

Informe 15/91, de 10 de julio de 1991. "Adjudicación de un contrato de obra a una empresa que no está clasificada. Aplicación del artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado".

Clasificación de los informes: 9.1. Régimen general.

ANTECEDENTES

1. Por el Secretario General de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

"Esta Secretaría General de Asuntos Penitenciarios tiene la necesidad de proponer la adjudicación de la obra "Instalación de calefacción eléctrica y adecuación de la instalación eléctrica BT en el Centro Penitenciario de Bilbao Basauri (Vizcaya)", a la empresa AR-GUI, S.A., aún cuando no tiene la clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas, en razón a la conveniencia de que actúe una empresa concreta, conocida y con posibilidades de que sea efectivo el control de seguridad, dada la situación de la obra a ejecutar en un Centro Penitenciario en funcionamiento ubicado en una zona de alto riesgo.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 106 de la vigente Ley de Contratos del Estado, se solicita el informe de esa Junta Consultiva para su posterior elevación al Consejo de Ministros.

Se adjunta expediente"

2. Conforme se indica en el anterior escrito, al mismo se acompaña expediente, del que, a efectos del presente informe, conviene destacar los siguientes datos:

a) El contrato pretende adjudicarse por el sistema de contratación directa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37-3 de la Ley de Contratos del Estado.

b) Dado el presupuesto total del contrato (24.905.476 pesetas), se exige como condición indispensable, según se hace constar en documento anejo a la Memoria, denominado "condiciones específicas para la contratación de las obras", la clasificación como contratista de obras, en el grupo I, subgrupo 6, categoría E y en el Grupo I, subgrupo 9, categoría D.

c) La empresa propuesta para la adjudicación del contrato "Argui, S.A." no se encuentra clasificada, habiéndose incorporado al expediente fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad y de diversos documentos acreditativos de pagos de impuestos y de cuotas de Seguridad Social.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 106 de la vigente Ley de Contratos del Estado dispone que "la celebración de contratos de cuantía superior a la señalada conforme determina el artículo 98 de esta Ley, con personas naturales o jurídicas que no estén clasificadas o que no acrediten las condiciones que señala el párrafo tercero de dicho artículo y que se estime conveniente a los intereses públicos por los Jefes de los Departamentos ministeriales respectivos, tendrá que ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa".

Este precepto viene a constituir una excepción del sistema de clasificación que, con carácter general, se aplica a los contratos de obras de cuantía superior a 20.000.000 de pesetas, según establecen los artículo 98 y siguientes de la propia Ley de Contratos del Estado, sin que plantee especiales problemas en cuanto a los órganos que deben intervenir y trámites que deben cumplirse para su aplicación, pues resulta evidente que, apreciada la conveniencia para los intereses públicos por el Ministro respectivo en la celebración de un contrato con empresa no clasificada, siempre,

como es obvio, que resulte exigible la clasificación por la cuantía del contrato, tiene que ser autorizada por el Consejo de Ministros previo informe preceptivo de esta Junta.

La verdadera cuestión surge cuando se trata de determinar los casos concretos en que puede acudir al artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, pues, dejando aparte el que se trate de empresas no clasificadas o que no acrediten su solvencia económica, financiera y técnica, el único requisito que se consigna en el propio artículo de que se estime conveniente a los intereses públicos no puede dar lugar a una interpretación flexible incompatible con el carácter excepcional, frente al sistema de clasificación, como claramente queda demostrado por la circunstancia de hacer intervenir en este supuesto excepcional a los órganos que tienen la mayor jerarquía administrativa (Ministros y Consejo de Ministros).

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en los escasos supuestos en que ha emitido informe favorable en relación con el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, lo que prácticamente confirma su carácter excepcional, también lo ha puesto de relieve en su aplicación concreta y así en su informe de 30 de julio de 1974 (expediente 31/74) admite la autorización, sustitutoria de la clasificación, en el supuesto de empresa con financiadora en el 50 por 100 de la inversión y que aporta determinados terrenos, además de poseer la correspondiente capacidad técnica; en su informe de 20 de diciembre de 1973 (expediente 52/73) refiere esta posibilidad a Entidades de Derecho público, como Ayuntamientos, Diputaciones, Sindicatos de regantes y Cabildo Insulares, y en su reciente informe de 10 de mayo de 1991 (Expediente 9/91) lo admite en el supuesto de una Asociación regida por la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, sin ánimo de lucro, con finalidades y actividades acordes con tal carácter y con posibilidades de realizar el contrato, dada la documentación aportada.

Procede pues concluir este apartado afirmando que la autorización del Consejo de Ministros del artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, como sustitutoria del sistema general de clasificación estatuido en los artículos 98 y siguientes de la propia Ley, tiene carácter excepcional y solo puede ser utilizado en casos en que concurren circunstancias también excepcionales.

2. Pasando al examen del caso concreto para el que se solicita informe de esta Junta, debe resaltarse que no se aprecian las razones que puedan existir y que determinen la imposibilidad o inconveniencia de que la Empresa "Argui, S.A.", solicite y obtenga, mediante el oportuno expediente, la correspondiente clasificación, puesto que las aducidas en el expediente -la conveniencia de que actúe una empresa concreta, conocida y con posibilidades de que sea efectivo el control de seguridad, dada la situación de la obra a ejecutar en un Centro Penitenciario en funcionamiento ubicado en una zona de alto riesgo -lo que pueden justificar, por tratarse de circunstancias afectantes al contrato, no a la empresa contratista, es la contratación directa, no solo por razón de la cuantía (artículo 37-3 de la Ley de Contratos del Estado) sino también, y muy especialmente, al amparo de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo que se refiere, como causa justificativa de la contratación directa, a aquellas obras cuya ejecución deba acompañarse de medidas de seguridad conforme a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas y aquellas en que la protección de los intereses esenciales de la Seguridad del Estado lo exija.

Caracterizada la contratación directa en el artículo 28 de la Ley de Contratos del Estado como aquella forma de adjudicación en la que el contrato es adjudicado al empresario, libre y justificadamente, elegido por la Administración, resulta indudable que, a través de esta libre elección, el contrato puede ser adjudicado a empresas de confianza como pueda ser aquella a la que se refiere el presente informe, pero, se insiste, sin que ello tenga nada que ver con la clasificación de la empresa como requisito que acredita su solvencia económica, financiera y técnica, que deberá comprobarse y exigirse, con mayor rigurosidad si cabe, en contratos afectados por las circunstancias señaladas.

Por ello debe concluirse este apartado reiterando lo expuesto en anteriores informes de esta Junta en el sentido de que cualquier interpretación del artículo 106 de la Ley de Contratos debe excluir la que produzca como resultado el configurar la autorización del Consejo de Ministros como una alternativa a la tramitación de expedientes de clasificación, pues con ello quebraría todo el sistema clasificatorio de la legislación de contratos del Estado, al establecerse una solución excepcional para supuestos de tramitación normal de expedientes.

3. En el presente caso, a mayor abundamiento, debe significarse que al no aportarse datos sobre los elementos personales, materiales y de experiencia constructiva de la empresa interesada, sería muy difícil, por no decir imposible, justificar ante el Consejo de Ministros la procedencia de conceder la autorización prevista en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, pues, como ya hemos indicado, las circunstancias de seguridad que se aducen no son circunstancias de la empresa que justifiquen tal autorización excepcional, sino circunstancias del contrato que afectan a todas las empresas, con independencia de la existencia o no de clasificación.

4. Como última consideración en el presente informe hay que señalar que si bien la intervención de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa puede ser preceptiva, como sucede en el presente caso, sus informes no son vinculantes, tal como resulta del artículo 85-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que el órgano consultante puede apartarse de los criterios expuestos, motivando su decisión, tal como también resulta del artículo 43.1 c) de la propia Ley.

CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el supuesto contemplado en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado debe ser configurado de excepcional y que, en consecuencia, dicho artículo no puede ser aplicado a casos como el presente en el que la Empresa "Argui, S.A." puede solicitar y obtener, en su caso, las correspondientes clasificaciones, sin que las razones aducidas de seguridad puedan justificar la exención de las mismas y su sustitución por la autorización del Consejo de Ministros.