

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	0063/2018
Materia	Procedimiento abierto simplificado. Inscripción en los Registros Oficiales de Licitadores
Solicitante	Instituto Aragonés de Fomento
Fecha de solicitud	05/10/2018
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículo 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículos 159 y 337 y disposición adicional decimosexta 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, de 26 de febrero de 2014

CONSULTA

Desde el Instituto Aragonés de Fomento se consulta a la Oficina de Contratación Pública acerca de si es necesario en un procedimiento abierto simplificado excluir a los licitadores que en el momento de presentar la oferta no estén inscritos en el Registro de Licitadores, pero que sí adjunten una solicitud de inscripción y cumplan los requisitos de aptitud para contratar establecidos en la Ley con carácter general. En su consulta el Instituto hace mención a las posiciones adoptadas en relación al tema desde la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

RESPUESTA

Con carácter previo al examen de la consulta, en la medida en que se hace mención al criterio de varias juntas consultivas, resulta apropiado recordar el marco regulatorio de dichas Juntas y el valor de sus informes y recomendaciones.

El artículo 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que salvo disposición expresa en contraria, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Por su parte, el artículo 328 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, de 26 de febrero de 2014 (en

adelante, LCSP) define a la Junta Consultativa de Contratación Pública del Estado (a partir de ahora, JCCP) como el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, con independencia de que las entidades contratantes operen en los sectores a que se refiere la disposición adicional octava. Entre sus funciones figuran, tal y como señala el apartado 3 del artículo 328, la aprobación de recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, que serán publicadas si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración, e informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración.

Dentro del marco normativo aragonés, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (en adelante, JCCA) adopta, en el ámbito de sus competencias, criterios sobre la aplicación de las normas en materia de contratación, así como informa sobre las cuestiones que son sometidas a su consideración en materia de contratación pública, tal y como establecen los artículos 2 y 3 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

En aplicación del referido artículo 80.1 de la Ley 39/2015, los informes y recomendaciones de las juntas consultivas son orientativos y no vinculantes, sin perjuicio de que su opinión sea respetada y en la mayoría de las ocasiones refrendada tanto por la práctica administrativa como por la doctrina emanada de los tribunales administrativos de contratación pública y de la jurisdicción contenciosa administrativa. A fortiori, como ya señaló un temprano informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 10 de junio de 1999, «la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no tiene por misión resolver expedientes concretos de contratación, ni puede sustituir las facultades o funciones atribuidas por la Ley a otros órganos».

Por todo ello, aunque esta Oficina de Contratación respeta la autoridad de las juntas citadas, debe advertirse que en una ulterior impugnación, tanto ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón como en la jurisdicción contencioso-administrativa, no existe óbice alguno para que se defina una pauta distinta a la manifestada por las juntas. Con todo, como ya se ha expuesto, salvo que existan pronunciamientos en contra, la Oficina recomienda tomar de referencia los informes y recomendaciones de las juntas como una guía útil.

En el presente supuesto, se da una discrepancia entre el Informe 20/2018, de 3 de septiembre la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Recomendación de 24 de septiembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que hace conveniente profundizar en la base jurídica de la misma.

El artículo 159.2 de la LCSP exige que todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deban estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia. La entrada en vigor de esta obligación quedó diferida hasta el 9 de septiembre de 2018 por la disposición adicional decimosexta de la LCSP, de modo que hasta entonces la acreditación de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se debía realizar en la forma establecida con carácter general, conforme establece la disposición transitoria tercera de la presente Ley.

A pesar de que en su recomendación la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señala que «el carácter obligatorio de este requisito no es discutible y ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina y por algún órgano consultivo», finalmente concluye que en la presente coyuntura cabe dispensar del cumplimiento de esta exigencia cuando la concurrencia competitiva esté comprometida. La Junta del Estado considera que «el legislador no ha sido insensible al hecho de que la exigencia de la inscripción en el ROLECE pueda generar situaciones contrarias a la concurrencia de los licitadores. No puede entenderse de otro modo el hecho de que el propio precepto permita la exigencia del requisito de inscripción en el ROLECE “siempre que no se vea limitada la concurrencia.” En efecto, el legislador sujeta esta condición al máximo respeto a uno de los principios esenciales de la contratación pública, presente en el artículo 1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y que exige mantener la libertad de acceso a las licitaciones». Esta excepción cesaría en el momento en que se haya resuelto la situación de colapso descrita en su recomendación.

Del análisis de la Recomendación se desprenden dos requisitos para aplicar su doctrina. En primer lugar, que exista una situación efectiva de saturación que desplace la responsabilidad de la falta de inscripción en la Administración y no en el licitador. Por tanto, si las inscripciones se producen en la Comunidad dentro de los estándares habituales de funcionamiento de la Administración, debe prevalecer la aplicación estricta de la Ley. Asimismo, esta dispensa esta supedita a la merma de la concurrencia, por lo que de aplicarse la solución propuesta desde la Junta Consultiva de Contratación tiene que concurrir de forma efectiva esta afección a la competencia. De optar el órgano de contratación por esta vía debería atenerse a estas dos exigencias de forma rigurosa, no pudiendo considerarlas cumplidas sin más.

Desde otro punto de vista, la JCCA de Aragón mantiene que «Se trata de una obligación legal, respecto de la que no cabe decisión alguna a los órganos de contratación. Es decir, no es potestad del órgano de contratación exigir la inscripción previa del licitador en el registro de licitadores, tan solo lo será la opción de elegir la tramitación de un procedimiento simplificado. El inciso final del artículo 159.4.a) que establece -siempre que

no se vea limitada la concurrencia-, no debe interpretarse como una potestad o en el sentido de que no sea obligatoria esta inscripción. También es una obligación para todos los licitadores que presenten propuestas a partir del 9 septiembre 2018, ya que tan solo podrán optar a los procedimientos simplificados si previamente se han inscrito. Para los licitadores, hasta ahora, la inscripción en los Registros de licitadores era una inscripción voluntaria, y su obligatoriedad se limitaba solo a los supuestos de clasificación de las empresas y prohibiciones de contratar. La justificación de esta nueva obligación se encuentra en la opción por la contratación electrónica, ya que el procedimiento simplificado está concebido, según establece la propia Exposición de Motivos de la LCSP, “para que su duración sea muy breve y la tramitación sea muy sencilla”, reduciéndose los plazos y simplificando los trámites, hasta el punto de evitar que el licitador deba presentar la documentación acreditativa de su capacidad y solvencia». Tras la Recomendación de la JCCP del Estado, la Junta aragonesa no ha vuelto a pronunciarse por lo que cabe entender que continúa manteniendo esta interpretación.

En refuerzo del criterio de la JCCA de Aragón hay que tener en cuenta que la utilización del procedimiento abierto simplificado no es una obligación sino una elección del órgano de contratación dentro del margen de discrecionalidad motivada del que dispone (artículo 116.4.a de la LCSP). Reconociendo esta Oficina los inconvenientes que lleva aparejado el abandono del periodo transitorio de la disposición adicional decimosexta, el órgano de contratación puede optar por el procedimiento abierto convencional y soslayar todos los problemas derivados de la inscripción en el registro, si bien es cierto que perderá los beneficios que pueda proporcionarle la modalidad simplificada en el plano de la celeridad.

En otras Comunidades Autónomas, se hubiera sugerido seguir preferentemente la Recomendación de la JCCP del Estado, pero en este caso la Oficina se inclina más favorablemente por seguir el informe de la JCCA de Aragón, sin perjuicio de que en la respuesta a la consulta se hayan proporcionado algunas notas acerca de cómo aplicar la Recomendación, en el caso de que el órgano de contratación optara por no seguir la línea aconsejada. Por lo tanto, aplicando de forma estricta el artículo 159 de la LCSP, debería excluirse a los licitadores no inscritos.