



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 12 de setembre de 2008

Informe 10/08, de 12 de setembre de 2008. Acreditació de la solvència de les empreses per mitjans que pertanyen a altres empreses. Possibilitat de suplir la solvència per mitjà d'un compromís de subcontractació d'una part del contracte.

Antecedents

1. El secretari general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació ha formulat, amb caràcter urgent, la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“Arran de l'expedient de contractació 2265/2008 s'ha plantejat el dubte de si algun dels mitjans d'acreditació de solvència tècnica podran ser acreditats per tercers i no pel contractista.

Atès el que disposa l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, es formula la consulta següent:

D'acord amb l'article 52, en consonància amb la previsió de l'article 54.1 segon paràgraf, de la Llei de contractes del sector públic, es demana si en cas que una part de la prestació objecte del contracte l'hagin de dur a terme empreses que tinguin una determinada habilitació o autorització professional, és possible suplir la solvència tècnica de l'empresa licitadora per mitjà del compromís de l'empresari de subcontractar l'execució d'aquesta porció amb altres empresaris que disposin de l'habilitació necessària.

Es sol·licita l'informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, amb caràcter urgent, per mor de la necessitat de complir els terminis establerts a la nova llei de contractes.”

2. El secretari general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de



conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es reuneixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a la possibilitat, en els casos en què una part de la prestació objecte del contracte s'hagi de dur a terme per empreses que tinguin una determinada habilitació o autorització professional, de suplir la solvència tècnica d'una empresa licitadora per mitjà del compromís de l'empresari de subcontractar l'execució d'aquesta porció amb altres empresaris que disposin de l'habilitació necessària.

La consulta està dirigida a determinar la relació existent entre l'article 52 i l'article 54.1 segon paràgraf de la Llei de contractes del sector públic, i, malgrat no s'esmenti expressament, a determinar la forma que ha d'adoptar aquest compromís i el moment procedimental oportú per a la seva acreditació.

2. La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant LCSP), estableix, a l'article 51, que per subscriure contractes amb el sector públic els empresaris han d'acreditar que compleixen les condicions mínimes de solvència econòmica i financera i professional o tècnica que determini l'òrgan de contractació.

En aquest sentit, i segons l'article 51.2, els requisits mínims de solvència i la documentació requerida per acreditar-los s'han d'indicar a l'anunci de licitació, s'han d'especificar en el plec del contracte, i han d'estar vinculats al seu objecte i ser proporcionals a aquest.

3. La integració de la solvència amb mitjans externs està prevista a l'article 52 de la LCSP, amb el tenor literal següent:

Per acreditar la solvència necessària per subscriure un contracte determinat, l'empresari es pot basar en la solvència i mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que tingui amb elles, sempre que demostrï que, per a l'execució del contracte, disposa efectivament d'aquests mitjans.



Aquest article, que suposa una modificació respecte a la legislació anterior, és una transposició de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

Aquesta Directiva, que va substituir les Directives 92/50/CEE, 93/36/CEE i 93/37/CEE, està basada en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, i, entre d'altres novetats, clarifica les disposicions relatives als criteris de selecció qualitativa del contractista, admetent expressament, pel que fa als mitjans per acreditar la solvència econòmica i tècnica, la possibilitat que els agents econòmics puguin basar-se en les capacitats d'altres entitats.

4. Fins ara l'article 15.1 segon paràgraf del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), disposava que:

En el supòsit de persones jurídiques dominants d'un grup de societats, es podrà tenir en compte a les societats pertanyents al grup, a efectes d'acreditació de la solvència econòmica i financera i tècnica o professional, o de la corresponent classificació, si s'escau, de la persona jurídica dominant, sempre i quan aquesta acrediti que té efectivament a la seva disposició els mitjans d'aquestes societats necessaris per a l'execució dels contractes.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda, en l'informe 45/02, de 28 de febrer, va interpretar aquest article 15 d'acord amb la jurisprudència comunitària i va concloure que l'acreditació per les empreses de la disponibilitat dels mitjans que exigeix l'òrgan de contractació per justificar la seva solvència tècnica es pot realitzar mitjançant la descripció dels mitjans que no són de la seva propietat sinó que pertanyen a altres empreses distintes amb les quals mantenen vincles directes o indirectes, sempre que provin davant l'òrgan de contractació que disposen de manera efectiva d'aquells per executar el contracte.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, a l'informe 4/03, de 18 de març, en anàlisi a la interpretació que s'havia de donar a l'article 15.1 paràgraf segon del TRLCAP, va dir que la incorporació al text legal de la possibilitat de tenir en compte les societats filials d'un grup als efectes d'acreditació de la solvència de l'empresa dominant d'aquest grup, obeïa a la necessitat d'adaptació del nostre ordenament jurídic a les directives europees en matèria de contractació administrativa, en la interpretació que en feien les sentències del Tribunal de Justícia de les



Comunitats Europees. I que, atès que aquestes sentències no esmentaven la manera en què s'havia d'acreditar aquesta efectiva disposició de mitjans, s'havia d'entendre que no era suficient la simple declaració dels interessats sinó que s'havia d'acreditar mitjançant un negoci jurídic que produeixi un efecte atributiu d'aquesta disposició.

5. Respecte a la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, cal destacar les sentències dictades en els assumptes C-389/92 y C-5/97, de 14 d'abril de 1994 i de 18 de desembre de 1997, respectivament (Ballast Nedam Groep NV) i en l'assumpte C-176/98, de 2 de desembre de 1999 (Holst Italia).

La sentència Holst Italia recull en els seus fonaments jurídics els expressats en la sentència Ballast Nedam Groep, i estableix el següent:

26. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él.

27. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.

28. No obstante, dicho empleo de referencias exteriores no puede admitirse incondicionalmente. Corresponde, en efecto, a la entidad adjudicadora, como establece el artículo 23 de la Directiva 92/50, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a la entidad adjudicadora la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados.

29. Así, cuando, para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, una sociedad se refiere a las capacidades de organismos o empresas a los que está unida por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe probar que puede efectivamente disponer de los medios de esos organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato.

Així, d'acord amb aquest Tribunal, una empresa pot provar que posseeix la solvència tècnica o econòmica requerida per a un contracte determinat acudint als mitjans d'altres entitats, sempre que acrediti que pot disposar efectivament dels mitjans d'aquestes entitats que siguin necessaris per a l'execució del contracte.



6. La Directiva 2004/18/CE estableix, als seus articles 47.2 (capacitat econòmica i financera) i 48.3 (capacitat tècnica i professional), que:

Si s'escau i per a un contracte determinat, l'operador econòmic pot basar-se en les capacitats d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que tingui amb elles. En tal cas, ha de demostrar davant l'entitat adjudicadora que disposarà dels mitjans necessaris per a l'execució del contracte, per exemple, mitjançant la presentació del compromís d'aquestes entitats de posar a disposició de l'operador econòmic els mitjans necessaris.

Així mateix, els articles 47.3 i 48.4 estableixen que en les mateixes condicions, les agrupacions d'operadors econòmics poden basar-se en la capacitat dels participants en les agrupacions o d'altres entitats.

En aquest mateix sentit es pronuncien els apartats cinquè i sisè de l'article 54 de la Directiva 2004/17/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes en els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i dels serveis postals.

L'article 52 de la LCSP, a diferència de la llei anterior, ja no esmenta el supòsit de grups de societats ni de persones jurídiques dominants, sinó que, d'acord amb la jurisprudència comunitària i la Directiva 2004/18/CEE, ha obert la possibilitat a l'acreditació de la solvència a través dels mitjans d'altres entitats amb independència de la naturalesa jurídica dels vincles que tingui amb elles, sempre que demostrï que disposa efectivament d'aquests mitjans.

Així doncs, tant l'article 52 de la LCSP com els articles 47 i 48 de la Directiva 2004/18/CE permeten que els licitadors puguin acreditar la solvència necessària per subscriure un contracte determinat, basant-se en la solvència i mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que tingui amb elles, sempre que demostrin davant l'òrgan de contractació, per qualsevol instrument admès en dret, que per a l'execució del contracte disposen o disposaran efectivament d'aquests mitjans.

La Directiva esmenta expressament, com a exemple d'aquest instrument jurídic, la presentació d'un compromís d'aquestes altres entitats de posar a disposició del licitador els mitjans necessaris.



Per tant, un operador econòmic pot acreditar la seva capacitat per mitjans propis o per mitjà de l'acreditació de la capacitat d'un tercer a qui tingui intenció d'acudir si resulta adjudicatari d'un contracte determinat.

Quan els operadors econòmics, tant si es presenten a una contractació de forma individual com dins una agrupació, facin referència a la capacitat d'una altra entitat, ja sigui una persona física o jurídica, hauran de provar que efectivament disposen o disposaran d'aquests mitjans, mitjançant la presentació de qualsevol instrument probatori admès en dret, com per exemple un compromís d'aquesta altra entitat.

7. L'article 54.1 segon paràgraf de la LCSP disposa que:

En cas que una part de la prestació objecte del contracte l'hagin de dur a terme empreses especialitzades que tinguin una determinada habilitació o autorització professional, la classificació en el grup corresponent a aquesta especialització, en cas que s'exigeixi, es pot suplir pel compromís de l'empresari de subcontractar l'execució d'aquesta porció amb altres empresaris que disposin de l'habilitació, i si s'escau, classificació necessàries, sempre que l'import de la part que ha de ser executada per aquests no excedeixi el 50 per cent del preu del contracte."

L'antecedent normatiu d'aquest precepte es troba a l'article 36.3 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel RD 1098/2001, de 12 d'octubre, relatiu a l'exigència de classificació als contractes d'obres en què una part l'hagi de dur a terme una casa especialitzada, on es preveu l'obligació, si així ho indiquen els plecs, de subcontractar aquesta part de l'obra amb una altra persona que disposi de la classificació corresponent, no essent per tant exigible aquella classificació al contractista principal.

A diferència del que es preveu al Reglament, l'article 54.1 segon paràgraf de la LCSP no estableix cap requisit i, per tant, aquesta subcontractació serà possible encara que el plec no ho prevegi expressament. No obstant això, seria recomanable que en els plecs dels contractes en què una part de la prestació objecte del contracte l'hagin de dur a terme empreses especialitzades que tinguin una determinada habilitació o autorització professional, figuri expressament la possibilitat que l'empresari pugui subcontractar l'execució d'aquesta porció del contracte amb altres empresaris que disposin de l'habilitació, i si s'escau, classificació necessàries, tenint en compte que en aquests casos l'acreditació de la solvència es farà en els mateixos termes que es preveuen a l'article 52 de la LCSP.



8. L'article 52 de la LCSP es refereix a l'acreditació de la solvència necessària per subscriure un contracte determinat i, per tant, implica l'execució de la totalitat del contracte per mitjans propis, en tant que l'article 54.1 segon paràgraf es refereix a l'execució d'una part del contracte per una altre entitat, cas en què es preveu la subcontractació.

Així és evident, doncs, l'estreta correlació que hi ha entre ambdós preceptes legals i els articles 47.2 i 48.3 de la Directiva 2004/18/CE. El fet que l'article 54.1 segon paràgraf s'hagi inclòs dins un precepte general relatiu a la classificació no impedeix que s'hagi d'interpretar com un corol·lari de l'article 52 de la LCSP, en els termes fixats pel Tribunal de Justícia en la sentència *Holst Italia*. En efecte, no s'ha d'oblidar que la Directiva comunitària es refereix genèricament a la capacitat dels operadors econòmics, mentre que en el nostre ordenament intern solvència i classificació són el mateix, si bé l'exigència de classificació no esdevé necessària, en tots els casos, per acreditar la solvència per a l'execució d'un determinat contracte. A més, la sentència *Ballast Nedam Groep* es referia a un supòsit de classificació d'empreses.

Això ens permet pensar que la ubicació, en seu de classificació, d'aquest segon paràgraf de l'article 54.1 de la LCSP, constitueix una transposició no especialment meditada de la Directiva comunitària. Així aquest paràgraf es refereix a la prestació d'un contracte en concret i no realment a la "classificació", la qual mai es predica respecte un contracte en concret. A més, el mateix paràgraf parla de "(...) *l'habilitació i, si s'escau, classificació necessàries* (...)", la qual cosa reflecteix que no es limita al conjunt de contractes per als quals s'exigeix classificació. Tot això permet concloure que la referència que conté aquest paràgraf a "(...) *la classificació en el grup corresponent* (...) " s'ha d'entendre referida, en general, a la solvència, constituint així un corol·lari de l'article 52 anterior, de forma que quan l'article 54.1 es refereix a l'acreditació de la classificació de l'empresa, cal entendre que igualment pot ser aplicable per al cas de la solvència tècnica.

L'article 25 de la Directiva 2004/18/CE preveu que els agents econòmics poden subcontractar amb tercers una part del contracte i que els poders adjudicadors poden exigir a aquests agents que esmentin en la seva oferta la part del contracte que tinguin intenció de subcontractar. A més, quant als criteris de selecció, l'article 48.2 *i* estableix expressament la possibilitat de justificar la capacitat tècnica de l'empresari mitjançant la descripció de la part del contracte que, si s'escau, es pretén subcontractar.



Aquestes previsions es troben als articles 67 i, si bé només pels contractes de serveis, i 210 i següents de la LCSP.

Així doncs, l'article 54.1 segon paràgraf s'ha d'interpretar a la llum de la Directiva i la jurisprudència comunitàries i, per tant, en la mesura en què implica la substitució de la solvència (o una part d'aquesta) del licitador per la d'una entitat tercera, s'ha d'integrar dins la previsió general de l'article 52 de la LCSP i dels articles 47.2 i 48.3 de la Directiva 2004/18/CE.

En conseqüència, el licitador ha d'indicar a qui desitja encomanar per via de subcontractació l'execució de la prestació per a la qual no disposa de solvència, de classificació o de l'habilitació o autorització professional exigida, i ha de demostrar que disposa dels mitjans de l'altre entitat davant l'òrgan de contractació, per mitjà d'un compromís d'aquesta entitat o d'un contracte, sotmès, fins que es produeixi l'adjudicació, a la condició què el licitador en resulti adjudicatari. Per tant, no és suficient una simple declaració unilateral del licitador davant l'òrgan contractant. Cal entendre que s'han de presentar també els documents que acreditin la solvència, la classificació o l'habilitació o autorització professional exigides.

9. Pel que fa al moment procedimental oportú per indicar que es desitja subcontractar aquesta part de la prestació per a la qual es requereix una solvència, classificació o habilitació o autorització professional específiques, i que l'altra entitat disposa d'aquella i es compromet a executar aquella part de la prestació en el supòsit en què el licitador resulti adjudicatari del contracte, cal afirmar que aquesta documentació s'ha d'incloure en el sobre que inclou la documentació relativa a la personalitat i capacitat de l'empresa.

En conseqüència, es pot aportar en el termini previst a les normes de desplegament de la LCSP per a l'esmena de defectes o omissions de documentació en aplicació de la previsió de l'article 130.1 *b* paràgraf segon.

A més, d'acord amb l'article 71 de la LCSP, l'òrgan de contractació o el seu òrgan auxiliar poden demanar a l'empresari aclariments sobre els certificats i documents presentats en aplicació dels articles anteriors o requerir-li que en presenti altres de complementaris.

Tot això sense perjudici que, una vegada adjudicat provisionalment el contracte i atès que el compromís o contracte ha d'estar sotmès a la condició de resultar adjudicatari, i amb la finalitat d'acreditar l'efectiva disposició dels mitjans



requerits, es presenti un document amb un compromís ferm, dins el termini per presentar documentació que segueix a l'adjudicació provisional del contracte.

Així doncs, la documentació que evidencia la intenció de subcontractar la part de la prestació per a la qual es requereix una solvència, classificació o habilitació o autorització professional específiques, i que una altra entitat disposa d'aquesta i es compromet a executar aquella part de la prestació en el supòsit en que el licitador resulti adjudicatari del contracte, s'ha d'incloure en el sobre que inclou la documentació relativa a la personalitat i capacitat de l'empresa, sense perjudici que, una vegada adjudicat provisionalment el contracte es presenti un document amb un compromís ferm.

Conclusions

1. Els interessats en participar en una licitació poden acreditar la solvència necessària per subscriure un contracte determinat, basant-se en la solvència i mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que tinguin amb elles, sempre que demostrin davant l'òrgan de contractació, per qualsevol instrument admès en dret, com per exemple la presentació d'un compromís d'aquestes altres entitats, que per a l'execució del contracte disposen o disposaran efectivament d'aquests mitjans.
2. En els casos en què una part de la prestació objecte del contracte s'hagi de dur a terme per empreses que tinguin una determinada solvència, classificació o habilitació o autorització professional, el licitador que no disposa d'aquest requisit pot suplir la solvència exigida per dur a terme aquesta prestació per mitjà de la subcontractació d'una altra entitat que disposi d'aquesta habilitació o classificació, sempre que el licitador ho manifesti expressament i aporti el document acreditatiu d'aquella solvència i el compromís de l'altra entitat, sotmès, fins que es produeixi l'adjudicació, a la condició que el licitador resulti adjudicatari del contracte, sense que sigui suficient una simple declaració unilateral del licitador davant l'òrgan de contractació.