

INFORME 4/03, DE 18 DE MARZO DE 2003

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATISTA. POSIBILIDAD DE ACREDITAR LA DE UNA EMPRESA DOMINANTE POR MEDIO DE LA CLASIFICACIÓN DE SUS FILIALES.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Consumo solicita informe escrito en el que expone lo siguiente:

“La mesa de contratación para la selección del contratista que ha de realizar el Hospital de Inca, que se encuentra presidida por el secretario que abajo firma, acordó, por unanimidad, solicitar informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la siguiente cuestión:

Si puede admitirse en el concurso para la selección del contratista que realizará el Hospital de Inca, a la UTE formada por la empresa Construcciones San José SA y Udra Industrial SA, que participan en un 80% y un 20% respectivamente en la UTE, cuando ésta última no tiene clasificación como empresa de obras. Se adjunta informe del Servicio Jurídico de la Consejería sobre la cuestión que se plantea”.

Se acompañan con el escrito un informe aportado por la UTE y copia de los documentos que presenta a la licitación.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. La solicitud de informe se efectúa por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Consumo, quien tiene legitimación para ello conforme al art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº24, de 25-02-1997), de creación de la Junta Consultiva, y al art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta (BOCAIB nº133 de 25-10-1997)
2. Con la solicitud se acompaña un Informe Jurídico, según lo preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.
3. La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe solicitado al reunirse todos los requisitos previos de admisión.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Aunque la pregunta que formula el Secretario General Técnico sólo alude a si en una UTE puede admitirse que uno de sus miembros no esté clasificado cuando en la licitación se exige este requisito, del informe jurídico que acompaña a la pregunta y de las alegaciones contenidas en la documentación aportada se deduce que la verdadera cuestión que se somete al criterio de esta Junta Consultiva no es otra que la de la interpretación que deba darse al artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio –LCAP-) que literalmente dispone:

“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 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 ese 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.

Según tiene dicho este Tribunal (sentencias 14 de Abril de 1994, 18 de diciembre de 1997, o la más reciente de 2 de diciembre de 1999) para que una empresa pueda probar que posee la debida solvencia técnica o económica podrá acudir a los medios que están en poder de otras entidades siempre que se acredite *“que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos”*. *“Correspondiendo al Juez nacional apreciar si se aporta tal justificación en el asunto principal”*

Conviene precisar que las dos sentencias citadas en primer lugar se dictaron con ocasión del examen de una solicitud de clasificación.

Por otra parte, al no referirse las sentencias europeas a la forma de acreditar la efectiva disposición de medios, entendemos que habrá de acreditarse mediante negocios jurídicos que produzcan efecto atributivo de tal disposición, sin que basten las meras declaraciones de los interesados.

SEGUNDA. Nada hay, pues, que objetar a que sean tenidos en cuenta los medios de las filiales para acreditar la solvencia de la empresa madre, o, en su caso, para obtener la correspondiente clasificación. El problema estriba en la determinación de quién sea competente para apreciar estas circunstancias.

La clasificación es un sistema o procedimiento de constatación de la solvencia de las empresas, que está legalmente establecido en el ordenamiento jurídico español y expresamente reconocido en las Directivas Europeas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y de servicios (92/50/CEE y 93/37/CEE), disponiendo el art. 25.1, de la LCAP que “será requisito indispensable” el haberla obtenido “previamente” para contratar obras o servicios superiores a 120.202,42 euros, sancionándose la falta de clasificación con la nulidad de pleno derecho por el art. 62.b), en relación con el 20.k), ambos de la LCAP. Y la competencia para la clasificación está atribuida a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa según el art. 28, apartados 1 y 3, según se trate del ámbito estatal o autonómico.

La imperatividad utilizada por la Ley para que la clasificación se exija con carácter previo, unida a la irrenunciabilidad de la competencia que fija el art. 12.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no dejan lugar a dudas de que ni el Órgano de Contratación ni la Mesa tienen competencia para otorgar clasificaciones y, por consiguiente, no pueden admitir a la licitación a quien no acredite estar en posesión de la misma, cuando este requisito sea exigible conforme a la Ley.

TERCERA. En el presente caso, al tratarse de una UTE, la clasificación de la UTE como entidad unitaria, (carente de personalidad jurídica pero apta para ser sujeto contractual –art. 24 de la LCAP-) se ha de obtener por el procedimiento especial establecido en el art. 31.1, de la LCAP, que dice que las UTEs “serán clasificadas en la forma que reglamentariamente se determine, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal expresadas en sus respectivas clasificaciones”. Siendo la forma reglamentariamente determinada la que señalan los artículos 51 y 52 del Reglamento General de la LCAP (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), donde se dice que la Mesa de Contratación “comprobará” si los licitadores “se encuentran clasificados”, “procediendo a rechazar los que no cumplan este requisito” y “cuando el licitador sea una unión temporal de empresarios clasificados individualmente, comprobarán si entre todos reúnen la totalidad de los subgrupos exigidos”. Sin olvidar que, el artículo 31.2 de la LCAP, precisa que “En todo caso, será requisito básico para la acumulación de las citadas características que todas las empresas que concurran en la unión temporal hayan obtenido

previamente clasificación como empresa de obras o de servicios, en relación con el contrato al que opten...”, desarrollándose este precepto por el Reglamento en los artículos antes citados con la siguiente dicción “...será requisito básico para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las uniones temporales de empresas, y en concreto para su clasificación por el órgano de contratación, por medio de la mesa de contratación, que todas las empresas que concurran a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras...”

Podemos afirmar, de conformidad a las normas transcritas, que la competencia para clasificar a las UTEs sí que reside en los Organos de Contratación, por medio de las Mesas de Contratación, pero esta competencia está limitada a la acumulación de las clasificaciones obtenidas previamente por las empresas que componen esa UTE, las cuales han debido ser otorgadas por el órgano competente indicado en la consideración jurídica segunda de este informe, esto es, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CUARTA. La interpretación pretendida por la empresa, expuesta en el informe jurídico que obra en el expediente aportado, según la cual la Mesa de Contratación debe entender cumplidos los requisitos de clasificación por cuanto que el artículo 15.1 de la LCAP dice que se habrán de tener en cuenta a las sociedades filiales a efectos “*de la correspondiente clasificación*”, no puede aceptarse sino tan sólo en el sentido de la obtención de la clasificación en el correspondiente procedimiento clasificatorio y por el órgano competente, ya que de entenderse en la forma pretendida equivaldría a alterar la competencia legalmente establecida así como la significación misma del concepto de clasificación.

En efecto, de cuanto se ha dicho y argumentado queda patente que la clasificación es un sistema implantado por el ordenamiento jurídico de un país, en este caso España, que es miembro de la Comunidad Europea, pero cuyas Directivas le permiten hacerlo, y por medio del cual corresponde a la Junta Consultiva el examen de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de las empresas cuando se trata de posibilitar el acceso a determinados contratos de obras o de servicios, al disponerse con carácter imperativo esta circunstancia en el propio art. 15.1 de la LCAP cuando dice que para poder contratar con la Administración hay que acreditar solvencia económica y técnica, añadiendo que este requisito “*...será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible*”. Esto es, la Ley ha querido que en unos casos la apreciación de la solvencia se efectúe por los propios órganos de contratación (a través de las Mesas de Contratación, en su caso) y en otros determinados casos, ha querido que esta

apreciación corra a cargo de un órgano especializado como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Congruente con ello el RGLCAP, en el art. 11, dice que se habrán de fijar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios de selección de las empresas para poder licitar basados en los medios de solvencia establecidos en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la LCAP, excepto en los contratos de obras y de servicios en los que sea exigible el requisito de clasificación. Y el artículo 82 impone a las Mesas la calificación de la documentación y la determinación de si las empresas se ajustan a los criterios de selección “*a que hace referencia el art. 11 de este Reglamento*”, limitando su actuación cuando en la licitación se exija el requisito de la clasificación a comprobar si los licitadores “*se encuentran clasificados en los subgrupos exigidos*”, según ordena el art. 51.

Si se permitiera a la Mesa o al Órgano de Contratación considerar clasificada a la empresa madre por la evaluación de los medios de que disponen las filiales se estarían alterando las normas de clasificación, pues se estaría realmente clasificando a una empresa sin la tramitación del complejo expediente regulado en los artículos 25 y ss. de la LCAP y del 25 al 54 del RGLCAP.

CONCLUSIÓN

1. No es admisible a licitación una UTE en la que uno de sus miembros no haya obtenido previamente la clasificación cuando este requisito sea exigible en dicho procedimiento de licitación.
2. La previsión del artículo 15.1, párrafo segundo, de la LCAP, en los supuestos de clasificación, no es de aplicación automática ni apreciable por las Mesas de contratación, sino que requiere necesariamente la instrucción y resolución de un expediente de clasificación de la persona jurídica dominante del grupo, en el que podrá y deberá apreciarse el requisito de la efectiva disposición de los medios de las sociedades filiales.