

## **JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

### **INFORME 12/16, 27 de abril de 2017**

Informe 10/16, de 27 de abril de 2017 "Exigencia de tasa para licitar contrato de obras". Confederación Nacional de la Construcción (CNC)

Clasificación del informe: 7. Capacidad y solvencia de la empresa. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.1 Pliegos de cláusulas administrativas generales. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.1. Documentación a incorporar a la proposición. 16.7. Otras cuestiones. 18. Otras cuestiones de carácter general.

#### **I. ANTECEDENTES**

La Confederación Nacional de la Construcción dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

"D. Juan Francisco Lazcano Acedo, en su condición de Presidente de la CNC (Confederación Nacional de la Construcción), domiciliada en Madrid, calle Diego de León nº 50-22, comparece como mejor proceda en Derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y

SOLICITA DICTAMEN de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las cuestiones que más adelante se especifican por considerarlas de interés general para el sector de la construcción de obras públicas:

CUESTIÓN SOMETIDA A CONSULTA: Por esta Confederación se ha detectado la exigencia por parte de varios Ayuntamientos, en sus Ordenanzas Fiscales y en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares, de una tasa por tomar parte en una licitación.

A modo de ejemplo transcribimos los párrafos pertinentes de dos de ellos. La primera, del Ayuntamiento de Benabavís (Málaga):

“1. Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa de Expedición y Tramitación de Documentos Administrativos a instancia de parte:

EPÍGRAFE 6. Oposición y concursos.

1. Participación en procesos selectivos para cubrir plazas de funcionarios o personal laboral fijo: 15,00 €
2. Por participar en licitaciones de obra (excepto para los contratos menores) 300,00 €”

y una segunda, del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre:

“Artículo 7°. Cuantificación de la obligación tributaria.

<p><i>Contratos mayores: por cada 18.000 euros o fracción del presupuesto de licitación y por cada 18.000 euros (incluye toda la documentación necesaria para participar en el proceso de licitación)</i></p>	<p><i>18,00 euros (hasta un importe máximo a abonar por licitador de 3.000 euros).</i></p>
---	--

Sin entrar a valorar el aspecto fiscal de dicha exacción ni la vulneración del principio de precio público por la prestación al ciudadano de un servicio por parte del ente público, en opinión de esta entidad tal exigencia vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos recogidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en la propia Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública de 26 de febrero de 2014, limitando la concurrencia y la libre competencia.

La implantación de una tasa, en muchos casos variable en función del presupuesto de licitación, puede llegar a impedir el acceso a una convocatoria de licitadores que se ven obligados al pago de una cantidad, en ocasiones importante, sólo por ver admitida su proposición.

Igualmente, dicha exacción puede llegar a impedir la selección de la oferta más ventajosa, pues sin duda se hará recaer en el precio ofertado todo o parte del importe de la tasa, causando un perjuicio económico a los licitadores no adjudicatarios que habrán de soportarla sin poderla repercutir.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo.”

## II. CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La consulta planteada por la Confederación Nacional de la Construcción plantea la adecuación en derecho de las que denomina “tasas para licitar” que, según expone, con alguna frecuencia establecen diversas administraciones públicas. Dichas tasas se configuran en ciertos casos como un requisito previo para que los licitadores interesados puedan acceder al procedimiento de selección del contratista.

2. Como tenemos reiteradamente establecido esta Junta Consultiva no puede pronunciarse sobre materias ajenas a la contratación pública. En este sentido en el marco del presente informe no procede pronunciarse acerca del ajuste a la legislación reguladora de las haciendas locales de las normas por las que se establecen tasas para acceder a las licitaciones en los contratos públicos. Por el contrario, lo que evidentemente sí puede hacer este órgano consultivo es analizar si el establecimiento de las citadas tasas puede considerarse contrario a los principios que inspiran la contratación pública. Para ello debemos comenzar analizando qué posibles repercusiones puede tener para los licitadores el establecimiento de las que la consulta denomina tasas para licitar.

Es evidente que la existencia de una tasa que, por definición, implica la existencia de una obligación tributaria que anuda un pago supone la existencia de un requisito para acceder al procedimiento de selección del contratista que la legislación aplicable en materia de contratos no menciona en ningún caso. Tal requisito puede llegar a configurarse como un auténtico obstáculo para el acceso a la licitación, obstáculo que puede ser de mayor o menor intensidad según las características y condiciones que tengan los distintos licitadores.

La anterior conclusión implica que la existencia de una tasa puede suponer dos efectos importantes en relación con el acceso a una licitación pública: puede suponer que ciertos licitadores interesados en acceder al procedimiento desistan de participar por razón de la tasa y puede suponer que no todos los licitadores sufran los mismos efectos como consecuencia de la existencia de una tasa única y fija.

3. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público configura una serie de condiciones necesarias para que licitador pueda intervenir en el procedimiento para la selección del contratista. Estas condiciones de aptitud para contratar son, como es conocido, la capacidad, la solvencia y la ausencia de prohibición para contratar. Tal como está configurada la ley, en sólida congruencia con las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el operador económico que esté interesado en participar en una licitación y disponga de las condiciones de capacidad y de solvencia requeridas, sin estar afectado por una prohibición de contratar, podrá presentarse y participar en la licitación pública que le interese. Por tanto,

bien puede decirse que el licitador que cumple las condiciones específicas establecidas para cada contrato tiene un auténtico derecho subjetivo a participar en la licitación.

Obviamente esto no quiere decir que todo licitador tenga un derecho subjetivo a resultar adjudicatario del contrato. La legislación aplicable restringe este derecho en favor de licitador que realice la oferta económicamente más ventajosa y, por supuesto, tampoco significa que los licitadores tengan derecho a convertirse en contratistas, pues eso dependerá de que hayan resultado adjudicatarios conforme a los criterios de valoración establecidos y de que cumplan los requisitos exigidos al adjudicatario por la legislación vigente.

4. La anterior conclusión queda ratificada atendiendo al contenido de las disposiciones normativas que regulan los principios de la contratación en el ámbito comunitario y en el derecho interno. Así, por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, menciona en su Artículo 18

los principios de la contratación y señala que los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. Añade que la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Más claro todavía es el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que expone que la presente Ley tiene por objeto “regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma 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, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

El legislador ha configurado lo que denomina el principio de libertad de acceso a las licitaciones como la clave de bóveda del sistema de la contratación pública española, en congruencia con el obligado respeto a la libre competencia de la que habla la Directiva. Este no es, como hemos visto, un principio absoluto e ilimitado, de modo que la libertad de acceso sólo alcanza a aquellos operadores económicos que cumplan las condiciones exigidas para cada contrato y manifiesten su voluntad de participar en él. Por el contrario, el citado principio sí que tiene un alcance máximo cuando se trata de interesados que acrediten estas dos

condiciones, de modo que en este caso, no pueden existir restricciones para licitar, más allá de las que la propia ley haya establecido.

En consecuencia, la conclusión a la que debemos llegar atendiendo al contenido del principio de libertad de acceso a las licitaciones y de la configuración de la ley en cuanto a los requisitos necesarios para contratar es que existe un auténtico derecho subjetivo invocable frente al órgano de contratación a favor de aquellos operadores económicos que cumplen las condiciones establecidas para cada contrato en concreto y que manifiestan su voluntad de participar en el proceso de selección del contratista.

La existencia de una condición económica ajena a las condiciones que establece la propia legislación contractual pública debe considerarse contraria a la misma al afectar al derecho subjetivo del potencial licitador y al principio de libertad de acceso a las licitaciones. Una medida de este tipo puede suponer, tal como ya hemos expuesto, una restricción a la concurrencia en el contrato y la imposibilidad de participación en el mismo de todos los potenciales licitadores que podrían estar interesados.

5. Como antes hemos señalado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe pronunciarse estrictamente en relación con cuestiones que estén relacionadas de un modo directo con la contratación pública. Por tanto, no es misión de esta Junta Consultiva exponer las razones que podrían justificar un eventual recurso contra el establecimiento de una categoría específica de tributos municipales como los que estamos mencionando.

Esto no obstante, sí que existe un elemento fundamental que hay que tener en cuenta a la hora de valorar la naturaleza de estas tasas y que tiene una relación muy directa con la materia contractual. La cuestión es la relativa a si verdaderamente el conceder acceso a una licitación pública a un operador económico supone la prestación de un servicio público o la realización de una actividad que beneficia de modo particular al licitador.

No olvidemos que el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, al definir el hecho imponible de las tasas locales señala que las entidades locales podrán establecer tasas “por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.” Añade la Ley que se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras.

Pues bien, desde el punto de vista de la legislación actualmente vigente, de ningún modo puede considerarse que permitir el acceso a una licitación pública pueda constituir un servicio público prestado por la entidad pública contratante. Por otro lado, tampoco puede sostenerse que dicho acceso pueda calificarse como una actividad que se refiere, afecta o beneficia de modo particular a los potenciales licitadores sino que, antes bien, se trata de un acto debido de reconocimiento de un derecho subjetivo que corresponde al licitador que cumple las condiciones legales y contractuales. Evidentemente, en el caso de los contratos públicos no se debe caer en el error de confundir la proposición del licitador, que además está limitada por las condiciones establecidas en los pliegos rectores de la contratación, con la verdadera oferta contractual, que es la realizada por la entidad del sector público contratante. Por lo tanto, cuando un operador económico solicita intervenir en la licitación de un contrato público está aceptando una oferta que previamente ha realizado la entidad contratante, de modo que no es posible sostener que la actividad administrativa que supone permitir el acceso a una licitación haya sido motivada directa o indirectamente por la actuación del licitador, ni que este haya obligado a la Administración a realizar una actividad que ésta no haya solicitado previamente del mercado mediante la realización de su oferta contractual.

En consecuencia, no es posible sostener que una actividad consistente en permitir el acceso a una licitación pública pueda identificarse con un servicio público ni tampoco con una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular a quien manifiesta su interés por participar en la licitación.

### **III. CONCLUSION:**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

- El establecimiento de tasas para acceder a las licitaciones públicas es contrario a los principios de la legislación española en materia de contratación pública. La falta de acceso a la licitación vulneraría el principio de libertad de acceso a las licitaciones, el de no discriminación e igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia.
- La actividad por cuya virtud se acepta que un operador económico participe en una licitación de un contrato público no puede considerarse ni como un servicio público ni como una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular a quien manifiesta su interés por participar en la licitación.