pregos de cláusulas administrativas particulares.



CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestión que, en materia de contratación administrativa, sometan as súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- Cabe sinalar en primeiro lugar que non lle corresponde informar a este órgano consultivo expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados interpoñan. Non obstante, o tema abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas que a miúdo suscita.

3.- Esixe a normativa actual que, como regra xeral, o requisito de solvencia sexa substituído polo da clasificación nos contratos de obras cuxo valor estimado iguale ou supere os 500.000 euros, e nos de servizos de valor considerado igual ou superior aos 200.000 euros. Neste último caso, e tras a modificación introducida no artigo 65 do TRLCSP pola Lei 25/2013, do 27 de decembro, de Impulso da Factura Electrónica e creación do rexistro contable de facturas no Sector Público, prevese a eliminación da esixencia de clasificación neste tipo de contratos tras un futuro desenvolvemento regulamentario da Lei.

Efectivamente, a nova redacción do artigo 65.1.b), establece a non esixencia de clasificación nos contratos de servizos: "*Para os contratos de servizos non será esixible a clasificación do empresario.*"

Agora ben, a redacción do parágrafo primeiro da disposición transitoria cuarta, indica que actualmente tal mandato non se encontra vixente:

"O apartado 1 do artigo 65, en canto delimita o ámbito de aplicación e de esixibilidade da clasificación previa, entrará en vigor conforme ao que se estableza nas normas regulamentarias de desenvolvemento desta Lei polas que se definan os grupos, subgrupos e categorías en que se clasificarán os contratos de obras e os contratos de servizos, continuando vixente, ata entón, o parágrafo primeiro do apartado 1 do artigo 25 do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas."

Segundo criterio da Avogacía Xeral do Estado na súa circular 1/2014, na actualidade, en tanto non se desenvolva regulamentariamente as normas que definan os subgrupos e grupos de clasificación, continúa sendo esixible clasificación nos contratos de servizos. Maníéstase a Avogacía en relación a este asunto nos seguintes termos:

"... a nova disposición adicional cuarta do TRLCSP, na redacción dada pola Lei 25/2013, establece as seguintes previsións:

- Mantén a vixencia transitoria do artigo 25.1, parágrafo primeiro, do TRLCAP, en tanto non se aprobe o desenvolvemento regulamentario de continua referencia. En consecuencia, a entrada en vigor do novo apartado 1 do artigo 65 do TRLCSP, na redacción dada pola Lei 25/2013 e nos aspectos relativos ao ámbito de aplicación e esixibilidade da clasificación, non se producirá ata a aprobación das normas regulamentarias que establezan os grupos, subgrupos e categorías nos contratos de obras e servizos, mantendo ata entón a súa vixencia o artigo 25.1, parágrafo primeiro, do TRLCAP.



- O último parágrafo da nova disposición transitoria cuarta do TRLCSP mantén a redacción dada pola Lei 14/2013, do 27 de setembro, indicando que resultan aplicables, sen necesidade de desenvolvemento regulamentario, os límites cuantitativos aos que se viña supeditando a esixencia de clasificación. En consecuencia, non é esixible a clasificación dos contratos de obras cuxo valor é estafado sexa inferior a 500.000 euros nin nos contratos de servizos cuxo valor estimado sexa inferior a 200.000 euros. (...)"

4.- Feita esta introdución xeral sobre a clasificación catro son as cuestións que se presentan na consulta:

- en primeiro lugar, sobre a necesidade de que as empresas que conforman unha UTE cumpran todas o requisito da clasificación,
- en segundo, sobre a posibilidade de que para determinar o importe a partir do que é esixible a clasificación aténdase ao valor medio anual do contrato;
- en terceiro lugar, se cando o prego de cláusulas administrativas requirise a clasificación cando non foxe esixible poderían participar empresas que non tiveran dita clasificación,
- e por último, se un Centro especial de emprego podería estar exento da clasificación recollida no art. 66.2 TRLCSP.

5.- Respecto á primeira cuestión debemos acudir ao texto do art. 67.5 do TRLCSP .Este artigo establece que *“aos efectos de valorar e apreciar a concorrencia do requisito de clasificación, respecto dos empresarios que concorran agrupados no caso do artigo 59 [referido á unións de empresarios] atenderase, na forma que regulamentariamente se determine, ás características acumuladas de cada un deles, expresadas nas súas respectivas clasificacións”, e especifica que “En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas as empresas teñan obtido previamente a clasificación como empresa de obras ou de servizos, en relación co contrato ao que opten, sen prexuízo do establecido para os empresarios non españois de Estados membros da Unión Europea no apartado 4 do art. 59”.*

Do contido deste artigo xa se entende de maneira clara que todas as empresas que conforman a UTE deberán ter, previamente, a clasificación como empresa de obras ou de servizos, dependendo do contrato ao que opten. Xa a Xunta Consultiva de contratación administrativa do Estado no seu Informe 26/2012, de 7 de maio de 2013, sinalaba *“... que debe considerarse requisito ineludible, para que unha agrupación de empresas sexa admitida a unha licitación na que se requira unha determinada clasificación en obras ou en servizos, o que todas as empresas que concorren na agrupación estean clasificadas como contratistas do Estado, sen que poida admitirse que unha das empresas agrupadas careza de tal clasificación. Todo ello sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea.”*

6.- Respecto da segunda cuestión, atopámonos na súa formulación unha incorrecta interpretación do art. 67.1 do TRLCSP. Versa sobre a posibilidade de que para determinar o importe a partir do que é esixible a clasificación se parta do valor medio anual do contrato.

Debe indicarse que este artigo fai referencia aos criterios aplicables e condicións para a clasificación, e sinala: *“A clasificación das empresas farase en función da súa solvencia, valorada conforme ao establecido nos artigos 75,76 e 78, e determinará os contratos a cuia adxudicación poidan concorrer u optar por razón do seu obxecto e da súa contía. A estes efectos, os contratos dividiranse en grupos xerais e subgrupos, pola súa peculiar natureza, e dentro destes por categorías, en función da súa contía. A expresión da contía se efectuará por referencia o valor íntegro do contrato, cando a duración deste sexa igual ou inferior a un ano, e por referencia ao valor medio anual do mesmo, cando se trate de contratos de duración superior.*

Esta referencia á contía é referida para o cálculo da categoría que se debe esixir a un contratista e non para fixar o importe a partir do cal é esixible a clasificación que ven establecido no art. 65.1 (valor estimado igual ou superior a 200.000 euros para

os contratos de servizos segundo a modificación operada polo art. 43 da Lei 14/2013, de 27 de setembro, de apoio aos emprendedores e a súa internacionalización).

Polo tanto, no caso que nos ocupa o valor estimado deste contrato, en referencia ao sinalado no art. 88 do TRLCSP, será o importe total do contrato (sen o IVE), isto é, 126.400 euros, mais as eventuais prórrogas ou modificacións, tendo en conta que neste caso hai unha posibilidade de prórroga por dous anos mais, o valor estimado será de 252.800 euros que ao superar o importe sinalado anteriormente obriga á Administración a esixir a clasificación.

7.- A terceira cuestión fai referencia a acreditación da solvencia mediante a clasificación en contratos nos que esta non é esixible.

Partamos dos artigos 62.1 [*"Para asinar contratos co sector público os empresarios deberán acreditar estar en posesión das condicións mínimas de solvencia económica e financeira e profesional ou técnica que se determine polo órgano de contratación. Este requisito será substituído polo da clasificación, cando esta sexa esixible conforme ao disposto nesta Lei."*] e 74.2 do TRLCSP [*"A Clasificación do empresario acreditará a súa solvencia para a celebración de contratos do mesmo tipo que aqueles para os que se teña obtido e para cuia celebración non se esixa estar en posesión da mesma."*]

Sobre a súa interpretación nos remitimos a un pronunciamento anterior deste órgano consultivo no Informe 2/2012, de 27 de marzo de 2012, sobre a validez da clasificación do contratista como forma de acreditar a solvencia en contratos de importe inferior ao requirido no artigo 65.1 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, do que reproducimos as conclusións:

- 1.- Esta Xunta Consultiva entende que o artigo 63.2 da LCSP [actual 74.2 TRLCSP] establece claramente que a clasificación é un medio cualificado de acreditación da solvencia económica, financeira, técnica ou profesional e que é substitutivo dos demais medios naqueles contratos para os que a clasificación non sexa un requisito obrigatorio sempre que sexan do mesmo tipo que aqueles para os que se obtivo a devandita clasificación.*
- 2.- Aínda cando non sexa esixible a súa presentación, é correcta e recomendable a práctica de que nos anuncios de licitación e nos pregos de cláusulas administrativas particulares que rexan a contratación se faga constar expresamente a clasificación que servirá de medio para acreditar a solvencia económica, financeira, técnica ou profesional do licitador que a posúa.*
- 3.- En todo caso terase en conta, para a súa determinación, o obxecto do contrato concretando a clasificación referida ao grupo e subgrupo/s que poden acreditar os licitadores.*
- 4.- A omisión deste dato nos pregos ou anuncios esixe á Mesa (ou órgano cualificador equivalente) a cualificar cada unha das clasificacións presentadas polos licitadores e a motivar posteriormente, de xeito inequívoco e expreso, as causas do seu rexeitamento cando a clasificación fose considerada insuficiente ou inadecuada.*

A consulta expón o tema á inversa: *"No caso de que, segundo a Lei, non fora esixible a clasificación pero o prego de cláusulas administrativas a establecerá como tal, ¿poderían participar no procedemento empresas que non tiveran dita clasificación?"*.

Sobre esta cuestión convén recordar o que sinala o art. 1 do TRLCSP que sinala como un dos fins da regulación da contratación do sector público o de garantir que se axuste ao principio de non discriminación e igualdade de trato dos candidatos. No mesmo sentido o sinala o artigo 139 que di: *"os órganos de contratación darán aos licitadores e candidatos un tratamento igualitario e non discriminatorio e axustarán a súa actuación ao principio de transparencia"*. Atendendo á vulneración do principio de igualdade de trato e non discriminación debemos afirmar que se no prego de cláusulas administrativas se requirise

a clasificación cando non foxe esixible contradiría a lexislación de contratos e sería causa de anulabilidade do prego e de todas as actuacións posteriores. Neste senso se pronuncia a Xunta Consultiva de contratación administrativa do Estado no seu Informe 23/96, de 5 de xuño do que deriva que tería que retrotraerse o expediente ata a aprobación do prego de cláusulas administrativas particulares e proceder a unha nova licitación.

6.- Por último, respecto de se a empresa que non ten a clasificación podería estar exento da clasificación por ser un Centro é un Centro especial de emprego, débese indicar que, efectivamente, a esixencia de clasificación pode excepcionalmente para determinados contratos, ou non esixirse a determinados participantes no procedemento de contratación (exencións), pero no artigo 66.2 TRLCSP estas medidas establécense de xeito excepcional (*"cando así sexa conveniente para os intereses públicos"*), nun procedemento que na Administración Xeral do Estado e os entes, organismos e entidades dela dependentes poderá ser autorizada polo Consello de Ministros, previo informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa e, no ámbito das Comunidades autónomas, polos órganos que estas designen como competentes. Respecto deste Centro especial de emprego non consta que o Consello de Ministros o eximise da clasificación e na Comunidade autónoma galega non se designou ningún órgano que autorizase esa exencións.

CONCLUSIÓN

1.- Esta Xunta consultiva de contratación administrativa entende que, agás que se trate de empresarios non españois de Estados membros da Unión Europea, para que unha unión temporal de empresas sexa admitida a unha licitación na que se requira unha determinada clasificación de servizos, todas as empresas que concorren na UTE deben estar clasificadas como contratistas de servizos en relación co contrato ao que opten.

2.- A referencia á cantidade que se sinala no art. 67.1 do TRLCSP é referida para o cálculo da categoría que se debe esixir a un contratista non para fixar o importe a partir do cal é esixible a clasificación.

3.- Se no prego de cláusulas administrativas se requirise a clasificación cando non foxe esixible contradiría a lexislación de contratos e sería causa de anulabilidade do prego e de todas as actuacións posteriores.

4.- A exención da clasificación só a pode dar, excepcionalmente, no ámbito da Administración Xeral do Estado, o Consello de Ministros, previo informe da Xunta consultiva de contratación administrativa do Estado e, no ámbito das Comunidades autónomas, polos órganos que estas designen como competentes.

Santiago de Compostela, a 25 de xuño de 2015