



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 2 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de junio de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de la nulidad de la adjudicación del contrato de servicio «configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 182/2019 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa de Los Llanos de Aridane, es la propuesta de resolución del procedimiento de la nulidad de la adjudicación del contrato de servicio «Configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

También es de aplicación el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

3. No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP.

4. En la tramitación del procedimiento se ha dado audiencia a todos los interesados. No se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a emitir un Dictamen de fondo.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son:

- Mediante el Decreto 3150/2018 de la Alcaldía se aprobó, tras la tramitación oportuna, el expediente de contratación administrativa consistente en la «Configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», mediante procedimiento abierto simplificado convocando su licitación.

- Mediante el Decreto 4521/2018 de la Alcaldía se adjudicó, tras la tramitación oportuna, el contrato de servicios consistente en la «Configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», a la empresa (...), por un precio de 27.800 euros, y con el resto de características de su oferta.

- Mediante Resolución de la Alcaldía n.º 2019000401 se acordó iniciar expediente administrativo en orden a iniciar la nulidad del procedimiento de contratación que nos ocupa, puesto que la exigencia indebida de la clasificación, pudo limitar injustificadamente la libertad de acceso a las licitaciones de otros potenciales licitadores que rehusaron a formular sus ofertas por no poseer la clasificación requerida, como así lo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en su Resolución 37/2013 de 23 de enero de 2013.

- Dado el preceptivo trámite de audiencia al contratista, este alega que el contenido de la Cláusula novena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no constituye impedimento a la presentación de ofertas ni limita el acceso a los licitadores interesados, ya que conforme al art. 77.1.b) de la LCSP, que la misma cláusula menciona, se solucionan todas las cuestiones que pudieran plantearse en

cuanto a la acreditación de la solvencia. Es de este modo como (...) decidió que era oportuno presentar su oferta, independientemente de que la empresa no posea la clasificación, ya que sí poseía los requisitos de solvencia tanto económica o financiera como técnica y profesional legalmente establecidos para poder licitar en el articulado al que se remite el propio pliego.

Por otro lado, considera que en la notificación de inicio del expediente de revisión de oficio recibida no aparece cuál es el acto administrativo nulo de pleno derecho que motiva la iniciación, ni la motivación o justificación para considerar que adolece de nulidad, ni la base jurídica para declararla, con lo cual se limita el derecho como interesado a participar en el procedimiento al no poder plantear alegaciones o exponer su postura en relación con esta cuestión; además esta indeterminación hace que se plantee la cuestión de la existencia de causa de nulidad y, por lo tanto, de la procedencia de una revisión de oficio.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen declara la nulidad absoluta de la Resolución de la Alcaldía n.º 4521/2018 de adjudicación del contrato de servicios de «configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», por adolecer de un vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) al carecer del requisito esencial para su adquisición consistente en el incumplimiento del requisito de clasificación exigido en los pliegos.

El razonamiento de la Propuesta de Resolución para llegar a esa conclusión se basa, en primer lugar, en el hecho de que de la lectura del art. 77.1.b) de la LCSP se extrae que es en los pliegos o la invitación a participar donde se deben fijar los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional y que en el supuesto de que estos requisitos estén fijados en los pliegos o invitación a participar, la solvencia podrá acreditarse, indistintamente, por los criterios de solvencia exigidos o por la oportuna clasificación conforme a la misma norma.

La cláusula novena de los pliegos de cláusulas administrativas que rigen el contrato establece que se acreditará la solvencia económica y técnica mediante la clasificación de la empresa en el grupo V, subgrupo 5, categoría 1.

Por tanto, es la clasificación, a estos efectos, la que resulta sustitutiva de la solvencia, a la inversa de lo pretendido por el adjudicatario. Tampoco cabe pretender que «Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos», puesto que estos pliegos no es que obviaran los requisitos para acreditar la solvencia, sino que exigían la clasificación del empresario.

Y, en segundo lugar, en cuanto a las ofertas, señalan los pliegos de cláusulas administrativas que el «sobre A» contendrá una declaración responsable que, entre otros extremos, recoge que la empresa está «debidamente clasificada». El licitador no se ajustó al modelo establecido en los pliegos, obviando la referencia a la clasificación en su documentación. No obstante, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es clara en cuanto a que «Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea».

Por tanto, cumplido el requisito de la declaración responsable, la Mesa de Contratación, en Sesión de 29 de octubre de 2018, admitió la oferta, a la postre, única formulada.

La relación que efectúa el licitador con el art. 159.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha de tenerse referida a la interpretación de la acreditación de la clasificación mediante inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del art. 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para los procedimientos abiertos simplificados que, siguiendo la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 24 de septiembre de 2018, quedó suspendida como requisito de licitación por el colapso acaecido por la multiplicidad de nuevas solicitudes tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Una vez aceptada la propuesta por la Mesa, entendiéndose que en el estricto ejercicio de sus funciones, el órgano de contratación hizo el oportuno requerimiento al licitador de la documentación exigida por la normativa vigente y la cláusula

novena del pliego, a saber, Clasificación en el Grupo V, Subgrupo 5, Categoría 1. En su lugar el licitador aporta: Declaración responsable en relación con el volumen de negocio, Certificado del Registro Mercantil en relación con el volumen anual de negocio.

En definitiva, la Propuesta de Resolución entiende, por tanto, que la adjudicación del contrato ha incurrido en nulidad de pleno derecho, por cuanto, se otorgó la adjudicación a un licitador en modo contrario al ordenamiento jurídico, careciendo de los requisitos necesarios para obtener tal derecho, a saber, la clasificación exigida en los pliegos, de acuerdo con el art. 47.1.f) LPACAP.

III

1. El art. 39 LCSP en su apartado 1 establece, en lo que aquí interesa, como causas de nulidad de derecho administrativo, las indicadas en el art. 47 LPACAP, así como en el apartado 2, letra a, la específica de la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario.

La cláusula novena de los pliegos de cláusulas administrativas que rigen el contrato establece que se acreditará la solvencia económica y técnica mediante la clasificación de la empresa en el grupo V, subgrupo 5, categoría 1.

Consta en el expediente que, requerida la empresa adjudicataria, esta no aporta esa clasificación, por lo que se ha de determinar si ello es causa de nulidad.

2. Como indica el TS en su sentencia de 2 de octubre de 2000 «la clasificación tiene como finalidad la de adecuar la posibilidad de las exigencias que el cumplimiento de cada contrato comporta, de manera que por cauces objetivos y garantizados se determine la idoneidad de cada uno, con vistas a la contratación pública»; así, la Sentencia de 15 junio de 2006 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) entiende que «la acreditación de la plenitud de capacidad de contratación y de clasificación del contratista constituye un requisito imprescindible, ante la necesidad de acreditamiento de la aptitud técnica y financiera de los contratistas, en congruencia con la entidad de la obra y en previsión de asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera, hasta el punto de establecerse en el art. 62 b) de la LCAP como causa de nulidad la falta de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada».

Termina la sentencia afirmando que «el requisito de calificación administrativa de solvencia no puede entenderse suplido *a posteriori* (...) ya que el art. 25 del LCAP (ahora 65 LCSP) determina que será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación».

Por su parte, la Sentencia 517/2003, de 11 junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) se manifiesta en los siguientes términos:

«(...), la empresa adjudicataria carecía de la necesaria clasificación, lo que significa que no debió ser admitida a concurso, y que habiéndolo sido, ese defecto vicia de nulidad la resolución del mismo, debiéndose estimar el recurso por tal motivo, importando ya poco la acreditación de las solvencias económica y técnica: dados los términos laxos de los artículos 16 y 19 de la Ley, que permiten acreditarlas por uno o varios de los medios que enumeran, pueden entenderse suficientemente cumplidos por la interesada; pero como decimos, poco importa, pues la acreditación de estas solvencias solo juega (art. 15.1) en los supuestos en que no sea exigible la clasificación».

Procede traer también a colación el dictamen de este Consejo Consultivo n.º 83/2016, de 17 de marzo, en el que señalábamos:

«En cuanto a la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, este Consejo viene señalando (DCC 376/2011), en línea con lo aducido al respecto por el Consejo de Estado y la jurisprudencia, que “se requiere que el interesado haya adquirido en virtud de acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos, de carácter esencial, que la norma vulnerada establece para su adquisición”; añadiendo que “la apreciación de esta causa de nulidad exige, como ha señalado reiteradamente este Organismo, no solo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales al efecto. Por consiguiente, no bastará con que el acto incumpla cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la adecuación al mismo, sino que resulta preciso distinguir entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales” para adquirir derechos, pues no todos los necesarios son esenciales. En este sentido, lo serán cuando constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto o derecho, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada».

3. De lo anterior se desprende que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho ya que, estableciendo la cláusula novena de los pliegos de cláusulas administrativas que rigen el contrato, de acuerdo con el art. 77.1.b) LCSP, que se acreditará la solvencia económica y técnica mediante la clasificación de la empresa

en el grupo V, subgrupo 5, categoría 1, y no constando en el expediente que la empresa adjudicataria tuviera tal clasificación, se incurre en la causa de nulidad establecida tanto en el art. 47.1.f) LPACAP, como en el art. 39.2.a) LCSP, por lo que se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de servicio «configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», adjudicado a la empresa (...).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de servicio «configuración, implantación, puesta en marcha, mantenimiento y custodia documental de una plataforma integral de administración electrónica, así como su diseño, programación, mantenimiento del portal web, instalación, hosting y soporte», adjudicado a la empresa (...), puesto que incurre en la causa de nulidad establecida tanto en el art. 47.1.f) LPACAP, como en el art. 39.2.a) LCSP.