

Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003. "Acreditación de la solvencia de las empresas por medios que pertenecen a empresas distintas e influencia de tales medios puestos a la disposición de la ejecución del contrato en fase de valoración de las ofertas".

Clasificación de los informes: 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 15.2 Formas de adjudicación. Concursos.

ANTECEDENTES.

El Presidente de la organización empresarial Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información, SEDISI, dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente texto:

"Conforme con lo dispuesto en el art.17 del R.D. 30/1991, de 18 de enero, que aprobó el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y en la representación que ostento, presento a este Organismo la siguiente consulta, designando a efectos de notificación el domicilio de la Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información, en la calle Príncipe de Vergara nº 43 8º, de Madrid:

CUESTIÓN OBJETO DE CONSULTA

Interpretación y alcance del párrafo segundo del art. 15.1 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio, sobre "ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD TÉCNICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS CONCURSOS PÚBLICOS, EN EL SUPUESTO DE EMPRESAS INTEGRANTES DE UN GRUPO DE SOCIEDADES, Y LA VALORACIÓN Y PONDERACIÓN DE SUS RECURSOS TÉCNICOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN, EN EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN".

ANTECEDENTES:

a).- Art. 2º de la L. 19/1989, de 25 de julio de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, en materia de Sociedades, que obligó a la modificación del Código de Comercio, arts. 25 a 49.

b).- Arts. 1 y 2 del R.D. 1815/1991, de 20 de diciembre, que contienen la definición de "Grupo de Sociedades", "Sociedad dominante" y "Sociedades dependientes".

c).- Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, Considerando Sexto, en el que se señala "evitar la traba a la libre circulación de servicios en el ámbito de los contratos públicos"

d).- Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Sala Quinta, en el Asunto C-176/98, entre Holst Italia SpA y Comune di Cagliari, de 2 de diciembre de 1999, en decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, "sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicio".

e).- Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Sala Tercera, en el Asunto C-5/97, entre Ballast Nedam Group NV contra el Reino de Bélgica, de 18 de diciembre de 1997, en decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 23 a 28 de la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, "sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra".

- CONSIDERACIONES JURIDICAS:

Es doctrina del Tribunal de Justicia de la CEE, ya generalizada para todo tipo de contratos administrativos, no solo los de obras, que el alcance de las Directivas 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971 y 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, deben interpretarse y aplicarse, teniendo en cuenta el principio de "liber-

tad de establecimiento y libre prestación de servicios", - evitando con ello las trabas a la libre circulación de esos servicios.

El artículo 197.1 de L.C.A.P. establece, que "...además de las condiciones generales exigidas por esta Ley, las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredita debidamente disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato".

Sentado que las condiciones generales para los contratos de servicios, vienen determinadas en el art. 19 de esa misma Ley, el problema que se suscita, deviene en determinar o interpretar, donde empieza y donde acaba, "la capacidad de las empresas", cuando estas conforman un GRUPO DE SOCIEDADES, en especial en cuanto se refiere a su solvencia económica, financiera y técnica.

El art. 15.1 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio, en su redacción dada por la Ley de Medidas 24/2001, de 27 de diciembre, en su sección 2ª, introdujo un párrafo tercero permitiendo "La acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución, los medios personales o materiales suficientes para ello".

Esta novedad legislativa trae causa de la repetida jurisprudencia que venía dictándose por el Tribunal de Justicia de la CEE, en cuyas resoluciones se mantiene que en función de los criterios de selección cualitativa, fijados para los contratos de servicios, en el art. 23, Capítulo 2, Título VI de la Directiva 92/50, "NINGÚN PRESTADOR DE SERVICIOS PUEDE SER EXCLUIDO DE UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO PÚBLICO DE SERVICIOS, POR EL MERO HECHO DE QUE PROYECTE EMPLEAR MEDIOS QUE NO LE PERTENECEN, Y QUE SON PROPIEDAD DE OTRAS EMPRESAS".

Mas, resulta que la cuestión que se plantea, debería ser más beneficiosa para el supuesto de Grupo de Sociedades, por la mera aplicación de párrafo segundo del repetido art. 15.1 de la L.C.A.P., que dice: "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 acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica ...".

Este criterio es, precisamente, el que ha sido recogido, pero de una forma más genérica sin limitarse a que el licitante sea la sociedad dominante o no, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Sala Quinta, en el Asunto c-176/98, entre Holst Italia SpA y Comune di Cagliari, de 2 de diciembre de 1999, en decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, "sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y por la Sentencia del mismo Tribunal, Sala Tercera, en el Asunto c-5/97, entre Ballast Nedam Groep NV contra el Reino de Bélgica, de 18 de diciembre de 1997, en decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 23 a 28 de la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, fallando en el caso que nos ocupa, que

"Sobre la cuestión prejudicial

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 (véase, en este sentido, en relación con las Directivas 71/304/ y 71/305, la sentencia Ballast Nedam Groep 1, antes citada, apartado 17).

30. Corresponde al Juez nacional apreciar la pertinencia de los elementos de prueba presentados con dicho fin. En el marco de este control, la Directiva 92/50 no permite ni excluir a priori determinados medios de prueba ni presumir que el prestador dispone de

los medios de terceros basándose en la mera circunstancia de que pertenece al mismo grupo de empresas.

.....

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna mediante resolución de 10 de febrero de 1998, declara:

La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato".

A la vista de tales antecedentes, y en base y fundamento a las cuestiones jurídicas invocadas es por lo que se plantea ante esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la siguiente

CONSULTA

Primero: ¿Resulta jurídicamente permisible que una sociedad optante a la prestación de un servicio mediante la adjudicación de un concurso público de servicios convocado, pueda, en el caso de ser integrante de un grupo de empresas, acreditar su solvencia técnica referida al grupo de empresas que lo componen, independientemente de que sea o no dominante del mismo, adscribiendo en su oferta los medios personales o materiales pertenecientes al "Grupo de empresas" para la ejecución del contrato?

Segundo: El Organismo de contratación - poder adjudicador - ¿deberá tomar en consideración los parámetros reflejados en la oferta presentada por una empresa integrada a un grupo de empresas, respecto a los medios humanos y materiales y equipo técnico que acreditan su solvencia técnica, y que integran a dicho grupo de empresas, y valorar y ponderar su solvencia técnica en el alcance de la justificada por las empresas de grupo, a los efectos de la adjudicación de un contrato público de servicios?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como cuestión preliminar y referida al texto de la consulta cabe advertir que la referencia al artículo 15.1, párrafo tercero, de la Ley de Contrato de las Administraciones, Texto refundido aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, según la redacción del mismo resultante de la modificación introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, carece de relación con la cuestión que plantea, toda vez que la misma está dirigida a la posibilidad de que el órgano de contratación requiera, a través del pliego de cláusulas administrativas particulares, que las empresas además de su clasificación cuando esta sea exigida, que completen en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ejecutar el contrato.

2. Como en el escrito referido se manifiesta dos son las cuestiones principales que se plantean. Por una parte, la posibilidad de que las empresas que pertenecen a un mismo grupo, como personas jurídicas, puedan acreditar su solvencia técnica mediante la adscripción a la misma, en la determinación de su oferta, de los medios personales o materiales que pertenecen a otras empresas del mismo grupo para la ejecución de un contrato y, por otra, si el órgano de contratación en el momento de valorar el cumplimiento de los criterios de selección de los candidatos a la adjudicación de un contrato mediante la consideración de los medios que el candidato acredita aportará a la ejecución

del contrato que sin ser propios de la empresa pertenecen al grupo de empresas en que se encuentra integrada. La organización empresarial Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información, SEDISI, basa su consulta en el texto del párrafo segundo del artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expresada fundamentalmente en las sentencias 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 la sentencia en el asunto C-176/98, de 2 de diciembre de 1999, (Holst Italia). En estas sentencias el Tribunal de Justicia determina los criterios de interpretación de las Directivas 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, y 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, respectivamente.

Ambos asuntos tratan de determinar si las empresas pueden acreditar el cumplimiento de los criterios de solvencia que fije el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares mediante medios que no son propios de la empresa sino que pertenecen a otras distintas y cual será la conducta que debe seguir en su valoración el órgano de contratación.

El Tribunal viene a realizar una interesante aportación en la interpretación de las citadas Directivas, cuyo texto permanece vigente en las Directivas del Consejo 92/50/CEE, ya citada, 93/36/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ambas de fecha 14 de junio de 1993 y que fueron incorporadas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al fijar los criterios interpretativos respecto de la finalidad de la determinación de la capacidad económica y técnica de los candidatos (solvencia) y la acreditación y la justificación por éstos de la disposición de los medios por los que opte el órgano de contratación para apreciarla. Es interesante destacar a tal efecto que el legislador incorporó en el artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el fallo de la sentencia de 14 de abril de 1994 cuando dispone 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 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 sentencia Holst Italia, que recoge en sus fundamentos jurídicos los expresados en la sentencia Ballast Nedam Groep, realiza también una valiosa aportación en esta materia al referir por una parte, que la competencia para definir las reglas de apreciación objetiva de los licitadores en materia financiera, económica y técnica corresponde al órgano de contratación a quien compete también comprobar la aptitud de los candidatos con arreglo a tales criterios, toda vez que el objeto de dicha comprobación es brindar a la entidad adjudicadora la garantía de que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios aducidos durante la ejecución del contrato. Por otra, advierte que un candidato no puede ser excluido porque, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él, pudiendo referirse a las capacidades (medios) de organismos o empresas a los que está unido por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, viniendo en tal caso obligado a probar que puede efectivamente disponer de tales medios que no son de su propiedad, pero que son necesarios para la ejecución del contrato.

3. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 15.3, establece que cuando sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los criterios de selección en función de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19. Consecuentemente, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12

de octubre, en su artículo 11 determina que el órgano de contratación fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares la referencia a los criterios que, basados en los medios que establecen los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley, respectivamente, se aplicarán para determinar la selección de las empresas que podrán acceder a la adjudicación del contrato, dato que es reiterado en el artículo 67, apartados 3, 4, 5, 6 y 7, respecto de cada contrato, y en el artículo 82 se señala la obligación de la Mesa de contratación de proceder a valorar la solvencia de las empresas candidatas al indicar que "procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas a que hace referencia el artículo 11 de este Reglamento, fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo".

La conducta que se ha de seguir por el órgano de contratación será en primer lugar analizar el contenido sobre el que versa la ejecución del contrato, para a continuación determinar con qué medios debe contar la empresa para ejecutarlo y qué antecedentes o experiencia relativos al mismo debe tener quien resulte adjudicatario y, consecuentemente quien pretenda concurrir a la adjudicación, medios que necesariamente han de estar en relación directa con la prestación y con las especificaciones técnicas que en su caso se exijan. Establecida tal condición, las empresas candidatas acreditarán mediante la presentación de los correspondiente documentos la disponibilidad efectiva de tales medios y la experiencia de desarrollo de los trabajos a realizar, siendo la Mesa de contratación quien, conforme a lo establecido en el artículo 82 del Reglamento, determine quienes disponen de los medios exigidos admitiendo a las que lo acrediten y rechazando a las que no prueben tal disponibilidad efectiva, valoración que debe efectuarse en tal momento, toda vez que la falta de solvencia para el contrato, conforme a lo establecido en el artículo 20, k), de la Ley, implica un supuesto de prohibición para contratar. Una característica tiene este sistema que lo distingue de los criterios de adjudicación en el concurso y es que en esta fase se valora únicamente si se cumplen o no los requisitos especificados, sin que sea posible ponderar si uno cumple mejor que otro tal requerimiento y puntuar la disponibilidad de tales medios.

4. Al trasladar las consideraciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su labor interpretativa de las Directivas sobre contratación pública, a la interpretación de las normas que las transponen es evidente que deben mantenerse tales criterios y, en tal sentido, considerar que una empresa que prueba que, para ejecutar un contrato, dispone, como se reitera, de manera efectiva de los medios que son necesarios y que pertenecen a otra empresa u organismo con la que mantiene vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe ser admitida para concurrir a la adjudicación. No obstante, cabe señalar una importante previsión, en el sentido de especificar que medios son susceptibles de tal valoración, toda vez que aquellos que se refieren a aspectos propios de esos organismos o empresas distintos es evidente que no pueden ser admitidos a tal fin. Tal es el caso de la acreditación de la solvencia financiera mediante referencia a empresas u organismos distintos, pues se trata de una referencia inequívocamente unida a la empresa no sustituible por referencias externas. Así, el informe de instituciones financieras o el seguro de riesgos profesionales o las cuentas anuales, que en todo caso estarán referidas a elementos o partidas consignadas en las mismas, a que se refiere los apartados a) y b) del artículo 16 de la Ley, por tratarse de medios directamente relacionados con una empresa y que carecen de valor para acreditar la solvencia de empresas distintas. Sin embargo, la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, de la experiencia exigida pueden ser acreditadas mediante las citadas referencias a medios de otras empresas.

5. La segunda cuestión referida en la consulta plantea dos aspectos que deben ser distinguidos. El primero si el órgano de contratación debe tomar en consideración los parámetros reflejados en la oferta presentada por una empresa integrada en un grupo de empresas respecto de los medios humanos y materiales y del equipo técnico que acreditan su solvencia técnica, asunto que ya ha sido analizado en los apartados anteriores. El

segundo, si el órgano de contratación debe tomar en consideración tales parámetros para valorar y ponderar la solvencia técnica acreditada a efectos de adjudicación del contrato.

Para contestar esta última cuestión debemos hacer referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuesta en la sentencia Beentjes, asunto 31/87, de 28 de enero de 1989, ya comentada en anteriores informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa (expedientes 13/98, de 30 de junio de 1998; 44/98, de 16 de diciembre de 1998; 33/99, de 30 de junio de 1999; 36/01 y 37/01, ambos de 9 de enero de 2002). El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes. Esta cuestión ya fue analizada por esta Junta Consultiva en sus informes de 16 de diciembre de 1994 (expediente 22/94) y 24 de octubre de 1995 (expediente 28/95), que señaló en aquel informe que *"aquellas características de las empresas que necesariamente justifican la oferta presentada y que son necesarias para la ejecución del contrato, puedan permitir al órgano de contratación tomar una decisión dirigida a seleccionar la mejor oferta que este justificada por los medios con que contará la empresa para ejecutar el contrato y que son necesarios para tal fin"*, criterio que ha sido reiterado en el informe de 9 de enero de 2002, en el expediente 36/01.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. La acreditación por las empresas de la disponibilidad de los medios que exija el órgano de contratación para justificar su solvencia técnica, conforme a lo establecido en el artículo 15.3. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede realizarse mediante la descripción de medios que no son de su propiedad sino que pertenecen a otras empresas distintas de ellas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato.
2. La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta, con las consideraciones que al respecto se comentan en el apartado 5.