

## **INFORME 11/98, DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1998.**

### **POSIBILIDAD DE ACUDIR AL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN UN CONTRATO DE SERVICIOS EN QUE SE EXIGE CLASIFICACIÓN CUANDO NO HAY LICITADORES EN EL CONCURSO ABIERTO. EXENCIÓN DE CLASIFICACION.**

#### **ANTECEDENTES:**

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Trabajo y Formación, en escrito de fecha 30 de Julio de 1998, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB solicitando la emisión de informe sobre las cuestiones siguientes que se transcriben literalmente:

*"- ¿Es posible que una contratación de servicios por concurso abierto en la cual se exige la clasificación del contratista pueda ser adjudicada por procedimiento negociado, cuando no haya licitadores en el concurso abierto?"*

*- En caso afirmativo de la pregunta anterior, se puede excluir para la adjudicación del contrato por procedimiento negociado la clasificación del contratista."*

A la solicitud de la Secretaria General Técnica acompaña un informe jurídico suscrito por el Jefe de la Unidad Administrativa de Contratación de la Consejería de Trabajo y Formación en el que se llega a las siguientes consideraciones:

*"a) En el supuesto de una contratación de servicio por concurso, mediante procedimiento abierto en la cual se exige la clasificación del contratista que queda desierto, puede seguir el procedimiento negociado de conformidad con lo que dispone el artículo 210.1.a) siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.*

*b) Es necesaria la clasificación del contratistas en el procedimiento negociado, salvo que el órgano competente, esto es, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB autorice la contratación con personas no clasificadas de manera excepcional cuando sea conveniente para los intereses públicos, concepto jurídico indeterminado que ha de ser motivado".*

#### **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD:**

**1º)** La solicitud de informe la efectúa la Secretaria General Técnica de la Consejería de Trabajo y Formación, quien es órgano competente para ello a tenor del artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero de creación de la Junta

Consultiva, y el art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la misma.

2º) La solicitud viene acompañada del preceptivo informe a que se refiere el apartado 3 del art. 16 del citado Reglamento.

3º) Al no referirse la petición de informe a caso concreto alguno es suficiente la documentación aportada, cumpliéndose, pues, todos los requisitos previos de admisión.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

**PRIMERA.-** La primera cuestión planteada por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Trabajo y Formación es si puede adjudicarse por procedimiento negociado una contratación de servicios, en la que se exige clasificación del contratista, cuando no haya habido licitadores en un previo concurso abierto.

La respuesta ha de ser afirmativa, como así también lo hace el informe jurídico que acompaña a la solicitud, pero no por la razón que dicho informe alude sino por aplicación de lo prevenido en el artículo 211. a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que determina la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad cuando *"no se presenten proposiciones en respuesta a un procedimiento abierto o restringido"*.

En efecto, el precepto a tener en cuenta cuando no haya licitadores es el 211. a) y no el 210.1. a), que contempla un supuesto distinto como es cuando las proposiciones u ofertas en los procedimientos abiertos o restringidos *"sean irregulares o inaceptables"*, pero existen proposiciones. Además, los requisitos y consecuencias de ambos supuestos son distintos: Mientras en el caso del art. 210 (ofertas irregulares o inaceptables) se pueden modificar las condiciones originales del contrato siempre que no sean modificaciones sustanciales, en el del art. 211 (inexistencia de ofertas) no se pueden modificar las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en mas de un 10%. También se diferencian en la publicidad que se ha de hacer en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, cuando se trate de contratos que por su cuantía así se exija, en los casos del art. 210.1. a) (salvo la excepción en dicha norma contemplada: Incluir en el procedimiento negociado a todos los licitadores admitidos en el anterior procedimiento abierto o restringido), mientras que tratándose del supuesto del art. 211. a), cualquiera que sea la cuantía, no es preceptiva la publicidad Europea, limitándose a la remisión de un informe a la Comisión de la Comunidad Europea cuando se modifique el precio (en menos del 10%).

**SEGUNDA.-** Admitida la posibilidad de acudir al procedimiento negociado se plantea la exclusión de clasificación del contratista.

El informe jurídico acompañado a la solicitud llegó a la conclusión de que la clasificación del contratista también es necesaria en el procedimiento negociado subsiguiente al declarado desierto, salvo que se autorice por el órgano competente, esto es, "la Junta Consultiva", la contratación con personas no clasificadas de manera excepcional cuando sea conveniente para los intereses públicos.

Hasta el 31 de Diciembre de 1997 era incuestionable el planteamiento jurídico expuesto, dado que el artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige el requisito de la clasificación con el carácter de "indispensable", con independencia del procedimiento que se utilice, permitiéndose excepcionalmente la contratación con personas no clasificadas, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, en el apartado 3 de éste artículo 25, aunque el órgano competente para autorizar la excepción no es la Junta Consultiva, como erróneamente se afirma en el informe de la UAC, sino que la Junta se limita a emitir un previo informe, siendo el órgano competente, en el ámbito de la Administración de la CAIB, el Consejo de Gobierno, habiéndolo dicho así esta Junta Consultiva, en su informe 6/98, de 3 de Julio.

Ahora bien, a partir del 1 de Enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que, en su art. 77. Tres, adiciona un nuevo apartado, el nº 5, al artículo 25 de la LCAP, se suscitan dudas a la hora de dar una respuesta concreta al supuesto planteado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Trabajo y Formación.

En efecto, el tenor literal del nuevo párrafo añadido al art. 25 de la LCAP dice:

*"5. Cuando, tramitado el procedimiento de adjudicación de un contrato de los que se refiere al apartado 1 de este artículo no haya concurrido ninguna empresa clasificada, el órgano de contratación podrá excluir el requisito de clasificación previa en el siguiente procedimiento que para la adjudicación del mismo contrato se convoque con precisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, los medios para acreditar las empresas la solvencia económica, financiera y técnica, de entre los especificados en los artículos 16 y 17 ó 19 de esta Ley".*

De lo que cabe deducir que, en principio, el procedimiento que para la adjudicación de un contrato se convoque después de haberse declarado desierto un procedimiento anterior por no haber concurrido ninguna empresa clasificada, podrá excluir el requisito de la clasificación. Pero esta norma, ubicada en el Libro I de la LCAP con el carácter de general para todos los contratos, entra en contradicción con las contenidas en el Libro II, de los contratos en particular, concretamente con los artículos 141. a), para el contrato de obras; el 183. a) para

el contrato de suministro; y el 211. a), para los servicios, al disponer, todos ellos, que para poder utilizar el procedimiento negociado después de un procedimiento abierto o restringido en el que no haya habido proposiciones, es necesario "*que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100...*"

Y la exclusión del requisito de clasificación es una modificación de las condiciones originales del contrato.

Por tanto, circunscribiéndonos al supuesto planteado, entendemos que no sería de aplicación el nuevo apartado 5 del art. 25 de la LCAP en el caso de acudir a un procedimiento negociado por falta de licitadores en un previo concurso abierto para un contrato de servicios, toda vez que la exclusión del requisito de clasificación implica una modificación de las condiciones del contrato prohibida por el art. 211. a), quedando únicamente abierta la posibilidad de exención del requisito de clasificación por la vía del apartado 3 del art. 25, por ser conveniente para los intereses públicos.

Pero nada impediría la posibilidad de excluir el requisito de la clasificación, y por consiguiente, la plena aplicación del apartado 5 del art. 25, si el nuevo procedimiento de adjudicación que se convoque no sea precisamente el negociado sin publicidad. Esto es, podría convocarse un nuevo concurso sin el requisito de la clasificación siempre que se cumplan las precisiones impuestas en el propio apartado 5 del art. 25, de indicación en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, de los medios para acreditar las empresas la solvencia económica, financiera y técnica.

### **CONCLUSIÓN:**

**1º)** Cuando en un contrato de servicios no haya habido licitadores en un concurso, puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 por 100.

**2º)** La clasificación del contratista en el procedimiento negociado seguido después de un concurso sin licitadores sigue siendo un requisito exigible que sólo puede excluirse excepcionalmente cuando así sea conveniente para los intereses públicos, siendo el órgano competente, en el ámbito de la Administración de la CAIB, el Consejo de Gobierno, previo informe de la Junta Consultiva.