

---

# La integració de la solvència amb mitjans externs en els contractes del sector públic

Juan Carlos Gris González

Secretari general de la Diputació Provincial de Zamora

1. Introducció
  2. Classes de solvència que es poden integrar amb mitjans externs
  3. Vincle entre l'operador econòmic i l'entitat externa
  4. La solvència de les persones jurídiques pertanyents a un grup de societats
  5. La subcontractació en la fase de selecció de l'adjudicatari
  6. La solvència de les persones jurídiques pertanyents a una agrupació d'interès econòmic
  7. Conclusions
- Bibliografia

## Resum

Aquest estudi aborda, des d'una òptica eminentment pràctica, la integració de la solvència amb mitjans externs en l'àmbit de la contractació pública, tal com ha estat configurada en la normativa comunitària i nacional. Particularment, analitza l'evolució de la legislació en la qual es regula aquesta matèria, les classes de solvència susceptibles de ser integrades amb mitjans de tercers, els vincles que han d'existir entre el licitador i l'entitat externa i la integració de la susdita solvència per mitjà dels grups de societats, la subcontractació i les agrupacions d'interès econòmic.

Paraules clau: solvència; mitjà extern; integració; grup de societats; subcontractació; agrupació d'interès econòmic.

## Abstract

*The present study approaches, from an eminently practical optics, the integration of the solvency with external means in the area of the public contracting, as been formed in the community and national regulation. Particularly, he analyzes the evolution of the legislation in which there are regulated this matter, the classes of solvency capable of being integrated by means of third parties, the links that must exist between the bidder and the external entity and the integration of the above-mentioned solvency by means of the groups of companies, the subcontracting and the groups of economic interest.*

Keywords: solvency; external way; integration; group of companies; subcontracting; group of economic interest.

## 1. Introducció

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en interpretació de les directives del Consell 71/305/CEE i 92/50/CEE, de 26 de juliol de 1971, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, i de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, respectivament, va admetre la possibilitat que els licitadors acreditin la solvència necessària per subscriure un contracte determinat basant-se en mitjans d'altres entitats. Així, aquest Tribunal va advertir que un candidat no pot ser exclòs perquè, per a l'execució del contracte, projecti emprar mitjans que no li pertanyen, sinó que siguin propietat d'una o de diverses entitats diferents d'ell, podent referir-se a les capacitats d'organismes o empreses als quals està unit per vincles directes o indirectes, independentment de la seva naturalesa jurídica, estant obligat en aquest cas a provar que pot efectivament disposar d'aquests mitjans que no són de la seva propietat, però que són necessaris per a l'execució del contracte.<sup>1</sup>

Aquesta doctrina jurisprudencial, així com la normativa europea a la qual aquella serveix com a regla d'interpretació (directives 92/50/CEE del Consell, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis –ja esmentada–, 93/36/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de subministrament, i 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres), les va recollir l'article 15.1, paràgraf segon, de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, quan disposa que, en el supòsit de persones jurídiques dominants d'un grup de societats, es poden tenir en compte les societats que pertanyen al grup, als efectes de l'acreditació de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional o de la corresponent classificació, si s'escau, de la persona jurídica dominant, sempre que aquesta acrediti que té efectivament a la seva disposició els mitjans d'aquestes societats necessaris per a l'execució dels contractes.

El sentiment esmentat de la jurisprudència comunitària va tenir el seu reflex en la Directiva del Parlament Europeu i del Consell 18/2004/CEE, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, la qual deroga la Directiva 92/50/CEE (excepte l'article 41) i les directives 93/36/CEE i 93/37/CEE. En aquest sentit, els articles 47.2 i 48.3 de la Directiva 18/2004/CEE disposen que, si s'escau i per a un contracte determinat, l'operador econòmic es pugui basar en les capacitats d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que tingui amb les mateixes. En aquest supòsit –continuen dient aquests articles–, l'operador econòmic haurà de demostrar davant el poder adjudicador que disposarà dels mitjans necessaris, per exemple, mitjançant la presentació del compromís d'aquestes entitats a aquest efecte.

La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, va traslladar aquests preceptes al dret intern en l'article 52, el qual estableix que per acreditar la solvència necessària per subscriure un contracte determinat, l'empresari es pot basar en la solvència i els mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que hi tingui, sempre que demostri que, per a l'execució del contracte, disposa efectivament d'aquests mitjans. Actualment, a causa de la unificació de les disposicions en matèria de contractació del sector públic contingudes en normes amb rang de llei que ha efectuat el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aquest article ha quedat derogat, però ha estat reproduït literalment en l'article 63 d'aquesta última norma.

## 2. Classes de solvència que es poden integrar amb mitjans externs

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat es va mostrar favorable a l'acreditació de la solvència amb mitjans aliens als del licitador, però és ben cert que aquesta postura comptava amb matisos.<sup>2</sup> Així, aquest òrgan consultiu, en línia amb els postulats

1. Sentències del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea de 14 d'abril de 1994, assumpte C-389/92 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat), 18 de desembre de 1997, assumpte C-5/97 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat), 2 de desembre de 1999, assumpte C-176/98 (Holst Italia), i 18 de març de 2004, assumpte C-314/01 (Siemens i ARGE Telekom).

2. Informe 45/2002, de 28 de febrer de 2003, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat.

que mantenia la jurisprudència comunitària sobre això, considerava que, tot i que *“una empresa que pruebe que, para ejecutar un contrato, dispone 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”*, els mitjans de solvència que es refereixen a aspectes propis del licitador (els que estan inequívocament units a aquest o, si es vol, els personatíssims) no poden ser admesos amb aquesta finalitat.<sup>3</sup> En conseqüència i a nivell pràctic, aquesta doctrina acceptava el suport de mitjans externs per complir determinats requisits de solvència com, per exemple, la disponibilitat de personal tècnic qualificat, de mitjans materials com ara maquinària, material, instal·lacions i equip tècnic, o de l'experiència, però s'oposa al fet que altres requisits, com el de la solvència financera, puguin ser complerts en base a mitjans d'altres persones diferents del licitador.

La Directiva 18/2004/CEE i el mateix text refós de la Llei de contractes del sector públic –i la seva antecessora, la Llei de contractes del sector públic–, per la seva banda, es refereixen a l'acreditació de la solvència amb mitjans aliens sense més distincions ni restriccions. Això ens condueix, inevitablement, a convenir que la interpretació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat que acabem d'apuntar no és ara conforme amb el tenor literal de la normativa actualment vigent –ni amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees–, la qual habilita que amb la integració aliena es pugui avalar tant la solvència econòmica i financera com la professional o tècnica. No obstant això, malgrat aquesta conclusió, no es pot deixar de reconèixer que és difícil imaginar la integració amb mitjans externs en els supòsits relatius a la capacitat econòmica i financera de l'operador econòmic.<sup>4</sup>

Tanmateix, encara que, amb els matisos que s'hi acaben d'exposar, totes les classes de solvència siguin susceptibles de ser integrades amb mitjans externs, hi ha algunes, com posa de manifest Escrihuela Morales, que poden comportar certa problemàtica. Així, quan aquesta integració es refereixi als recursos humans, caldrà tenir en compte que, sota cap concepte, no es

pot incórrer en els supòsits de cessió il·legal de treballadors que preveu l'article 43.2 del Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, el qual, entre d'altres, veda les cessions quan l'objecte dels contractes de serveis entre les empreses es limiti a una mera posada a disposició dels treballadors de l'empresa cedent a l'empresa cessionària (el Tribunal Suprem, de manera reiterada, entén que hi ha cessió il·legal de treballadors quan la relació es limita a subministrar mà d'obra sense posar a contribució els elements personals i materials que conformen l'estructura empresarial).<sup>5</sup>

### 3. Vincle entre l'operador econòmic i l'entitat externa

El reiterat article 63 del text refós de la Llei de contractes del sector públic –i també el seu immediat predecessor, l'article 52 de la Llei de contractes del sector públic–, d'acord amb els criteris plasmats en la normativa i en la jurisprudència comunitària, aprova la utilització de la integració de la solvència amb mitjans aliens, “independentment de la naturalesa jurídica dels vincles” que uneixin l'operador econòmic i l'entitat externa en què aquest fa descansar la justificació de la seva solvència.

Per tant, cal subratllar que el transcendental ara, per tal de formalitzar la solvència amb mitjans de tercers, no és el tipus de vincle que el licitador té amb l'entitat en què es basa per a aquesta acreditació, sinó l'efectiva accessibilitat a aquests mitjans, de manera que es garanteixi la correcta execució del contracte en el cas que el susdit licitador en sigui l'adjudicatari, la qual cosa, en definitiva, és el que es persegueix amb aquesta previsió. I aquest accés a recursos aliens, per al legislador actual, és factible per qualsevol via admesa pel nostre ordenament jurídic, de manera que no només es pot donar l'al·ludit accés quan entre el licitador i el tercer hi hagi enllaços directes, sinó també quan les vinculacions siguin merament indirectes, sempre que permetin a aquell disposar efectivament dels mitjans d'aquest que calguin per a l'execució del contracte. En definitiva, la legislació vigent autoritza la integració amb mitjans externs més enllà del concepte de “grup

3. *Idem*.

4. Informe 29/2008, de 10 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó.

5. Per totes, sentència del Tribunal Suprem de 25 de juny de 2009, rec. 57/2008.

de societats” (vinculació directa), que era la frontera en què s’havia parat l’article 15.1 de la Llei de contractes de les administracions públiques, i accepta que aquestes es pugui efectuar per altres mecanismes com, per exemple, la subcontractació o les agrupacions d’empresaris (vinculació indirecta).

És més, s’hi pot afirmar que pot integrar la seva solvència tant el que necessita completar-la, ja que no la posseeix en la seva totalitat, com el que prefereix complementar-la per garantir una millor execució del contracte, encara que per si mateix tingui la solvència exigida per a un contracte determinat.<sup>6</sup> Tanmateix, hi ha altres posicions doctrinals que, si bé toleren que una empresa sigui admesa a licitar quan provi la disposició dels mitjans necessaris per executar un contracte basant-se en els d’una altra amb la qual manté vincles directes o indirectes, exigeixen que tal licitador justifiqui un mínim de solvència mitjançant recursos propis.<sup>7</sup> Argumenten els favorables a aquesta segona opinió que, tot i que l’article 52 de la Llei de contractes del sector públic –actual article 63 del text refós– no sembla establir cap limitació a l’acreditació de la solvència amb mitjans externs, cal tenir en compte que l’acreditació de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional, o, si s’escau, la classificació, és una de les condicions d’aptitud que ha de posseir l’empresari per poder contractar amb el sector públic, de conformitat amb el que disposa l’article 43.1 de la Llei esmentada –ara article 54 del text refós–, de manera que, de la interpretació conjunta d’aquests articles, s’ha de considerar que, bé que l’empresari pot acudir a mitjans aliens per acreditar la seva solvència, ha de complir el requisit indispensable per contractar amb el sector públic d’acreditar un mínim de solvència mitjançant mecanismes propis, amb independència que la resta ho pugui acreditar amb mitjans aliens, doncs, en cas contrari, no se’l podria considerar apte per contractar amb el sector públic.<sup>8</sup>

De totes maneres, la Directiva 18/2004/CEE indica expressament que l’admissibilitat de la integració de solvència amb mitjans externs queda condicionada al fet que l’operador econòmic demostrï davant

el poder adjudicador que disposarà dels recursos necessaris per a l’execució del contracte. En aquest mateix sentit la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees remarca que correspon a l’entitat adjudicadora comprovar que el licitador pot efectivament utilitzar els mitjans de tot tipus que hagi invocat, i que aquesta disponibilitat no es presumeix, per la qual cosa l’òrgan al qual correspongui apreciar la solvència dels licitadors o candidats presentats a un procediment d’adjudicació ha d’examinar minuciosament les proves aportades pel licitador per tal de garantir a l’entitat adjudicadora que en el període a què es refereix el contracte el licitador podrà efectivament utilitzar els mitjans de tota mena invocats.<sup>9</sup>

No obstant això, hi ha opinions, com la de Gómez-Acebo & Pombo Abogados SLP, que consideren que, a l’hora de motivar la solvència amb recursos d’altres entitats, no cal l’existència prèvia del vincle jurídic que uneix l’operador econòmic amb l’ens extern. Però aquest sentir s’endevina com complicat de compatibilitzar amb aquesta exigència comunitària de justificació de l’accés als recursos aliens.

Així doncs, sembla més apropiat entendre que la integració de solvència amb mitjans externs és una possibilitat admissible únicament quan quedi totalment garantida l’execució del contracte, i és recomanable que en els plecs de clàusules administratives es reculli expressament que si els licitadors acudeixen a la possibilitat que els brinda l’article 63 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, se’ls exigirà demostrar que per a l’execució del contracte disposaran dels mitjans aportats a través d’una altra entitat mitjançant l’exhibició del corresponent document de compromís i que, en el supòsit de resultar adjudicatari del contracte, el licitador es compromet a executar-lo amb els mateixos mecanismes que ha aportat per acreditar la seva solvència.<sup>10</sup> Així mateix, en aquests supòsits, de conformitat amb la mateixa línia doctrinal, s’hauria de recollir específicament en el contracte aquesta circumstància, adjuntant els compromisos degudament formalitzats.<sup>11</sup>

6. Informe 1/2010, de 17 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d’Aragó.

7. Informe 6/2010, de 21 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de Madrid.

8. *Idem*.

9. Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea, *op. cit.*, en nota al peu núm. 1.

10. Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó, *op. cit.*, en nota al peu núm. 4.

11. *Idem*.

En tot cas, els vincles entre l'operador econòmic i l'ens extern es poden instrumentalitzar –com ja es va apuntar– per mitjà de qualsevol dels sistemes legítims en dret, i són lícits, en conseqüència, tant els oportuns acords o convenis subscrits de conformitat amb la normativa legal aplicable al cas, com les declaracions evacuades a aquest efecte per part dels representants de les entitats externes amb poder suficient (sempre que es justifiqui la suficiència del poder per adquirir aquests compromisos). Per contra, no seria una via adequada per fer efectius els esmentats compromisos la mera manifestació del licitador invocant la disposició de mitjans aliens, ja que –com és evident– aquí no estaria del tot assegurada l'accessibilitat d'aquest als recursos al·legats.

#### 4. La solvència de les persones jurídiques pertanyents a un grup de societats

En primer lloc, cal precisar que, atenent a l'article 42.1 del codi de comerç, hi ha un grup de societats quan una societat tingui o pugui tenir, directament o indirectament, el control d'una altra o altres.

Tot seguit, un cop aclarit això, hem de posar l'accent en el criteri que al voltant d'aquest extrem ha mantingut la jurisprudència comunitària. En aquest sentit, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en examinar una sol·licitud de classificació presentada per una persona jurídica que domina un grup, disposa que, per apreciar els criteris a què ha de respondre un contractista, es tindrà en compte les societats que pertanyin al grup, sempre que la persona jurídica de què es tracti acreditï, sigui quina sigui la naturalesa del vincle jurídic que la uneix a les seves filials, que té efectivament a la seva disposició els mitjans d'aquestes societats que calguin per a l'execució dels contractes.<sup>12</sup> Aclareix també aquest mateix tribunal que, quan s'acreditï que l'esmentada persona té efectivament a la seva disposició els mitjans de les societats pertanyents al grup que calguin per a l'execució dels contractes, l'autoritat competent està obligada a tenir en compte les referències d'aquestes societats per apreciar l'aptitud de la persona jurídica interessada.<sup>13</sup>

Fent-se ressò d'aquesta doctrina jurisprudencial, la Directiva 18/2004/CEE, en l'article 52.1, estableix que els estats membres adaptaran les condicions d'inscripció en les llistes oficials de contractistes, proveïdors o prestadors de serveis autoritzats i les d'expedició de certificats per part d'organismes de certificació, a la possibilitat d'integrar la capacitat amb mitjans externs en relació amb les sol·licituds d'inscripció presentades pels operadors econòmics que formin part d'un grup i utilitzin els mitjans posats a la seva disposició per les altres societats del grup. Aquests operadors –segueix dient la Directiva– hauran de provar en aquest cas a l'autoritat que estableix la llista oficial que disposen d'aquests mitjans durant tota la validesa del certificat que acreditï la seva inscripció en la llista oficial, i que les dites societats segueixen complint durant aquest mateix període els requisits en matèria de selecció qualitativa a què s'acullen els dits operadors per a la seva inscripció.

Aquest precepte comunitari, va ser traslladat al dret nacional per mitjà de l'article 56.3 de la Llei de contractes del sector públic –ara substituït per l'article 67.3 del text refós–, el qual preveia que, als efectes de la valoració de la solvència econòmica, financera, tècnica o professional de les persones jurídiques pertanyents a un grup de societats, es poden tenir en compte les societats que pertanyen al grup, sempre que la persona jurídica en qüestió acreditï que tindrà efectivament a la seva disposició, durant el termini a què es refereix l'article 59.2 de la mateixa norma –actualment seria l'article 70.2 del text refós–, els mitjans d'aquestes societats necessaris per a l'execució dels contractes.

L'antecedent d'aquest precepte en l'ordenament espanyol és l'article 15.1 de la Llei de contractes de les administracions públiques. No obstant això, mentre en base a aquest últim es podien tenir en consideració les societats pertanyents al grup per valorar la solvència o classificació de l'empresa dominant del grup, l'actual article 67.3 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, en coherència amb el que recull l'article 63 de la mateixa norma, preveu la possibilitat de tenir en compte les societats del grup per a l'avaluació de la solvència o classificació de qualsevol de les societats del grup, i no únicament per beneficiar la dominant.

12. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea de 14 d'abril de 1994, assumpte C-389/92 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat).

13. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea de 18 de desembre de 1997, assumpte C-5/97 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat).

Així mateix, encara que l'assenyalat article 67.3, en utilitzar la forma verbal "poden", sembla que deixa a les mans del poder adjudicador la decisió de prendre en consideració les societats del grup a l'hora de valorar la solvència de les empreses incloses en un grup de societats, el cert és que, segons la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, cal deduir-hi que, més que una opció, és una obligació si es compleix l'últim dels requisits del precepte, és a dir, que la societat justifiqui que té accés efectiu als recursos de les esmentades societats, durant un any si es tracta d'integrar la solvència econòmica i financera, i de tres si es tracta de la tècnica o professional.<sup>14</sup>

## 5. La subcontractació en la fase de selecció de l'adjudicatari

La doctrina espanyola ha relacionat, de manera gens infreqüent, la integració de la solvència amb mitjans aliens amb la institució de la subcontractació, si bé les seves conclusions no són sempre coincidents.

De la mateixa manera, Escrihuela Morales, partint del fet que el text refós de la Llei de contractes del sector públic consent que la integració de mitjans aliens es pugui fer tant per mitjà de vincles directes com indirectes, considera la subcontractació com una de les possibles opcions que legalment hi ha per acreditar la solvència amb recursos externs, posant a disposició del licitador els mitjans del subcontractista, per a la qual cosa s'hauran d'atorgar els documents oportuns per tal de garantir i provar l'accessibilitat efectiva als mitjans ressenyats per part d'aquell, en l'execució del contracte.

Altres autors, com Gimeno Feliu, han estat fermos defensors de la possibilitat de valorar la subcontractació en la fase de solvència –fins al punt de proposar que la subcontractació es regulés en la Llei de contractes del sector públic amb la solvència i no amb la fase d'execució–, ja que aquest criteri podria permetre que realment es seleccionés les empreses més capaces des d'una òptica íntegra del contracte, de manera que, al-

hora de garantir una veritable concurrència, s'afavoriria el millor compliment de la prestació contractual.

Sense apartar-se d'aquest camí doctrinal, les juntes consultives de contractació de les Illes Balears i d'Aragó col·legeixen que la subcontractació troba un suport indirecte en l'article 63 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de desembre, en regular la integració de la solvència del licitador amb mitjans externs, portant-la així a la pràctica al moment procedimental de selecció de l'adjudicatari.<sup>15</sup>

Expressament, la primera d'aquestes juntes consultives subratlla l'estreta correlació que hi ha entre els articles 52 i 54.1 de la Llei de contractes del sector públic –ara articles 63 i 65.1, respectivament, del text refós–, d'una banda, i al seu torn, d'aquests amb els articles 47.2 i 48.3 de la Directiva 2004/18/CEE, de l'altra.<sup>16</sup> El fet que el segon paràgraf de l'article 54.1 de la Llei 30/2007, referit a l'execució d'una part del contracte per una altra entitat (cas en què es preveu la subcontractació), s'hagi inclòs en un precepte general relatiu a la classificació, no impedeix, d'acord amb la Junta Consultiva de Contractació de les Illes Balears, que s'hagi d'interpretar, en els termes fixats pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en la sentència Holst Itàlia, com un corollari de l'article 52 de la mateixa Llei, relatiu a l'acreditació de la solvència necessària per subscriure un contracte determinat (supòsit que implica l'execució de la totalitat del contracte per mitjans propis).<sup>17</sup> En efecte –segueix dient aquest òrgan consultiu de les Illes Balears–, 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, tot i que l'exigència de classificació no cal, en tots els casos, per acreditar la solvència de cara a l'execució d'un determinat contracte.<sup>18</sup> Això permet pensar a aquesta Junta Consultiva que la ubicació, en seu de classificació, d'aquest segon paràgraf de l'article 54.1 de la Llei de contractes del sector públic, constitueix una transposició no especialment meditada de la Directiva comunitària, ja que es refereix a la prestació d'un contracte en concret i no realment a la "classifica-

14. Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea, *op. cit.*, en nota al peu núm. 1.

15. Informe 10/08, de 12 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació de les Illes Balears, i informe 1/2010, de 17 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó.

16. Informe 10/08, de 12 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació de les Illes Balears.

17. *Idem.*

18. *Ibidem.*

ció”, la qual mai no es predica respecte d’un contracte en concret.<sup>19</sup> A més, fa notar l’òrgan consultiu balear que 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.<sup>20</sup> Tot això permet concloure a la Junta Consultiva de Contractació de les Illes Balears 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 una seqüela de l’article 52 anterior, de manera que quan l’article 54.1 es refereix a l’acreditació de la classificació de l’empresa, s’ha d’entendre que igualment pot ser aplicable per al cas de la solvència tècnica.<sup>21</sup>

A això, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó afegeix que el criteri de la jurisprudència comunitària pel qual s’atorga a la subcontractació l’habilitació per integrar externament la solvència està cridat a la pràctica a jugar una gran importància, ja que permetria que realment se seleccionessin les empreses més capaces des d’una visió global del contracte, de manera que, al mateix temps que es garantiria una veritable concurrència, s’afavoriria el millor compliment de la prestació contractual, evitant, d’altra banda, els característics problemes que es deriven sempre que aquest aspecte es difereix a la fase d’execució.<sup>22</sup> És més, en molts casos –entén l’òrgan consultiu aragonès–, el principi de bona administració aconsellaria la pràctica habitual d’aquesta opció.<sup>23</sup> En qualsevol cas, i per la lògica del procediment, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó precisa que els subcontractistes aportats en fase de solvència –que figuraran en el contracte a formalitzar després de l’adjudicació– no podran ser objecte de substitució en fase d’execució excepte per circumstàncies excepcionals sobrevingudes, requerint l’autorització expressa de l’ens contractant de cara a comprovar l’adequació –compliment dels requisits de solvència i absència de prohibicions de contractar– del nou subcontractista proposat.<sup>24</sup>

Gallego Córcoles, per la seva banda, assenyala que, de la normativa de contractació del sector públic, se’n desprèn que per acreditar la seva solvència els licitadors poden recórrer a la dels empresaris amb els que pretenguin subcontractar la prestació, sense cap límit. No obstant això –adverteix la professora–, aquesta mateixa normativa, en regular la subcontractació, permet, en principi, que els plecs o el contracte restringeixin la facultat de subcontractar per part del contractista.

Doncs bé, Gallego Córcoles exposa que, malgrat el que estableix l’article 210 de la Llei de contractes del sector públic –al dia d’avui, article 227 del text refós–, els plecs i el contracte no poden coartar el recurs a la subcontractació a l’hora de valorar la solvència. L’autora esmentada fa notar que, per mantenir aquesta solució, cal interpretar aquest precepte en el sentit que es refereix exclusivament a la fase d’execució del contracte (i no a la selecció del contractista), i que el seu objecte és evitar precisament que l’execució de parts essencials del contracte s’encomani a entitats les capacitats tècniques i econòmiques de les quals no hagi pogut comprovar l’entitat adjudicadora en ocasió de la selecció de l’adjudicatari. Aquesta, d’altra banda, és –segons la seva opinió– l’única interpretació adequada al dret comunitari, segons que es desprèn de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 18 de març de 2004 en l’assumpte C-314/01 (Siemens i ARGE Telekom).

Un convenciment similar és el que expressen Garayar Asociados Abogados, els quals, en estudiar la qüestió, conclouen que l’acreditació de la solvència d’un licitador per mitjà de la solvència i mitjans d’altres entitats no influeix de cap manera per al còmput del percentatge del valor del contracte que es pot subcontractar. I això, afegeixen, fins i tot encara que l’empresa licitadora decideixi subcontractar, per a l’execució del contracte, el tercer dels mitjans del qual disposa la licitadora per acreditar la seva solvència, cosa que, d’altra banda, semblaria lògic –més que lògic, obligat, precisaria jo–.

La integració de la solvència amb recursos aliens i la subcontractació, segons l’opinió d’aquest despatx

19. *Ibidem*.

20. *Ibidem*.

21. *Ibidem*.

22. Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó, *op. cit.*, en nota al peu núm. 6.

23. *Idem*.

24. *Ibidem*.

d'advocats, són accions molt diferents. I això per diversos motius.

En primer lloc, perquè des del punt de vista del tercer, es tracta de dues accions de naturalesa diferent, ja que una consisteix a comprometre la posada a disposició d'uns mitjans al contractista, però sense necessitat d'involucrar-se en el contracte públic (la integració), i l'altra suposa la realització, per part d'aquest tercer, d'alguna de les prestacions contractuals (la subcontractació).

En segon terme, perquè cada acció té incidència en un moment diferent del procediment d'adjudicació, ja que l'acreditació de la disposició dels mitjans de tercer és un requisit per acreditar la solvència del licitador, fet que es valora en la fase de selecció dels licitadors, mentre que la subcontractació afecta la forma de realització del contracte i és una qüestió amb rellevància en la fase d'adjudicació del contracte, ja que forma part de l'oferta de l'adjudicatari –sempre que així es preveu en els plecs o en l'anunci de licitació, afegeixo–.

Finalment, perquè els requisits d'acreditació de les dues també són diferents i responen a criteris diferents, perquè mentre que la disposició de mitjans no requereix més que l'acreditació de l'efectivitat objectiva d'aquesta disposició mitjançant l'existència d'un vincle de qualsevol naturalesa, la subcontractació requereix –quan s'estableixi d'aquesta manera en els plecs o en l'anunci de licitació, torno a puntualitzar– que l'adjudicatari hagi identificat el tercer subcontractista en la fase de licitació, especificant la part de la prestació que ha d'executar, i justificant la seva aptitud per referència als elements tècnics i humans de què disposa i a la seva experiència o mitjançant la seva classificació, tot això amb vista a la seva involucració subjectiva per mitjà de la subscripció d'un contracte relatiu a una prestació concreta.

Per tant, per a aquest corrent d'opinió, només si el licitador ha estat admès a la fase d'adjudicació es podrà estudiar el percentatge del preu del contracte que pretén subcontractar. I perquè aquesta admissió es produeixi, el licitador haurà hagut de poder acreditar la seva solvència, per a la qual cosa haurà pogut recórrer al mecanisme de l'article 63 del text refós de la Llei de contractes del sector públic.

Per corroborar la seva tesi, Garayar Asociados Abogados acudeix a l'opinió de la Comissió Europea, que, en un recurs interposat davant la transposició de la Directiva 18/2004/CEE efectuada per la República d'Hongria, expressa que, de la regulació de l'article 48.3 de

la Directiva esmentada, se'n desprèn que *“una entidad que aporta sus medios puede acreditar que posee los medios que deberá poner a disposición en el momento de la ejecución del contrato, sin tener que participar directamente en la ejecución del contrato”*.

Davant d'aquest confús panorama doctrinal, els aplicadors del dret ens trobem en aquest punt –com en molts altres del nostre ordenament jurídic– amb importants incerteses, que no seran resoltes fins que el legislador clarifiqui aquest assumpte o els tribunals, en particular els que poden crear jurisprudència, decideixin sobre això. En tot cas, si es tracta de prendre partit en aquesta discussió, la meua modesta opinió se situa entre els defensors de la tesi que és factible, a més de convenient, que en fase de solvència es concreti el nivell de subcontractació per a l'execució d'un contracte.

## 6. La solvència de les persones jurídiques pertanyents a una agrupació d'interès econòmic

Les agrupacions d'interès econòmic estan regulades en la Llei 12/1991, de 29 d'abril, d'agrupacions d'interès econòmic, la qual les conceptua com a associacions, amb personalitat jurídica i caràcter mercantil, constituïdes exclusivament per persones físiques o jurídiques que exerceixin activitats empresarials, agrícoles o artesanals, per entitats no lucratives dedicades a la recerca i pels qui exerceixin professions liberals, la finalitat de les quals és facilitar el desenvolupament o millorar els resultats de l'activitat dels seus socis, sense que tinguin ànim de lucre per a si mateixes.

Aquesta definició implica separar les agrupacions d'interès econòmic d'altres figures associatives com són les unions temporals d'empresaris i els grups de societats, les quals no gaudeixen de personalitat jurídica pròpia i diferenciada dels ens que les integren (però les unions temporals sí que tenen capacitat d'obrar en les contractacions públiques, cosa que no succeeix amb els grups d'empreses).

El fet que les agrupacions d'interès econòmic tinguin un objecte limitat (desenvolupar una activitat auxiliar respecte a l'activitat dels seus socis), ha generat que aquestes puguin ensopegar amb dificultats per provar la idoneïtat de la seva capacitat d'obrar en relació amb l'objecte prestacional a licitar, tal com així afirmen Monge Gil i Fenellós Puigcerver, la qual cosa, al seu torn, ha donat lloc a través a l'hora d'admetre-les



a les licitacions públiques, i fins i tot s'ha arribat a denegar a les mateixes la possibilitat de ser classificades.<sup>25</sup>

Hi ha altres opinions, com l'expressada per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que, tanmateix, no comparteixen els postulats que s'acaben d'exposar, consentint que aquestes agrupacions, si estan vàlidament constituïdes, puguin participar en una licitació pública en la qual l'objecte prestacional a executar sigui concorde amb el seu objecte social, i fins i tot que puguin ser classificades com a entitat jurídica independent, en el cas que demostrin que poden executar per si mateixes l'activitat pròpia del grup i subgrup de classificació al qual volen accedir i que, per tant, disposen dels mitjans per realitzar-ho.<sup>26</sup> Ara bé, aquesta mateixa Junta Consultiva també manifesta que no és aplicable a les agrupacions d'interès econòmic allò previst en el –llavors vigent– paràgraf segon de l'article 15 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, referit a la possibilitat que, als efectes de la classificació empresarial, una societat dominant d'un grup pugui acreditar l'efectiva disposició de mitjans de les societats dominades, ja que l'article 2, en l'apartat 3, de la Llei 12/91, de 29 d'abril, estableix que aquestes agrupacions no poden posseir ni directament ni indirectament participacions en societats que siguin membres de les mateixes.<sup>27</sup>

Tanmateix, tot i reconèixer els inconvenients que les agrupacions d'interès econòmic puguin tenir per ajustar-se a l'objecte del contracte, atès el seu caràcter merament auxiliar, i fins per aconseguir l'oportuna classificació empresarial, segons l'opinió d'alguns autors, com Escrihueta Morales, res no impedeix que els seus mitjans puguin posar-se a disposició d'alguna de les seves empreses en l'execució d'un contracte determinat, per tal d'assolir els nivells de solvència exigits, objectiu que es correspon amb la veritable naturalesa i finalitat d'aquestes agrupacions, que és auxiliar i ajudar en l'activitat dels seus integrants. Aquesta sembla, sens dubte, la posició més d'acord tant amb l'esperit de la legislació actualment vigent en aquest terreny com amb els criteris marcats al respecte per la jurisprudència comunitària.

## 7. Conclusions

De conformitat amb tot el que s'ha explicat, podem establir, a manera de recopilació, les següents conclusions:

- L'article 63 del text refós de la Llei de contractes del sector públic permet al licitador acreditar la solvència necessària per subscriure un contracte determinat, basant-se en els mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que hi tingui, sempre que aquell demostrï que, per a l'execució del contracte, disposa efectivament d'aquests mitjans.
- La integració amb recursos aliens pot abastar tant la solvència econòmica i financera com la professional o tècnica, encara que alguns requisits de solvència, per les seves peculiars característiques, poden presentar certes dificultats per a la seva realització per aquesta via.
- L'enllaç entre l'operador econòmic i l'entitat externa es pot produir per qualsevol vincle admès legalment, sempre que aquest garanteixi plenament la disponibilitat efectiva dels mitjans que calguin per a l'execució del contracte.
- Els grups de societats són una de les possibles fórmules d'unió entre el licitador i el tercer, i el poder adjudicador ha de tenir en compte obligatòriament, en aquests supòsits, les mercantils pertanyents al grup per tal de valorar la solvència, o la classificació, de qualsevol de les empreses del grup.
- La subcontractació és una altra de les opcions que té el licitador per integrar la solvència amb mitjans d'un ens aliè.

No obstant això, tot i que la nostra doctrina admet aquest postulat com a vàlid de manera unànime, hi ha postures oposades entre els que es mostren partidaris que, en aquests casos, l'avaluació de la subcontractació es traslladi a la fase de solvència, i els que defensen que el règim jurídic de la subcontractació només és aplicable en fase d'execució del contracte.

- Les agrupacions d'interès econòmic, igualment, possibiliten la integració externa de la solvència,

25. Informe 7/92, de 27 de febrer de 1992, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, i sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 21 d'abril de 1998, rec. 3333/1995.

26. Informe 9/2006, de 20 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

27. *Idem*.

permetent que els seus mitjans es posin a disposició d'alguna de les empreses que les formen, amb l'objectiu d'obtenir els nivells de solvència exigits. I això malgrat els problemes que presenten per acomodar-se a l'objecte del contracte (i fins i tot per obtenir la corresponent classificació empresarial), atès el seu caràcter merament auxiliar.

## Bibliografia

- D. A., *Contratación del sector público local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2008.
- ESCRIBUELA MORALES, F. J.:
- *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007.
  - *Todo contratación sector público*, La Ley, Madrid, 2011.
- FENELLÓS PUIGSERVER, V., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BOE, Madrid, 1995.
- GARAYAR ASOCIADOS ABOGADOS, <http://blog.garayarasociados.com/wp-content/uploads/2011/06/Snack-Garayar-Asociados-Contratacion-con-el-sector-publico-acreditacion-de-solvencia-del-cocontratante.pdf>
- GARCÍA RUBIO, F., “Las agrupaciones de interés económico como sujeto de la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 24, 2003, p. 28.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Observaciones al Anteproyecto de Ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, 2006, p. 33.
- GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS S.L.P., “La integración de la solvencia técnica y profesional, económica o financiera con medios de tercero”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 124, 2009, p. 49, 50 i 51.
- MONGE GIL, A. L., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, DL, Madrid, 1993.
- MORENO MOLINA, J. A. i PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de contratos del sector público*, 3a edició, La Ley, Madrid, 2011. ■