



## **Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 12 de septiembre de 2008**

**Informe 10/08, de 12 de septiembre de 2008. Acreditación de la solvencia de las empresas por medios que pertenecen a otras empresas. Posibilidad de suplir la solvencia por medio de un compromiso de subcontratación de una parte del contrato.**

### **Antecedentes**

1. El Secretario General de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación ha formulado, con carácter de urgencia, la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

*“A raíz del expediente de contratación 2265/2008 se ha planteado la duda de si alguno de los medios de acreditación de solvencia técnica podrán ser acreditados por terceros y no por el contratista.*

*Atendiendo a lo que dispone el artículo 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, se formula la consulta siguiente:*

*De acuerdo con el artículo 52, en consonancia con la previsión del artículo 54.1 segundo párrafo, de la Ley de Contratos del Sector Público, se solicita si en el caso en que una parte de la prestación objeto del contrato la tengan que llevar a cabo empresas que tengan una determinada habilitación o autorización profesional, es posible suplir la solvencia técnica de la empresa licitadora mediante el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación necesaria.*

*Se solicita el informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, con carácter de urgencia, debido a la necesidad de cumplir los*



*plazos establecidos en la nueva Ley de Contratos.”*

2. El Secretario General de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico emitido por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

### **Consideraciones jurídicas**

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa a la posibilidad, en los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato se haya de llevar a cabo por empresas que tengan una determinada habilitación o autorización profesional, de suplir la solvencia técnica de una empresa licitadora por medio del compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación necesaria.

La consulta está dirigida a determinar la relación existente entre el artículo 52 y el artículo 54.1 segundo párrafo de la Ley de Contratos del Sector Público, y, aunque no se mencione expresamente, a determinar la forma que debe adoptar este compromiso y el momento procedimental oportuno para su acreditación.

2. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece, en el artículo 51, que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

En este sentido, y según el artículo 51.2, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

3. La integración de la solvencia con medios externos está prevista en el artículo 52 de la LCSP, con el tenor literal siguiente:



*Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.*

Este artículo, que supone una modificación respecto a la legislación anterior, es una transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Esta Directiva, que sustituyó las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y, entre otras novedades, clarifica las disposiciones relativas a los criterios de selección cualitativa del contratista, admitiendo expresamente, en lo que se refiere a los medios para acreditar la solvencia económica y técnica, la posibilidad de que los agentes económicos puedan basarse en las capacidades de otras entidades.

4. Hasta ahora el artículo 15.1 segundo párrafo del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), disponía que:

*En el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, a efectos de la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o de la correspondiente clasificación, en su caso, de la persona jurídica dominante, siempre y cuando ésta acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en el informe 45/02, de 28 de febrero, interpretó este artículo 15 de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y concluyó que la acreditación por las empresas de la disponibilidad de los medios que exige el órgano de contratación para justificar su solvencia técnica se puede realizar mediante la descripción de los medios que no son de su propiedad sino que pertenecen a otras empresas distintas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de aquellos para ejecutar el contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el informe 4/03, de 18 de marzo, en análisis a la



interpretación que debía dar al artículo 15.1 segundo párrafo del TRLCAP, dijo que la incorporación al texto legal de la posibilidad de tener en cuenta a las sociedades filiales de un grupo a los efectos de acreditación de la solvencia de la empresa dominante de este grupo, obedece a la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a las Directivas Europeas en materia de contratación administrativa, en la interpretación que hacen de ellas las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y que, dado que estas sentencias no mencionaban la manera en que se tenía que acreditar esta efectiva disposición de medios, había que entender que no era suficiente la simple declaración de los interesados sino que se tenía que acreditar mediante un negocio jurídico que produzca un efecto atributivo de esta disposición.

5. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cabe destacar las sentencias dictadas en los asuntos C-389/92 y C-5/97, de 14 de abril de 1994 y de 18 de diciembre de 1997, respectivamente (Ballast Nedam Groep NV) y en el asunto C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia).

La sentencia Holst Italia recoge en sus fundamentos jurídicos los expresados en la sentencia Ballast Nedam Groep, y establece lo siguiente:

*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.*

Así, de acuerdo con este Tribunal, una empresa puede probar que posee la solvencia técnica o económica requerida para un contrato determinado acudiendo a los medios de otras entidades, siempre que acredite que puede disponer efectivamente de los medios de estas entidades que sean necesarios para la ejecución del contrato.

6. La Directiva 2004/18/CE establece, en sus artículos 47.2 (capacidad económica y financiera) y 48.3 (capacidad técnica y profesional), que:

*En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios.*

Asímismo, los artículos 47.3 y 48.4 establecen que en las mismas condiciones las agrupaciones de operadores económicos pueden basarse en la capacidad de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.

En este mismo sentido se pronuncian los apartados quinto y sexto del artículo 54 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

El artículo 52 de la LCSP, a diferencia de la Ley anterior, ya no menciona el supuesto de grupos de sociedades ni de personas jurídicas dominantes, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y la Directiva 2004/18/CEE, ha abierto la posibilidad a la acreditación de la solvencia a través de los medios de otras entidades con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que dispone efectivamente de estos medios.

Así pues, tanto el artículo 52 de la LCSP como los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE permiten que los licitadores puedan acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los



vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestren ante el órgano de contratación, por cualquier instrumento admitido en derecho, que para la ejecución del contrato disponen o dispondrán efectivamente de estos medios.

La Directiva menciona expresamente, como ejemplo de este instrumento jurídico, la presentación de un compromiso de estas otras entidades de poner a disposición del licitador los medios necesarios.

Por tanto, un operador económico puede acreditar su capacidad por medios propios o por medio de la acreditación de la capacidad de un tercero a quien tenga intención de acudir si resulta adjudicatario de un contrato determinado.

Cuando los operadores económicos, tanto si se presentan a una contratación de forma individual como dentro de una agrupación, hagan referencia a la capacidad de otra entidad, ya sea una persona física o jurídica, tendrán que probar que efectivamente disponen o dispondrán de estos medios mediante la presentación de cualquier instrumento probatorio admitido en derecho, como por ejemplo un compromiso de esta otra entidad.

7. El artículo 54.1 segundo párrafo de la LCSP dispone que:

*En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato.*

El antecedente normativo de este precepto se encuentra en el artículo 36.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, relativo a la exigencia de clasificación en los contratos de obras en que una parte la tenga que llevar a cabo una casa especializada, donde se prevé la obligación, si así lo indican los pliegos, de subcontratar esta parte de la obra con otra persona que disponga de la clasificación correspondiente, no siendo por tanto exigible aquella clasificación al contratista principal.

A diferencia de lo que se prevé en el Reglamento, el artículo 54.1 segundo párrafo de la LCSP no establece ningún requisito y, por tanto, esta subcontratación será posible aunque el pliego no lo prevea expresamente. Sin



embargo, sería recomendable que en los pliegos de los contratos en que una parte de la prestación objeto del contrato la tengan que llevar a cabo empresas especializadas que tengan una determinada habilitación o autorización profesional, figure expresamente la posibilidad de que el empresario pueda subcontratar la ejecución de esta porción del contrato con otros empresarios que dispongan de la habilitación, y en su caso, clasificación necesarias, teniendo en cuenta que en estos casos la acreditación de la solvencia se hará en los mismos términos que se prevén en el artículo 52 de la LCSP.

8. El artículo 52 de la LCSP se refiere a la acreditación de la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado y, por tanto, implica la ejecución de la totalidad del contrato por medios propios, en tanto que el artículo 54.1 segundo párrafo se refiere a la ejecución de una parte del contrato por otra entidad, caso en que se prevé la subcontratación.

Así es evidente, pues, la estrecha correlación que hay entre ambos preceptos legales y los artículos 47.2 i 48.3 de la Directiva 2004/18/CE. El hecho de que el artículo 54.1 segundo párrafo se haya incluido en un precepto general relativo a la clasificación no impide que se tenga que interpretar como un corolario del artículo 52 de la LCSP, en los términos fijados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Holst Italia*. En efecto, no se debe olvidar que la Directiva comunitaria se refiere genéricamente a la capacidad de los operadores económicos, mientras que en nuestro ordenamiento interno solvencia y clasificación son lo mismo, si bien la exigencia de clasificación no es necesaria, en todos los casos, para acreditar la solvencia para la ejecución de un determinado contrato. Además, la sentencia *Ballast Nedam Groep* se refería a un supuesto de clasificación de empresas.

Esto nos permite pensar que la ubicación, en sede de clasificación, de este segundo párrafo del artículo 54.1 de la LCSP, constituye una transposición no especialmente meditada de la Directiva comunitaria. Así este párrafo se refiere a la prestación de un contrato en concreto y no realmente a la “clasificación”, la cual nunca se predica respecto de un contrato en concreto. Además, el mismo párrafo habla de “(...) *la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias* (...)”, lo cual refleja que no se limita al conjunto de contratos para los cuales se exige clasificación. Todo esto permite concluir que la referencia que contiene este párrafo a “(...) *la clasificación en el grupo correspondiente* (...)” debe entenderse referida, en general, a la solvencia, constituyendo así un corolario del artículo 52 anterior, de forma que cuando el artículo 54.1 se refiere a la acreditación de la



clasificación de la empresa, debe entenderse que igualmente puede ser aplicable para el caso de la solvencia técnica.

El artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE prevé que los agentes económicos pueden subcontratar con terceros una parte del contrato y que los poderes adjudicadores pueden exigir a estos agentes que mencionen en su oferta la parte del contrato que tengan intención de subcontratar. Además, en cuanto a los criterios de selección, el artículo 48.2 *i* establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica del empresario mediante la descripción de la parte del contrato que, en su caso, se pretende subcontratar.

Estas previsiones se encuentran en los artículos 67 *i*, si bien sólo para los contratos de servicios, y 210 y siguientes de la LCSP.

Así pues, el artículo 54.1 segundo párrafo se debe interpretar a la luz de la Directiva y la jurisprudencia comunitarias y, por tanto, en la medida en que implica la sustitución de la solvencia (o una parte de esta) del licitador por la de una entidad tercera, se debe integrar dentro de la previsión general del artículo 52 de la LCSP y de los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE.

En consecuencia, el licitador debe indicar a quién desea encargar por vía de subcontratación la ejecución de la prestación para la cual no dispone de solvencia, de clasificación o de la habilitación o autorización profesional exigida, y debe demostrar que dispone de los medios de otra entidad ante el órgano de contratación, mediante un compromiso de esta entidad o de un contrato, sometido, hasta que se produzca la adjudicación, a la condición de que el licitador resulte adjudicatario. Por tanto, no es suficiente una simple declaración unilateral del licitador ante el órgano contratante. Debe entenderse que se tienen que presentar también los documentos que acrediten la solvencia, la clasificación o la habilitación o autorización profesional exigidas.

9. En cuanto al momento procedimental oportuno para indicar que se desea subcontratar esta parte de la prestación para la cual se requiere una solvencia, clasificación o habilitación o autorización profesional específicas, y que la otra entidad dispone de aquélla y se compromete a ejecutar aquella parte de la prestación en el supuesto en que el licitador resulte adjudicatario del contrato, cabe afirmar que esta documentación se debe incluir en el sobre que incluye la documentación relativa a la personalidad y capacidad de la empresa.

En consecuencia, se puede aportar en el plazo previsto en las normas de





desarrollo de la LCSP para la subsanación de defectos u omisiones de documentación en aplicación de la previsión del artículo 130.1 *b* párrafo segundo.

Además, de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP, el órgano de contratación o su órgano auxiliar pueden pedir al empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle que presente otros complementarios.

Todo ello sin perjuicio de que, una vez adjudicado provisionalmente el contrato y dado que el compromiso o contrato debe estar sometido a la condición de resultar adjudicatario, y con la finalidad de acreditar la efectiva disposición de los medios requeridos, se presente un documento con un compromiso firme, dentro del plazo para presentar documentación que sigue a la adjudicación provisional del contrato.

Así pues, la documentación que evidencia la intención de subcontratar la parte de la prestación para la cual se requiere una solvencia, clasificación o habilitación o autorización profesional específicas, y que otra entidad dispone de ésta y se compromete a ejecutar aquella parte de la prestación en el supuesto en que el licitador resulte adjudicatario del contrato, se debe incluir en el sobre que incluye la documentación relativa a la personalidad y capacidad de la empresa, sin perjuicio de que una vez adjudicado provisionalmente el contrato se presente un documento con un compromiso firme.

## **Conclusiones**

1. Los interesados en participar en una licitación pueden acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante el órgano de contratación, por cualquier instrumento admitido en derecho, como por ejemplo la presentación de un compromiso de estas otras entidades, que para la ejecución del contrato disponen o dispondrán efectivamente de estos medios.
2. En los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato se haya de llevar a cabo por empresas que tengan una determinada solvencia, clasificación o habilitación o autorización profesional, el licitador que no dispone de este requisito puede suplir la solvencia exigida para llevar a cabo esta prestación por medio de la subcontratación de otra entidad que disponga de esta habilitación o



clasificación, siempre que el licitador lo manifieste expresamente y aporte el documento acreditativo de aquella solvencia y el compromiso de la otra entidad, sometido, hasta que se produzca la adjudicación, a la condición de que el licitador resulte adjudicatario del contrato, sin que sea suficiente una simple declaración unilateral del licitador ante el órgano de contratación.