

IPN 04/2008, CLASIFICACIÓN DE CONTRATISTAS

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA PARCIALMENTE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN DE CONTRATISTAS Y ÓRGANOS COMPETENTES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 26 de noviembre de 2008, ha aprobado el presente informe, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en materia de clasificación de contratistas y órganos competentes en materia de contratación. Dicho informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

Con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que entró en vigor en mayo de este año, se inauguró el proceso de adaptación del marco normativo de la contratación administrativa a las últimas Directivas comunitarias en la materia. Dicha Ley incorpora sustanciales novedades en el sistema de contratación de las Administraciones españolas, inspirándose, entre otros, en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, e incorporando la salvaguarda de la libre competencia como finalidad explícita de la norma.

Sin perjuicio del desarrollo reglamentario general que en el futuro experimentará dicha norma, el Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Patrimonio del Estado, (DGPE), ha considerado que existe urgencia en desarrollar reglamentariamente, con carácter previo al futuro Reglamento, determinados aspectos de la LCSP mediante el Proyecto de Real Decreto analizado (PRD), para adecuar el régimen reglamentario a la LCSP¹ y reducir cargas administrativas.

¹ De hecho, en materia de clasificación, la Disposición Transitoria 5ª de la LCSP establece que las modificaciones que comporta la LCSP entrarán en vigor una vez que se apruebe el desarrollo reglamentario de los nuevos grupos, subgrupos y categorías. En tanto no se produzca dicho desarrollo,

El presente informe del Consejo de la CNC analiza las principales cuestiones que desde el punto de vista de la competencia suscita el sistema de clasificación proyectado, a partir de la última versión disponible del PRD, tras el cierre de la fase de audiencia pública. El informe se produce una vez se han llevado a cabo diversas iteraciones, dentro del proceso de tramitación normativa, entre la Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC y el órgano responsable de la tramitación.

El Consejo decidió, en su sesión de 19 de noviembre de 2008, que dada la importancia del sistema de clasificación para la entrada en el mercado de la contratación pública de obras y servicios, resulta pertinente realizar una valoración del PRD utilizando el instrumento del art. 25.a) de la LDC, que atribuye a la CNC la facultad de dictaminar sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia.

II. CONTENIDO

El PRD en cuestión supone un desarrollo parcial de la LCSP, en concreto de sus artículos 54 a 60, ambos inclusive, 134, 195, 296, 297 y 301 a 308. Consta de 47 artículos, divididos en cuatro Capítulos, una disposición adicional, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales. Con respecto al objeto material del mismo, éstas serían las líneas fundamentales:

- *Clasificación de las empresas.* La LCSP establece una serie de disposiciones acerca de la clasificación de los contratistas de obras y servicios, que será obligatoria una vez el contrato supere una cuantía concreta. La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A dichos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos por su peculiar naturaleza, y dentro de éstos por categorías, en función de su cuantía. El desarrollo de los diferentes grupos, subgrupos y categorías y de los elementos a tener en cuenta para el acceso a la clasificación, así como los medios materiales de acreditación, es lo que ahora se desarrolla por vía reglamentaria.

- Órganos de asistencia en materia de gestión de la contratación administrativa. La introducción de importantes novedades en relación con los diferentes procedimientos de contratación ha hecho aconsejable la inclusión en este PRD de las normas que regulan la composición y constitución de las mesas de contratación y de la mesa especial de diálogo competitivo. Junto con ello, se hace una determinación precisa de las funciones que estos órganos de asistencia deben desarrollar en cada uno de los tipos de procedimientos de adjudicación previstos en la Ley de Contratos del Sector Público. En particular, se describen las que se refieren a la adjudicación provisional de los contratos.
- Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas. Con la finalidad de facilitar el acceso de los licitadores nacionales a procedimientos internos y externos de contratación se constituye un Registro estatal, conectado con el que puedan establecer otras Administraciones, en el que constarán los datos de los licitadores relevantes para los procesos de contratación, que se desarrollará complementariamente a la clasificación de empresas. Este Registro integrará en un punto único el contenido de los actuales Registros de licitadores y el Registro Oficial de Empresas Clasificadas. Se trata de uno de los instrumentos que de modo más claro y eficiente deben servir el propósito del legislador de agilizar y liberar de cargas innecesarias los procedimientos contractuales.

III. LA CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS: NORMATIVA APLICABLE

III.1 La acreditación de la solvencia en la normativa comunitaria

Las empresas que quieran contratar con la Administración deben acreditar ante ésta su capacidad y solvencia económico-financiera y técnica. El sistema de clasificación es un método de acreditación, ex ante y de una vez, de dicha solvencia, para determinados tipos de contratos, en concreto los de obras y servicios. De esta manera, la Administración se asegura de que la empresa contratista es capaz de ejecutar los contratos en las condiciones ofertadas; y, a la vez, reducir la carga administrativa para empresas y Administración de acreditar caso por caso dicha solvencia. En definitiva, la clasificación de las empresas determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía.

A nivel comparado, el sistema de clasificación no está presente en todos los sistemas de contratación administrativa de los países de nuestro entorno. La Directiva 2004/18/CE, aplicable a los contratos públicos de obras, suministro y

servicios, otorga margen de maniobra a los Estados Miembros para que establezcan el sistema de acreditación de la capacidad y solvencia de las empresas de cara a la contratación con la Administración.

Por lo que respecta a la capacidad financiera y económica, el artículo 47 de la Directiva estipula que, en general, podrán justificarse recurriendo a una o varias de las siguientes referencias: a) las declaraciones bancarias apropiadas, b) la presentación de los balances o los extractos de los balances de la empresa, en caso de que la publicación de los balances esté prescrita por la legislación sobre sociedades del país en que el contratista esté establecido, c) una declaración sobre el volumen de negocios global y el volumen de negocios en obras de la empresa en los últimos tres ejercicios.

Por lo que respecta a la justificación de las aptitudes técnicas del contratista, el artículo 48 fija la lista de los medios de prueba que los poderes adjudicadores pueden exigir. Entre ellos, destacan: la lista de las obras ejecutadas en los cinco últimos años (en el caso de los servicios y suministros, de los tres últimos años); la declaración en la que se mencionen los técnicos y órganos técnicos (estén o no integrados en la empresa) con los que el contratista contará para la ejecución de la obra, los títulos académicos y profesionales del contratista o de los directivos de la empresa.

Así, la Directiva a este respecto determina cuáles son las referencias o medios de prueba que pueden proporcionarse para justificar la solvencia. Los distintos Estados miembros, dentro del respeto a estos principios, han optado por establecer distintos sistemas de acreditación que básicamente pueden ser de “lista oficial de operadores económicos autorizados” o de acreditación caso por caso.

En concreto, el art. 52 de la Directiva establece que “Los Estados miembros podrán establecer listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios autorizados o una certificación por parte de organismos de certificación públicos o privados”. Es aquí donde se incardina, a nivel comunitario, la posibilidad de que existan sistemas de clasificación previa, si bien no se dispone en la Directiva que, en caso de existir, la clasificación haya de resultar obligatoria para las empresas. Sólo algunos países de la UE han desarrollado estas “listas oficiales” de acreditación, tales como Alemania, Italia, Portugal o Hungría. En cambio, los países nórdicos y de cultura anglosajona no presentan tal sistema de acreditación previa de la solvencia.

III.2 La clasificación en la Ley de Contratos del Sector Público

En España, el sistema de clasificación obligatoria como principio general de acreditación de la solvencia del contratista en los contratos de obras y servicios data de los años 60, y se ha mantenido hasta nuestros días, habiendo sufrido su desarrollo reglamentario diversas modificaciones, la última con el Real Decreto 1098/2001, que desarrollaba la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aún vigente en lo que respecta a la clasificación de contratistas.

En sus disposiciones acerca de la acreditación de capacidad y solvencia de las empresas, la actual LCSP establece los principios generales del sistema de clasificación de una manera relativamente escueta, dejando por lo tanto al desarrollo reglamentario la concreción y desarrollo del sistema. Se exponen a continuación los elementos más importantes de dicho desarrollo legal.

Para contratar con la Administración la ejecución de contratos de obras y servicios que superen determinada cuantía, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado (art. 54 LCSP). Por lo tanto, se establece como principio general la obligatoriedad de clasificación previa del contratista.

Sin embargo, la propia Ley establece determinadas situaciones en las que no será necesaria clasificación:

- En contratos distintos a los de obras y servicios.
- En contratos de obras y servicios de cuantía inferior a 350.000 y 120.000 euros, respectivamente (art. 54.1 LCSP). En este sentido, la LCSP ha supuesto un incremento del umbral en relación con las obras (el antiguo TRLCAP establecía el corte en 120.000 euros para ambos tipos de contrato).
- En determinados contratos de servicios que figuran en el Anexo II de la LCSP (art. 54.1 LCSP).
- Cuando por Real Decreto se exceptúe la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos (Art. 54.3 LCSP).
- Cuando no haya concurrido ninguna empresa clasificada en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación podrá excluir la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, precisando en el pliego de cláusulas y en el

anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados (art. 54.4 LCSP).

- No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia (art. 55.1 LCSP).
- Excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (art. 55.2 LCSP).

Asimismo, la LCSP establece que la clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia². Para acreditar dicha solvencia, la LCSP determina que se podrán utilizar uno o varios medios. Así, en el caso de la solvencia económica y financiera, el art. 64 LCSP permite acreditarla mediante³:

- Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- Las cuentas anuales presentadas en el Registro oficial que corresponda, o, para los empresarios no obligados a ello, los libros de contabilidad debidamente legalizados.
- Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato.

Por lo que respecta a la solvencia técnica y profesional, la LCSP (art. 65) permite su acreditación mediante uno o varios de los medios siguientes⁴:

- Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años.

² En puridad, la personalidad y capacidad de obrar de las empresas no se acredita mediante la clasificación, sino mediante la aportación de determinados documentos mercantiles, administrativos o judiciales relevantes, con arreglo a los arts. 61 y 62 LCSP. Para acceder a la clasificación, el empresario ha de acreditar dicha personalidad jurídica y capacidad de obrar (art. 56 LCSP).

³ Este artículo reproduce en términos generales el art. 47 de la mencionada Directiva comunitaria 2004/18/CE.

⁴ Este artículo reproduce en términos generales el art. 48 de la mencionada Directiva comunitaria 2004/18/CE.

- Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras.
- Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras.
- En los casos adecuados, indicación de medidas de gestión medioambiental.
- Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años.
- Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras.

Sin embargo, la solvencia no se acredita en general para un tipo de contrato –por ejemplo, de obras- sino que las empresas, de acuerdo con los criterios anteriormente mencionados, van a ser solventes para poder ejecutar contratos de unas determinadas características y volumen, dentro de cada tipo de contrato. Así, el art. 56.1 LCSP establece que la clasificación determinará los contratos a cuya adjudicación pueden concurrir u optar las empresas, por razón de su objeto y de su cuantía. Para ello, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en razón de su cuantía.

En definitiva, la LCSP establece, con carácter general, la clasificación previa como requisito indispensable para los contratos de obras y servicios que superen la cuantía especificada, si bien posibilita ciertas excepciones a este principio, así como algunas salvaguardas, entre las cuales destaca la posibilidad de que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, pueda decidir no exigir clasificación para determinados contratos de obras o servicios que de otro modo la requerirían.

Asimismo, para clasificar a una empresa, lo único que la LCSP dispone es que aparte de comprobar unas exigencias previas (capacidad de obrar, no incurrir en prohibiciones de contratar,...), debe determinarse su solvencia y establecer los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía, con arreglo a alguno o a varios de los requisitos listados. Uno de esos requisitos es la experiencia previa en obras o servicios, según el caso.

Pero la Ley, por una parte, permite que la experiencia no sea necesariamente exigible para obtener la clasificación ya que, con arreglo a ella, la clasificación puede obtenerse mediante la acreditación de medios humanos y materiales que permitan garantizar la solvencia técnica de la empresa, sin necesidad de acreditar experiencia. Y por otra parte, tampoco la LCSP prejuzga qué es lo que hay que

entender por “experiencia”, esto es, que la experiencia tenga que justificarse mediante la acreditación de trabajos en unos subgrupos concretos, y no en otros.

Adicionalmente, la LCSP tampoco especifica cuál será el procedimiento ni los requisitos por los que una empresa consigue la clasificación, ni establece la forma en que han de diferenciarse los contratos. A este respecto sólo se dice que los contratos se dividirán en grupos generales, subgrupos, y categorías, dejándose todo lo demás al desarrollo reglamentario.

III.3 Líneas principales del desarrollo de la clasificación que realiza el PRD

Partiendo de las pautas generales que establece la LCSP, el PRD especifica el mecanismo por el que se va a llevar a cabo la clasificación de empresas en grupos, subgrupos y categorías para obras y para servicios. Los principales aspectos que recoge son:

- Detalle de los distintos grupos y subgrupos. Por ejemplo, en obras, se identifican 11 grupos distintos, con una media de 7 subgrupos en cada uno.
- Detalle de los umbrales para establecer según la cuantía (medida por el valor medio anual de presupuesto de licitación), las distintas categorías de clasificación de los contratos. Por ejemplo, en obras se distinguen 6 categorías, la primera para contratos de cuantía inferior a 150.000 euros y la última para aquellos de cuantía superior a 3.200.000 euros.
- Requisitos que deben reunir las empresas para poder clasificarse en un determinado grupo y subgrupo, que consisten básicamente en mostrar experiencia en la ejecución de obras de esa naturaleza, esto es, de ese grupo y subgrupo o de subgrupos afines o dependientes.⁵
- Requisitos y procedimiento para la clasificación de las empresas en las distintas categorías. Para ello:
 1. Se toma como base la experiencia en un subgrupo concreto, que con carácter general vendrá determinada por el máximo volumen anual, de

⁵ El PRD también contempla la posibilidad de que una empresa sin experiencia en un subgrupo pueda clasificarse, pero el desarrollo de este precepto es muy somero.

entre los últimos cinco años, de obra ejecutada relativa al subgrupo en cuestión.

2. Se calcula el llamado “índice de empresa”. Este índice se construye sumando a una puntuación básica que quiere reflejar “la expansión natural” y que se aplica con carácter general, otros elementos: el índice de técnica, el índice de mecanización, el índice financiero, y –en los contratos de obras- un índice de experiencia constructiva general (distinta a la del subgrupo concreto)⁶. Los tres primeros índices asignan valores prefijados que van creciendo según crezca el ratio resultante de dividir, respectivamente, una valoración de los efectivos técnicos, mecánicos o financieros de que disponga la empresa entre una medida del tamaño de dicha empresa (el volumen anual medio de obra ejecutada, o la facturación media anual de la empresa).
 3. El valor resultante de multiplicar la experiencia en el subgrupo concreto por el índice de empresa, servirá para determinar la categoría de esa empresa en un subgrupo determinado y, por tanto, indicará el tipo y tamaño de los contratos a los que puede concursar.
 4. Una vez determinada la categoría en el subgrupo correspondiente, se ha de acreditar que la empresa en cuestión dispone de un patrimonio neto igual o superior al 8% del límite superior de la categoría en cuestión, puesto que, de lo contrario, el valor que se toma como base para obtener la categoría es el del patrimonio neto de la empresa.
- Detalle de los grupos que se consideran “afines” y “dependientes”. Dicha relación de afinidad y dependencia básicamente permite extender la clasificación en un subgrupo a otros de características similares.
 - Documentación necesaria y el procedimiento para la tramitación de la clasificación, la justificación de su mantenimiento, su comprobación y su revisión.
 - Régimen de acumulación de clasificaciones en los casos en que las empresas concurren mediante UTE a un contrato.

⁶ Así, el índice de empresa es: $I = 1,2 + T + M + F + E$. El valor máximo del índice de empresa es de 4,2.

IV. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REAL DECRETO

IV.1 Observaciones generales

La importancia de la clasificación desde el punto de vista de competencia

Como decíamos, la Directiva 2004/18/CE, otorga margen de maniobra a los Estados Miembros para que establezcan el sistema de acreditación de la capacidad y solvencia de las empresas de cara a la contratación con la Administración. Se trata de una decisión trascendente dado que, según cita la memoria económica del PRD, la Comisión Europea estima las transacciones implícitas en los procesos de contratación pública en un 13%, aproximadamente, del PIB español.

España ha optado tradicionalmente por un sistema de clasificación previa, con el que se persigue aligerar las cargas administrativas que supone tanto para las empresas como para los órganos de contratación el tener que presentar y valorar la solvencia de los contratistas cada vez que se celebra un contrato. En términos económicos, la clasificación contribuye a eliminar costes de transacción para las empresas y para la propia Administración.

No obstante, a la hora de diseñar el sistema de clasificación previa es importante tener en cuenta en qué medida el mismo puede generar barreras a la entrada que tengan un efecto sobre la competencia. Debe recordarse que el propio art. 1.1 de la LCSP establece como objeto de la Ley el garantizar que la contratación del sector público se ajusta “a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. También se establece como finalidad expresa de la Ley, en el mismo artículo, la salvaguarda de la libre competencia.

Por lo tanto, el desarrollo reglamentario de la LCSP, y en concreto del sistema de clasificación de contratistas, debe hacerse teniendo en cuenta estos principios generales que hace explícitos la propia Ley, estableciendo un marco que favorezca, en este caso, la reducción de cargas, sin merma de las condiciones de competencia en el acceso a la contratación de obras y servicios, e incluso aprovechando en el sentido más favorecedor de la competencia el margen de libertad que, según se ha comentado, la LCSP deja al desarrollo reglamentario en la materia.

En orden a determinar si el presente PRD consigue conciliar el objetivo de reducción de cargas administrativas con la promoción de la libre competencia que permiten los principios generales de clasificación de la LCSP, en este caso

mediante una adecuada garantía del acceso al mercado, resulta útil analizar su contenido con arreglo a las *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación eficiente y favorecedora de la competencia*, publicadas por la CNC en junio de 2008. En dicho documento se mencionan una serie de principios a los cuales debe ajustarse la regulación: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia y predecibilidad. Así, la aplicación de este ejercicio al desarrollo reglamentario de la LCSP podría conducir a analizar cuáles son los fines que persigue la regulación actual y futura del sistema de clasificación, así como si dichos fines se satisfacen con el diseño escogido.

La adecuación del PRD a los principios de la regulación eficiente

El Consejo considera que el desarrollo propuesto mediante el presente PRD no resulta todo lo favorecedor de la competencia que debería, tanto en lo que supone de perpetuación de las líneas generales del sistema, como en ciertas modificaciones puntuales al mismo que introduce.

En concreto, el proyecto de norma debe analizarse a la luz del **principio de necesidad y proporcionalidad**. La necesidad de la medida implica que la elaboración de toda norma que introduzca restricciones a la competencia deba venir precedida de una definición de sus objetivos y una clara justificación de su motivación. La proporcionalidad de la medida va encaminada a evitar que los instrumentos en que se plasma dicha restricción supongan sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social, generando, en cambio, un serio detrimento al mismo por las serias restricciones a la actividad económica que impone.

Al contemplar el sistema que la LCSP y su Reglamento surgen serias dudas sobre si para conseguir el objetivo de reducir las cargas administrativas es necesario que el sistema de clasificación que se instrumente deba tener un carácter obligatorio con carácter general para las empresas españolas. .

La obligatoriedad de la clasificación resulta discutible por varias razones. En primer lugar, puede resultar en un tratamiento discriminatorio de las empresas españolas en relación con el de las empresas comunitarias no españolas –las cuales no requieren de clasificación para acreditar su solvencia, teniendo que hacerlo caso por caso-. En segundo lugar, la clasificación obligatoria establece una primera barrera de entrada que puede resultar excesivamente lesiva de la competencia con arreglo al fin que con ella se pretende conseguir.

En principio cabe entender que, si la acreditación individualizada de la solvencia constituye una carga, se establezca la posibilidad de que las empresas se clasifiquen voluntariamente, y se proceda a desarrollar este mecanismo. En efecto, para conseguir una reducción similar o muy parecida de los costes de transacción que la que supone la clasificación obligatoria, habría bastado con proveer la clasificación como posibilidad, no como obligación. En la medida en que el sistema verdaderamente suponga un ahorro de costes y trámites para las empresas recurrirán al mismo de forma voluntaria, con el consiguiente beneficio también para el órgano que convoca el concurso. Pero ello no implica que se tenga que negar el acceso a aquellos que no han optado a la clasificación previamente, siempre y cuando estén en condiciones de mostrar su solvencia técnica y financiera.

De cualquier manera, una vez que la LCSP establece la obligatoriedad de la clasificación, lo que cabe exigir es que el desarrollo reglamentario del sistema consiga su objetivo de suponer una reducción de la carga administrativa sin dañar injustificadamente la competencia, a través del incremento de la dificultad de acceso al mercado.

Y precisamente en este sentido este Consejo considera que, más allá de las modificaciones puntuales que supone el PRD, habría resultado oportuno reflexionar sobre si el mantenimiento de los elementos principales del sistema vigente de clasificación, que serían perpetuados mediante el presente PRD, superaría tal juicio de necesidad y proporcionalidad. En particular, habría que reflexionar sobre si para constatar la solvencia financiera y técnica de las empresas es necesario recurrir a un sistema de clasificación tan detallado, que adscribe a las empresas en unos subgrupos, como veremos más adelante, excesivamente fragmentados y estrechamente definidos, sin que la posibilidad de clasificación indirecta esté debidamente desarrollada. Se articula esta clasificación, además, a través de un sistema de índices relativamente complejo, que tienden a conceder un excesivo peso a la obra ejecutada, lo que reduce las posibilidades de que empresas que son perfectamente solventes pero no cuentan con obra ejecutada de esa naturaleza, puedan obtener la clasificación en el subgrupo concreto y, por tanto, evitar que las mismas participen en licitaciones públicas.

Es cierto que la LCSP deja abierta la opción de que la acreditación de la solvencia técnica y profesional se lleve a cabo mediante medios distintos a la experiencia, sin que, en caso de tenerse en cuenta dicha experiencia, se haya de referir a las obras o servicios en un subgrupo concreto. Y también es cierto que el PRD establece la posibilidad de clasificación indirecta en sus arts. 3.b) y 5.2, sin que resulte necesario acreditar la experiencia en el grupo concreto para obtener la clasificación. Pero el

desarrollo de dichos preceptos es, en opinión de este Consejo, insuficiente, puesto que sólo se hace referencia a las estimaciones que realizará la empresa con arreglo a una obra tipo equivalente a la del subgrupo y categoría en cuestión, sin precisarse de forma clara su definición ni el margen de que dispondrá la Comisión de Clasificación para valorar si esa “obra tipo” proyectada resulta homologable.

Todo ello contribuye a una excesiva compartimentación de la oferta y a generar unas innecesarias barreras a la entrada. Ello puede conducir a que, al menos en determinados mercados, las tensiones competitivas existentes entre los operadores calificados se relajen, comportando que el demandante –en este caso, la Administración Pública-, obtenga ofertas menos ventajosas debido a la menor presión competitiva existente. Se trata, además, de mercados a menudo oligopolísticos, donde el sistema de clasificación incrementa no sólo las barreras a la entrada sino también la transparencia. Con ello se puede ver modificado el comportamiento competitivo de los operadores ya calificados, al saber que la participación de nuevos operadores en la competencia por ese mercado puede no ser inmediata e inesperada. Esta limitación del número de operadores puede permitir que los operadores presentes adopten estrategias de coordinación más fácilmente, favoreciéndose el reparto de mercados o el pacto de precios. En consecuencia, de estas prácticas anticompetitivas podrían derivarse pérdidas de eficiencia en el mercado, y con ello en el bienestar económico general.

En definitiva, resulta dudoso que las ventajas derivadas de la eliminación de costes de transacción en este caso resulten proporcionadas a los efectos negativos que se pueden generar con el sistema diseñado.

El proyecto también debe revisarse a la luz del **principio de mínima distorsión de la competencia**. Este principio implica que, de entre los instrumentos posibles para la consecución de un objetivo dado, se deben emplear aquéllos que supongan el mínimo perjuicio para la competencia. En este sentido, el objetivo perseguido es la reducción de la carga administrativa para los empresarios que supondría la acreditación de la solvencia caso por caso. Lo cierto es que, respetando este objetivo y los principios generales de la LCSP, este objetivo podría conciliarse con un menor riesgo para la competencia de lo que lo hace este PRD.

Un ejemplo de ello es la delimitación concreta de grupos y subgrupos que realiza el PRD, por su pretendida peculiar naturaleza. Como ya se ha mencionado, la propia LCSP establece la existencia de grupos y subgrupos, delimitación que va a constituir el primer elemento que determina la clasificación de las empresas y, por tanto, su acceso a las diferentes clases de contratos de obras o servicios.

La determinación del número de subgrupos, así como el criterio que se sigue para establecer dichos subgrupos con carácter diferenciado, debe realizarse teniendo en cuenta que no se pueden segmentar los mercados de manera injustificada, estableciendo dificultades artificiales de acceso y de movilidad dentro de los mismos.

Precisamente, con arreglo al mencionado principio de mínima distorsión, ésta habría sido una buena ocasión de reducir todo lo posible el número de subgrupos preexistentes, integrando aquellos que comprendiesen actividades homologables en uno sólo. Ello, por otra parte, resultaría más claro que establecer un catálogo de subgrupos afines y dependientes, catálogo que posibilita acceder a la clasificación en un subgrupo a partir del cumplimiento de los requisitos para encontrarse clasificado en otro subgrupo relacionado.

Por el contrario, y como se precisará más abajo, algunas de las modificaciones del PRD en este sentido van generalmente encaminadas no a reducir sino a crear un mayor número de subgrupos, sin que sea posible discernir cuáles son las motivaciones concretas que fundamentan la aparición de cada nuevo subgrupo.

Otro de los elementos que contiene este PRD que puede entenderse que contraviene el principio de mínima distorsión es la regulación de los diversos sub-índices que engloban el llamado índice de empresa. En efecto, el PRD mantiene la complejidad de la regulación vigente en el diseño de estos índices, y su misma filosofía en el sentido de que dichos índices sirven de factor corrector al alza para conseguir las respectivas categorías. Es difícil pensar que no puedan diseñarse otros instrumentos regulatorios alternativos más sencillos que permitan evaluar las capacidades técnicas o financieras de las empresas y que a la vez introduzcan menos distorsiones a la competencia.

También debe aludirse al **principio de eficacia**, entendiendo por tal que el diseño de las normas debe permitir la apropiada consecución de los fines que persigue. En este sentido, si el objetivo de la clasificación es permitir una adecuada acreditación de la capacidad y solvencia de cada empresa, reduciendo la carga administrativa que supone probar dicha solvencia caso por caso, cabe decir que algunos de los elementos del sistema no consiguen su objetivo.

Este es el caso de la limitación que se impone al efecto multiplicador del índice de empresa (art. 11 PRD). Precisamente en este sentido el PRD dispone que el resultado de la aplicación de dicho índice –multiplicador de la experiencia real en

obra ejecutada- no podrá conducir en ningún caso al otorgamiento de una categoría superior en más de un grado de la referida escala a la que correspondería en ausencia del mismo.

Este límite resulta contrario a la finalidad del propio índice de empresa en un doble orden. Por un lado, si la función de dicho índice es precisamente servir para incrementar la categoría que se obtendría mediante la exclusiva acreditación de la experiencia, entonces el límite que se impone perjudica la eficacia de dicho objetivo, puesto que le impide aprovechar su recorrido. Por añadidura, el establecimiento de tal previsión supone un reconocimiento de que el juego del índice de empresa, tal como está concebido, puede llegar a distorsionar la medida real de la solvencia de la empresa, con lo cual sería el propio diseño del índice el que resultaría ineficaz para determinar la solvencia.

Finalmente, cabe revisar el PRD a la luz de los **principios de transparencia y predecibilidad** del desarrollo normativo. De nuevo, el Consejo encuentra que el Proyecto propone modificaciones en algunos puntos cuyas motivaciones y metodología no resultan lo suficientemente claras, y que, por otro lado, supondrán un cambio importante en la situación de un número no desdeñable de operadores en el mercado.

Este es el caso de la brusca revisión de los umbrales asociados a las distintas categorías de los subgrupos. No se acierta a discernir si la motivación de dicha revisión responde a una simple actualización de los distintos valores monetarios, que no se modificaban desde la entrada en vigor de la Orden Ministerial de 28 de junio de 1991, o a un cambio de filosofía. Tampoco ayuda a determinar su justificación el hecho de que en las últimas semanas se hayan cambiado los valores numéricos de los umbrales (invalidándose, además, la supresión de una de las categorías que inicialmente se había efectuado en relación con el régimen vigente, la cual se vuelve a añadir en el último borrador) sin haberse proporcionado justificación suficiente de las razones a que responde tal cambio.

En definitiva, este Consejo considera que la LCSP permite un desarrollo más favorecedor de la competencia y menos generador de cargas administrativas que el que se lleva a cabo mediante el presente PRD, que, por un lado, consolida los elementos principales del sistema de clasificación que existía hasta ahora, y, por otro, introduce nuevas matizaciones que no vienen a favorecer la competencia ni a aligerar la carga con respecto al sistema preexistente. Este nuevo marco legal debería constituir una oportunidad de primer nivel para iniciar un proceso de reflexión sobre el diseño concreto del sistema de clasificación que culminase en la

introducción de elementos que garantizaran la aplicabilidad de los principios referidos en el art. 1.1 LCSP en lo relativo al sistema de clasificación.

En este sentido, llama también la atención que, siendo la clasificación de las empresas una materia compleja técnicamente en el marco de la regulación contractual, su desarrollo se trate con semejante grado de urgencia, anticipándose, mediante este Reglamento parcial, al futuro Reglamento general de desarrollo.

Así, en su memoria justificativa, el Ministerio de Economía y Hacienda viene a subrayar la necesidad de actuar con celeridad y desarrollar parcialmente la LCSP, abordando únicamente lo que se refiere a clasificación y registro de contratistas, y concreta los motivos para dicho desarrollo parcial. A tal efecto, dicha memoria, dispone que “[...]hay materias, entre las reguladas por la Ley, cuyo desarrollo reglamentario es claramente aconsejable llevarlo a efecto del modo más inmediato posible con el doble objetivo de posibilitar la puesta en práctica de tales modificaciones y al mismo tiempo permitir el cumplimiento de los objetivos propuestos a través de ellas. Buen ejemplo de esto es lo que hace referencia a los fines de reducción de la carga administrativa que pesa sobre los órganos de contratación y sobre los propios licitadores en el momento de participar en los procedimientos de adjudicación”.

En todo caso, en lo que respecta a la definición de grupos, subgrupos y categorías, tal urgencia sería relativa, ya que, en tanto no se proceda a dicho desarrollo reglamentario, siguen valiendo las prescripciones del antiguo TRLCAP y el Reglamento general de contratación administrativa de 2001 en la materia (DT5ª de la LCSP), sin que por tanto exista posibilidad de colisión entre un sistema y otro. Y, en relación con el resto de elementos novedosos que la LCSP pueda introducir en el sistema de clasificación que puedan necesitar de desarrollo reglamentario, este Consejo considera que, dado que resulta de capital importancia la regulación de la clasificación, la urgencia que, en su caso, pudiera aconsejar una adaptación rápida del marco reglamentario no debería llevar aparejada la consolidación de aspectos, tanto de filosofía general como de ajuste fino, que consoliden en el ordenamiento jurídico, o incluso potencien, elementos que pueden resultar perniciosos para el desarrollo de la competencia en los mercados.

IV.2 Observaciones al articulado

Sin perjuicio de que el Consejo considere que es cuestionable, con carácter general, la adecuación del desarrollo reglamentario de la clasificación a algunos de

los principios de la regulación eficiente, se comentan a continuación aspectos de la regulación propuesta que merecen comentarios puntuales, en particular haciendo referencia a la última versión recibida del PRD. Muchos de los comentarios relativos a la clasificación de empresas contratistas de obras, desarrollada en los arts. 1 a 12 del PRD también son de aplicación a los que describen la clasificación de contratistas de servicios en los arts. 13 a 22 y, por ello, no se considera necesario repetirlos.

Art. 1 Grupos y subgrupos en la clasificación de contratistas de obras

Según la LCSP (art. 56) los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos *por su peculiar naturaleza y dentro de éstos por categorías, en función de su cuantía*. En este artículo se detallan los distintos grupos y subgrupos en los que pueden dividirse los contratos de obras, por lo que, con carácter previo y en aras de una mejor adecuación del título del artículo a su contenido, debería considerarse la siguiente denominación:

Art. 1 Grupos y subgrupos en los contratos de obras

Por lo que se refiere al contrato de obras, a pesar de que el PRD mantiene los 11 grupos de clasificación que existían en la regulación previa, se han realizado cambios importantes -respecto a los subgrupos en que se dividen- en siete de los grupos contemplados. Hay que señalar que en la versión inicialmente enviada a información pública, ya se habían recogido cambios en relación con el Reglamento vigente. Algunos de estos cambios inicialmente proyectados han desaparecido en la última versión disponible, volviéndose a la situación que rige actualmente (por ejemplo, la eliminación del subgrupo O5-4 “Grandes Presas”). Sin embargo, en la última versión también han aparecido nuevos subgrupos que no figuraban en la versión sometida a audiencia pública (por ejemplo, Grupo O1-7 estabilización de suelos, Grupo O3-13 conservación-mantenimiento-reparación de edificaciones).

Si bien en la memoria justificativa se realiza una explicación del por qué de estos cambios, en la mayoría de los casos dicha explicación es, tal como se ha dicho, demasiado vaga e imprecisa. A este respecto, podría interpretarse que las descripciones de los trabajos incluidos en cada uno de los subgrupos, que figuran en un anexo al nuevo PRD, constituyen por sí mismas la explicación de la necesidad de creación de cada uno de los subgrupos.

Sin embargo, este Consejo no comparte que dicha descripción de trabajos sirva de justificación suficiente de la necesidad de dichos cambios. Dicho Anexo

efectivamente describe el contenido de los distintos subgrupos, pero obvia cuáles han sido los motivos técnicos o de otra índole por los que se ha procedido a la reorganización, sea ésta en el sentido que sea. Sin una justificación clara, el Consejo considera que el establecimiento de, en el caso de las obras, más de 80 subgrupos repartidos entre los 11 grupos generales (frente a los 69 existentes en la actualidad), contribuye a segmentar el mercado, sin que en muchos de ellos se aprecien diferencias sustantivas como para considerarlos como subgrupos diferenciados. Y ello aunque la mayoría de subgrupos ya existiesen bajo la regulación vigente.

Ciertamente, tal como ya se ha puesto de manifiesto, el hecho de que el propio PRD establezca subgrupos afines, que pueden conducir a la clasificación indirecta en otros subgrupos distintos de aquél en el cual se acredita la obra ejecutada, supone un reconocimiento implícito de que sería posible un diseño más racional de estos grupos y subgrupos, en el que sólo se distinguiesen aquellas actividades cuyas características técnico-económicas resultasen suficientemente diferenciadas.

En consecuencia, se considera que debería haberse procedido a un diseño más racional de los grupos y subgrupos que hubiese reducido su número –en particular, el de los subgrupos- y justificado más pormenorizadamente la necesidad de la segmentación propuesta, así como su base técnico-económica.

Art. 2 Categorías de clasificación en los contratos de obras

Las categorías de clasificación exigibles para la licitación de los contratos de obras se determinan en función de su cuantía, establecida por referencia al valor íntegro del contrato, entendiendo por tal el presupuesto de licitación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, o su valor medio anual, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, si la duración es superior.

Los cambios en las categorías introducidos en la versión ahora remitida se concretan en el cuadro siguiente, que permite a su vez compararlas con las vigentes en la actualidad.

Comparación de umbrales de categorías de clasificación de los contratos de obras

Categoría	RD 1098/01	Última versión PRD
A	Hasta 60.000€	Hasta 150.000€
B	De 60.000 a 120.000€	De 150.00€ a 350.000€
C	De 120.000€ a 360.000€	De 350.000€ a 700.000€

D	De 360.000€ a 840.000€	De 700.000€ a 1.500.000€
E	De 840.000€ a 2.400.000€	De 1.500.000€ a 3.200.000€
F	Más de 2.400.000€	Más de 3.200.000€

Los umbrales que determinan las categorías de los contratos son los que a continuación van a servir para la clasificación de los contratistas una vez acrediten su experiencia en obras de similar cuantía en el subgrupo correspondiente. Resulta, por tanto, evidente que el diseño de las categorías de clasificación exigibles puede tener una incidencia importante en la existencia de una competencia efectiva en los mercados, pues condiciona los distintos tramos en que pueden competir las empresas tanto pequeñas como medianas y grandes.

Pues bien, con independencia de que este diseño pueda o no ser considerado el más adecuado para favorecer la concurrencia entre empresas, también en este punto se echa en falta una mayor justificación de la necesidad y proporcionalidad de los cambios introducidos respecto al régimen vigente en materia de clasificaciones, que datan del año 1991, sin que la modificación de 2001 implicase cambio alguno en este punto.

No se discute que la actualización de los umbrales resulta necesaria, habida cuenta del periodo de tiempo transcurrido desde 1991 hasta el momento actual. Pero, si este era el objetivo, se debería haber explicitado claramente esta circunstancia, justificando adecuadamente qué tipo de índice va a ser utilizado para realizar dicha actualización y aplicándolo de manera consistente a todos los umbrales.

Sin embargo, los cambios de importes en las categorías no han afectado a todas ellas por igual. Así, observando el cuadro anterior, parece apreciarse que se han ampliado las posibilidades de acceso de las empresas con experiencia en obras de menor cuantía, que posiblemente sean empresas más pequeñas, a contratos de obra pública de mayor envergadura. De hecho, de acuerdo con el nuevo umbral fijado por la LSCP no será necesaria la clasificación para aquellos contratos de cuantía inferior a 350.000 euros, mejora sustancial si se compara con los 120.000 euros de la legislación anterior.⁷

⁷ De hecho, la calificación en las categorías A y B actuales es únicamente relevante a efectos de poder concurrir en UTE.

Por el contrario, el incremento en el umbral mínimo para acceder a las licitaciones de obras de categoría máxima, que ha pasado de 2,4 millones a 3,2 millones de euros, supondrá que determinadas empresas que antes podían presentarse a todo tipo de licitaciones en un cierto subgrupo, ahora vean restringidas sus posibilidades. Por ejemplo, las empresas que antes podían acreditar haber realizado satisfactoriamente obras de 3 millones de euros de cuantía y que, por tanto, podían optar a cualquier contrato de ese subgrupo cualquiera que fuera su volumen, ahora perderán la posibilidad de acceder a la categoría máxima y, por tanto, a obras de mayor volumen, produciéndose, en principio, una limitación del número de posibles oferentes para este tipo de contratos. Un razonamiento similar podría aplicarse al resto de categorías cuyos umbrales se han visto alterados.

Dada la falta de acceso a estadísticas sobre el volumen de contratación más frecuentemente utilizado por las distintas Administraciones Públicas implicadas en la gestión de la contratación pública, no se pueden extraer conclusiones muy claras con respecto a si los cambios en los segmentos de clasificación van a presentar una incidencia determinante en las condiciones de concurrencia a las licitaciones de obras de distinta naturaleza y cuantía. Lo cierto es que una revisión tan brusca en algunas categorías podría potencialmente expulsar del acceso a ciertos contratos a un número de empresas que antes estaban acreditadas para acudir a su licitación.

En todo caso, más allá del efecto inmediato, que resulta indiscutible, y con independencia de la pertinencia o no de la revisión de los umbrales, de nuevo lo que se echa de menos es una justificación clara de la metodología, criterio o indicador para la nueva determinación de los umbrales, o del sentido técnico-económico de las modificaciones introducidas, que permitan determinar la proporcionalidad de la revisión.

Arts. 3, 4 y 5 Clasificación en subgrupos, grupos y categorías

Una vez definidos en los dos primeros artículos los subgrupos y categorías en que se clasifican los contratos de obra, en los tres siguientes se detalla la forma en que los contratistas de obras se pueden clasificar en subgrupos, grupos y categorías. Por ello, resultaría esclarecedor si los correspondientes títulos de los artículos se modificaran del siguiente modo:

Clasificación de los contratistas de obras en subgrupos [Art.3], grupos [Art.4] y categorías [Art.5].

El sistema expuesto en estos tres artículos permite la clasificación de empresas que acreditan experiencia en un subgrupo determinado o subgrupos afines o de mayor complejidad (art. 3 a-c) del PRD) así como, excepcionalmente, de aquellas que, no pudiendo acreditar experiencia en obras de esa naturaleza o similares en el periodo exigible, pueden acreditar disponer de suficientes medios personales, financieros y técnicos para la ejecución de los trabajos correspondientes al subgrupo (art.3 d) del PRD).

Como ya se ha apuntado, para minimizar el efecto restrictivo de la competencia que comporta la obligatoriedad de la clasificación, esta última posibilidad, que permite a las empresas que no hayan contratado obras con anterioridad con el sector público ser consideradas solventes, debería recibir un tratamiento reglamentario más claro y pormenorizado. Así, el PRD desarrolla en su art. 5.2 la manera en que las empresas que accedan a un subgrupo determinado en virtud del art. 3.d van a obtener la categoría en ese subgrupo. Muchos de los conceptos a los que se remite para la obtención de dicha categoría son descritos de manera imprecisa. Por ejemplo, la definición de "obra representativa" u "obra tipo", el procedimiento para estimar el importe correspondiente, o la acreditación por parte de la empresa interesada en la clasificación de las "características cualitativas y cuantitativas relevantes para su ejecución".

El Consejo considera que una mayor claridad y precisión en los criterios que permiten obtener la clasificación en un subgrupo y categoría determinados a empresas que no pueden acreditar experiencia en el subgrupo concreto contribuiría a incrementar la eficacia de dicho precepto, incentivándose así que nuevas empresas hasta ahora ajenas a la contratación de obra pública accedan al mercado, en el espíritu de la LCSP.

Art. 6 Criterios de clasificación

Este artículo dispone que la categoría de clasificación de cada empresa resulta de multiplicar la experiencia acreditada (o estimada) en los trabajos propios del subgrupo por la evaluación *global* de la solvencia técnica, económica y financiera de la empresa, sintetizada en el denominado índice I de la empresa.

Aunque la LCSP no predispone su existencia, este índice de empresa trata de integrar, de manera peculiar y no exenta de arbitrariedad, las distintas variables que la LCSP identifica como acreditativas de la solvencia técnica y financiera. Y lo hace a través de la construcción de una serie de índices intermedios, de tecnicidad (T),

de mecanización (M), de experiencia constructiva general (E) y financiero (F), que sumados permiten calcular el índice de empresa mediante la siguiente fórmula:

$$I = 1,2+T+M+F+E,$$

Así, tal como está planteado, la función del índice de empresa, tanto bajo la regulación vigente como bajo la propuesta, es servir de factor corrector de la categoría que inicialmente sería obtenida en ausencia de dicho índice únicamente a través de la experiencia acreditada en obras similares, pudiendo llegar a aumentar el valor inicial de la obra ejecutada en el subgrupo en cuestión en más del cuádruple⁸ con la correspondiente mejora en la categoría.

Una primera reflexión en relación con el diseño del mecanismo previsto es que al aplicar dicho índice de forma multiplicativa a la variable que mide la obra ejecutada, el índice no puede jugar a favor de aquellas empresas que no estén en disposición de acreditar experiencia concreta. En este sentido, podrían existir otros modos de considerar los mismos elementos que engloban el índice de empresa, sin hacerlos dependientes de la acreditación de la obra ejecutada de modo que no favorecieran exclusivamente a los operadores que ya participan en el sistema.

Otra reflexión que cabe realizar es que, salvo el índice E, cada uno de los otros índices que conforman el índice de empresa requieren para la determinación de su valor el cálculo previo de un cociente en que el denominador es una medida del tamaño de la empresa, ya sea la obra anual media ejecutada, ya sea el importe anual medio de la facturación de la empresa, durante un período de tiempo dado (el último trienio). Como los valores prefijados que se asignan a cada índice aumentan con el valor del correspondiente cociente, cuanto mayor sea su denominador, menor será el cociente y, por tanto, menor será el índice. Ello implica que cuanto “mayor” sea la empresa, menos puede verse beneficiada por dicho índice, incluso si sus recursos técnicos o financieros son superiores a los de otras empresas.

Si nos abstraemos del hecho arriba referido de que el índice de empresa sólo beneficia a las empresas que puedan acreditar obra ejecutada, esta filosofía general de construcción de los distintos índices intermedios puede ayudar a que un mayor número de empresas puedan acceder a contratos de mayor cuantía, lo cual en principio podría resultar más favorecedor de la competencia que un sistema de

⁸ Cada uno de los índices particulares puede alcanzar unos máximos prefijados de modo que el valor máximo de I sería de 4,2, de alcanzar todos esos elementos su cota máxima.

clasificación en el que exclusivamente se valorase la experiencia concreta. Pero este efecto debe resultar compatible con el objetivo perseguido, que es tratar de reflejar lo más fielmente posible la solvencia efectiva de cada empresa. Por lo tanto, el diseño debería esmerarse en justificar la forma en que se incorporan las distintas variables relacionadas con la solvencia que la LSCP destaca y el peso relativo de cada una de ellas. En este sentido, el PRD más que replantear el diseño del índice de empresa en relación con el régimen vigente, tan sólo realiza ciertos ajustes particulares que pueden tener incidencia en materia de competencia y que se comentarán a continuación.

Art. 7 Índice de tecnicidad

Para determinar el número y categoría del personal técnico de la empresa, ya no se incluye como tal la asistencia técnica contratada (no proveniente de medios propios de la empresa), ni se tiene en cuenta la misma aplicando un porcentaje de incremento sobre la puntuación que obtengan los recursos técnicos propios, lo cual sí sucede bajo el vigente Reglamento.

Se considera que esta modificación no debe introducirse, ya que no se encuentran razones que aconsejen penalizar la dependencia de una empresa de la asistencia técnica contratada para la realización de su actividad. Es más, este planteamiento podría contravenir el espíritu de la LSCP, cuando indica en su art. 52 que la solvencia podrá acreditarse basándose en medios externos, esto es, medios de entidades sin vinculación jurídica con la empresa, siempre que se demuestre que, para la ejecución del contrato, se puede disponer efectivamente de esos medios. Una prescripción similar se deduce igualmente del art. 65.b) de la LCSP. En definitiva, en este punto debería regir la autonomía propia de las empresas de poder elegir la mejor forma de gestión de sus recursos, y evitarse, por añadidura, que se establezca por vía normativa la necesidad de incurrir en costes hundidos lo cual desincentivaría la entrada.

Por otra parte, la reordenación de las enseñanzas universitarias y sus correspondientes titulaciones según el Plan de Bolonia, aconseja que se adecuen los supuestos contemplados en el PRD para obtener puntuación que dependen de la posesión de un título universitario de primer y de segundo ciclo –nomenclatura que se incorpora en la última redacción del PRD y sustituye a la de “técnico superior” y “técnico de grado medio”-, ya que muy próximamente estos conceptos dejarán de existir.

También se echa en falta mayor precisión en la definición de otros conceptos como el de Director-Gerente, Director-técnico, experiencia profesional en obras o personal técnico no titulado, porque distintas interpretaciones de los mismos pueden dar lugar a muy distintas puntuaciones.

Art. 8 Índice de mecanización

En la versión sometida a audiencia pública, entre los elementos a tener en cuenta para determinar este índice no se incluían los medios alquilados por la empresa. Esto parece discriminar entre los medios en propiedad y los que pudieran arrendarse en la valoración del índice de mecanización.

El Consejo considera que, por las mismas razones que han sido expuestas a propósito de la asistencia técnica contratada, los medios alquilados deberían tenerse en cuenta para el cálculo del índice de mecanización. En este sentido, la versión actual del PRD habla de valorar el “parque de maquinaria en propiedad o arrendamiento financiero”, pero también del “parque de maquinaria cuya efectiva disposición se acredite”, dando lugar a confusión sobre si cabe entender que los medios técnicos alquilados pueden servir para acreditar la solvencia técnica o no. En consecuencia, convendría clarificar, en sentido positivo, esta posibilidad.

Art. 11 Clasificación directa e indirecta en subgrupos

En este artículo se especifican dos limitaciones al sistema de clasificación basado en criterios de experiencia en obras ejecutadas de una determinada naturaleza y de capacidad técnica en personal y equipamiento y financiera.

Por un lado, en el apartado 1.c), se estipula que cuando se revise la clasificación de una empresa ésta no podrá nunca mejorar más que avanzando a la categoría inmediatamente superior, a pesar de que los cálculos antes mencionados (que permitirían obtener el valor de K definido en este artículo) indicaran que puede acceder a una categoría todavía mayor.

A este respecto, el Consejo considera que esta habría sido una buena ocasión de eliminar tal previsión, que ya está presente en el Reglamento vigente. El límite del “ascenso” que pueda suponer el efecto multiplicador del índice de empresa tan sólo a una categoría reduce en gran medida el juego del índice de empresa tal como está diseñado actualmente.

De nuevo, al no haber tenido acceso a estadísticas al respecto se carece de elementos de juicio robustos para valorar en qué medida el número de empresas que resultarían afectadas será significativo. En todo caso, el Consejo no acierta a comprender la justificación de la necesidad y proporcionalidad de dicha medida. Lo que implica, al contrario, es una merma de la eficacia de dicho índice de empresa, pudiendo incluso llegar a interpretarse que con ello se pretende corregir un defecto en el diseño de dicho índice, al reconocerse que éste podría tender a sobrevalorar la solvencia de las empresas.

Por otro lado, el apartado 1.d) impone límites adicionales al mecanismo de clasificación hasta ahora descrito. En efecto, para poder acceder a una clasificación en una determinada categoría es preciso satisfacer previamente una condición de solvencia financiera consistente en acreditar “disponer de un patrimonio neto igual o superior al 8% del importe del límite superior de la cuantía de los contratos a los que la categoría alcanzada permite optar”. Esta previsión también se encuentra en la legislación vigente, si bien regulada de manera ligeramente diferente (se establece que los fondos propios de la empresa han de superar una determinada cuantía, de acuerdo con la categoría de que se trate).

En realidad, este requisito para la obtención de categoría prima sobre los demás al establecerse que cuando el patrimonio neto no alcance el importe mínimo así fijado, se asignará aquella categoría a la que se pueda acceder según estos cálculos.

Sin perjuicio de la mejora que supone sustituir la referencia a los fondos propios por la de patrimonio neto (la segunda, de acuerdo con el Plan General de Contabilidad, incluye más conceptos además de los fondos propios), y de que los porcentajes de referencia serían similares o incluso inferiores a los existentes actualmente, lo cierto es que no se acierta a comprender si dicha previsión resulta necesaria y proporcionada en relación con el objetivo que se persigue.

Comentarios generales respecto a la Sección 3 (arts 23 a 26) y a la Sección 4 (arts 27 a 31)

Estas dos Secciones del Capítulo I regulan los aspectos procedimentales de la solicitud y revisión de clasificación. Dicha regulación presenta determinados elementos u omisiones que pueden contribuir a limitar el acceso al mercado.

Por ejemplo, el art. 27 efectúa una regulación detallada de los extremos que deben acreditarse para conseguir la clasificación en un subgrupo y categoría concretos. En su punto 4.d), refiere dicho artículo que habrá de presentarse la “Declaración,

respecto de los tres últimos ejercicios, de la cifra global correspondiente al volumen de negocios de la empresa y de la referida exclusivamente a la ejecución de los contratos, de obras o de servicios, en que se desea obtener clasificación”. Se echa en falta una regulación de lo que deberá acreditarse por las empresas que no estén en disposición de acceder a la clasificación en virtud de su obra ejecutada en el subgrupo en cuestión (vid. art 5.2 PRD).

Asimismo, en el art. 27.6 in fine, se establece que, en orden a la acreditación de los medios materiales de la empresa, “podrán tenerse en cuenta medios materiales de otras empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades de la solicitante, siempre que ésta los identifique adecuadamente y acredite en el expediente que los tendrá efectivamente a su disposición durante el plazo de tres años contado a partir de la fecha del acuerdo de clasificación”. Se considera que la exigencia de un plazo de disposición de la maquinaria de tres años puede resultar excesiva.

Adicionalmente, en aras de una mejor técnica legislativa, podría haberse seguido una estructura más lógica en el desarrollo de los distintos preceptos de manera que se comenzase explicando los requisitos necesarios para la obtención inicial de la categoría, se siguiese con la exposición de los criterios que se tendrán en cuenta para dicha obtención y se finalizase con los requisitos relativos al mantenimiento y a la revisión de clasificaciones.

En este mismo sentido, los títulos de algunas Secciones y artículos deberían adecuarse al contenido, por ejemplo la Sección 3 se denomina “Exigencia y acreditación de la solvencia económico-financiera para la clasificación de empresas”, y bajo dicha rúbrica se encuadra un artículo, el 26, que versa sobre la justificación del mantenimiento de la solvencia técnica y profesional. Así mismo, en aras de la claridad la redacción de los arts. 28.1 y 29.3 debería reconsiderarse, ya que en ambos artículos se hace referencia al mismo supuesto de hecho (empresa clasificada que no presenta en plazo la declaración de mantenimiento de la solvencia económica y financiera del art. 24). Sería procedente que las consecuencias procedimentales de la omisión de tal declaración quedasen detalladas en un mismo artículo.

Madrid, 28 de noviembre de 2008