

INFORME 4/03, de 18 de març de 2003

CLASSIFICACIÓ DEL CONTRACTISTA. POSSIBILITAT D'ACREDITAR LA D'UNA EMPRESA DOMINANT PER MITJÀ DE LA CLASSIFICACIÓ DE LES SEVES FILIALS.

ANTECEDENTS

El secretari general tècnic de la Conselleria de Salut i Consum sol·licita un informe mitjançant l'escrit en el que exposa el següent:

"La Mesa de contractació per a la selecció del contractista que ha de fer l'Hospital d'Inca, presidida pel secretari sotasignat, va acordar, per unanimitat, sol·licitar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre la qüestió següent :

Si es pot admetre al concurs per a la selecció del contractista que ha de fer l'hospital d'Inca, a l'UTE formada per l'empresa Construccions San José SA i Udra Industrial SA, que participen en un 80% i un 20% respectivament en l'UTE, quan aquesta última no té classificació d' empresa d'obres. Es tramet 'adjunt, l'informe del Servei Jurídic de la Conselleria sobre la qüestió que es planteja".

Acompanyen l'escrit un informe que aporta l'UTE i una còpia dels documents que presenta a la licitació.

PRESSUPOSTS D'ADMISSIBILITAT

1. Fa la sol·licitud d'informe la Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Salut i Consum, que hi té la legitimació pertinent d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 4, de 25 de febrer de 1997), de creació de la Junta Consultiva, i amb l'art. 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133 de 25 d'octubre de 1997)
2. A la sol·licitud s'hi ha adjuntat un Informe jurídic, segons que estableix l'apartat 3 del article 16 del Reglament esmentat..
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat atès que compleix tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Encara que la pregunta que formula el secretari general tècnic només al·ludeix a si en una UTE pot admetre's que un dels seus membres no estigui classificat quan a la licitació s'exigeix aquest requisit, de l'informe jurídic que acompanya a la pregunta i de les al·legacions contingudes a la documentació aportada es dedueix que la vertadera qüestió que se sotmet al criteri d'aquesta Junta Consultiva no és una altra que la de la interpretació que s'ha de donar a l'article 15.1, paràgraf segon, de la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny –LCAP-) que diu literalment :

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

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, obeeix a la necessitat d'adaptació del nostre ordenament jurídic a les directives europees en matèria de contractació administrativa, en la interpretació que en fan les sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.

D'acord amb aquest Tribunal (sentències 14 d'abril de 1994, 18 de desembre de 1997, o la més recent de 2 de desembre de 1999) perquè una empresa pugui provar que posseeix la solvència tècnica o econòmica deguda pot acudir als mitjans que estan en poder d'altres entitats sempre que s'acrediti *"que té efectivament a la seva disposició els mitjans de les esmentades societats que siguin necessaris per a l'execució dels contractes". "Corresponen al jutge nacional apreciar si s'aporta tal justificació en l'assumpte principal"*

Convé precisar que les dues sentències citades en primer lloc es van dictar en ocasió de l'examen d'una sol·licitud de classificació.

D'altra banda, en no referir-se les sentències europees a la manera d'acreditar l'efectiva disposició de mitjans, entenam que això s'ha d'acreditar mitjançant negocis jurídics que produeixin efecte atributiu d'aquesta disposició, hi no n'hi ha d'haver prou amb les meres declaracions de les persones interessades.

SEGONA.- No hi ha cap objecció a fer, doncs sobre el fet de tenir en compte els mitjans de les filials per acreditar la solvència de l'empresa mare, o, si n'és el cas, per obtenir la corresponent classificació. El problema rau en la determinació de qui és competent per apreciar aquestes circumstàncies.

La classificació és un sistema o procediment de constatació de la solvència de les empreses que està legalment establert en l'ordenament jurídic espanyol i expressament reconegut en les directives europees sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres i de serveis (92/50/CEE i 93/37/CEE), per part seva, l'article 25.1, de la LCAP disposa que "és un requisit indispensable" haver-la obtingut "prèviament" per contractar obres o serveis superiors a 120.202,42 euros, i l'article 62.b en relació amb el 20.k ambdós de la LCAP, estableix que la falta de classificació se sanciona amb la nul·litat de ple dret. La competència per a la classificació està atribuïda a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'acord amb l'article 28, apartats 1 i 3, segons que es tracti de l'àmbit estatal o autonòmic.

La impetuositat que utilitza la Llei perquè la classificació s'exigeixi amb caràcter previ, unida a la irrenunciabilitat de la competència que fixa l'art. 12.1, de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, no deixen lloc a dubtes sobre el fet que ni l'òrgan de contractació ni la mesa tenen competència per atorgar classificacions, raó per la qual no poden admetre a la licitació qui no acrediti, quan aquest requisit sigui exigible conforme a la Llei.

TERCERA.- En el aquest cas, en tractar-se d'una UTE, la classificació de l'UTE com a entitat unitària, (mancada de personalitat jurídica però apta per ser subjecte contractual –art. 24 de la LCAP-) s'ha d'obtenir pel procediment especial establert a l'art. 31.1, de la LCAP, que diu que les UTEs "s'han de classificar en la forma que reglamentàriament es determini, mitjançant l'acumulació de les característiques de cada integrant la unió temporal expressades en les seves respectives classificacions". Atès que la forma reglamentàriament determinada és la que indiquen els articles 51 i 52 del Reglament general de la LCAP (aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre), en què es diu que la mesa de contractació "ha de comprovar" si els licitadors "es troben classificats", "i ha de rebutjar els que no compleix aquest requisit" i "quan el licitador sigui una unió temporal d'empresaris classificats individualment, s'ha de comprovar si entre tots compleixen la totalitat dels subgrups exigits". Sense oblidar que, l'article 31.2 de la LCAP, precisa que "En tot cas, és requisit bàsic per a l'acumulació de les esmentades característiques que totes les empreses que concorrin en la unió temporal hagin obtingut prèviament classificació com a empresa d'obres o de serveis, en relació amb el contracte al que optin...", precepte que el Reglament desplega en els

articles citats abans amb la redacció següent *"...és requisit bàsic per a l'acumulació de les característiques de cada un dels integrants en les unions temporals d'empreses, i en concret perquè l'òrgan de contractació, per mitjà de la mesa de contractació, en faci la classificació, que totes les empreses que concorrin a la licitació del contracte hagin obtingut prèviament classificació d' empreses d'obres..."*

Podem afirmar, de conformitat amb les normes transcrites, que la competència per classificar les UTEs sí que resideix en els òrgans de contractació, per mitjà de les meses de contractació, però aquesta competència està limitada a l'acumulació de les classificacions obtingudes prèviament per les empreses que componen aquesta UTE, les quals han hagut de ser atorgades per l'òrgan competent indicat en la consideració jurídica segona d'aquest informe, això és, per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

QUARTA.- La interpretació que l'empresa pretén, exposada en l'informe jurídic de l'expedient aportat, segons la qual la mesa de contractació ha de considerar complits els requisits de classificació ja que l'article 15.1 de la LCAP diu que s'han de tenir en compte a les societats filials als efectes *"de la corresponent classificació"*, no pot acceptar-se si no és tan sols en el sentit de d'obtenir la classificació en el corresponent procediment classificatori feta per l'òrgan competent, ja que, si s'entenia en la forma pretesa, equivaldria a alterar la competència legalment establerta i la significació mateixa del concepte de classificació.

En efecte, de tot el que s'ha dit i argumentat queda patent que la classificació és un sistema implantat per l'ordenament jurídic d'un país, en aquest cas Espanya, que és membre de la Comunitat Europea, però les directives de la qual li ho permeten fer, de manera que correspon a la Junta Consultiva l'examen de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional de les empreses quan es tracta de possibilitar l'accés a determinats contractes d'obres o de serveis, atès que s'estableix amb caràcter imperatiu aquesta circumstància a l'art. 15.1 mateix de la LCAP quan diu que, per poder contractar amb l'Administració s'ha d'acreditar la solvència econòmica i tècnica, disposició a la qual s'afegeix que aquest requisit *"...s'ha de substituir per la corresponent classificació en els casos en que d'acord amb aquesta Llei sigui exigible"*. Això és, la Llei ha volgut que, en uns casos, l'apreciació de la solvència s'efectuï pels òrgans de contractació mateixos (per mitjà de les meses de contractació, si n'és el cas) i en altres determinats, ha volgut que aquesta apreciació la faci un òrgan especialitzat com ara la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

Congruent amb això el RGLCAP, dia a l'art. 11 que, perquè les empreses puguin licitar, "se n'han de fixar en els plecs de clàusules administratives particulars els criteris de selecció basats en els mitjans de solvència establerts en els articles 16, 17, 18 i 19 de la LCAP, excepte en els contractes d'obres i de serveis en que sigui exigible el requisit de classificació. D'altra banda, l'article 82 imposa a les meses la qualificació de la documentació i la determinació de si les empreses s'ajusten als criteris de selecció *"a que fa referència l'art. 11 d'aquest Reglament"*, i en limita la actuació quan a la licitació s'exigeixi el requisit de la classificació a comprovar si els licitadors *"es troben classificats als subgrups exigits"*, segons ordena l'art. 51.

Si es permetia a la mesa o a l'òrgan de contractació considerar classificada a l'empresa mare per l'avaluació dels mitjans de que disposen les filials s'alterarien les normes de classificació, ja que realment es classificaria una empresa sense la tramitació del complex expedient regulat en els articles 25 i ss. de la LCAP i del 25 al 54 del RGLCAP.

CONCLUSIONS

1) No és admissible a licitació una UTE en què un dels seus membres no ha obtingut prèviament la classificació quan aquest requisit és exigible en el procediment de licitació.

2) La previsió de l'article 15.1, paràgraf segon, de la LCAP, en els supòsits de classificació, no hi és d'aplicació automàtica ni apreciable per les meses de contractació, sinó que requereix necessàriament la instrucció i la resolució d'un expedient de classificació de la persona jurídica dominant del grup, en el que es pot apreciar, i cal fer-ho així, el requisit de la disposició efectiva dels mitjans de les societats filials.