



INFORME 9/21, DE 24 DE MARZO DE 2022, SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I - ANTECEDENTES

La Presidenta de la Asociación CIRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA -CEACOP- solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 Decreto 93/2005 de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con el art.1.1 del mismo Decreto, los Presidentes de organizaciones empresariales representativas de distintos sectores afectados por la contratación administrativa podrán solicitar informes.

Consulta. Aplicación del artículo 75 Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contrato Sector Público (en adelante LCSP) en relación con los artículos 132, 139.3 y 149.3 LCSP.

La exposición de motivos de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contrato Sector Público, manifiesta que uno de sus objetivos es la de promover la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, dentro de un marco de transparencia en la contratación pública y conseguir la mejor relación calidad precio.

Asimismo, el nuevo texto legal exige la prevención, detección y solución de modo efectivo de los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Atendiendo al principio de igualdad, transparencia y libre competencia, que preside como criterio rector el texto legal de contratación pública, se permite la integración de la solvencia con medios externos.

Dispone el artículo 75 LCSP literalmente:

Artículo 75. Integración de la solvencia con medios externos.

*1. 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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.*





En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera.”

Luego, cualquier empresa puede concurrir a una licitación integrando su solvencia con la solvencia y medios de otra entidad. Sentado lo anterior, es preciso tomar en consideración lo que se dispone en el artículo 139 LCSP:

Artículo 139. Proposiciones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en



cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. **Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal.** La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

Y lo anterior, se debe poner en relación con el contenido de lo dispuesto en el art. 149.3 del mismo texto legal:

Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta **en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.**

Llegados a este punto, no existe norma legal que impida a una empresa presentar una oferta, y aportar su solvencia y medios a otra entidad para integrar su solvencia. Esto es, dos empresas, denominadas A y B, que no conforman Grupo de empresa, conforme la definición del art. 42.2 CCom.

La empresa A concurre a la licitación acreditando su solvencia y presentando una oferta; y esta misma empresa A, cede su solvencia y medios a la empresa B, que igualmente concurre a la licitación presentando una oferta.

En tal caso, entendemos que no entraría en juego lo dispuesto en el artículo 139.3 LCSP –menciona específicamente las Uniones Temporales de Empresa- así como tampoco entraría en juego, la disposición prevista en el artículo 149.3, relativa a las ofertas presentadas por empresas del mismo grupo empresarial, conforme la definición dada por el art. 42 CCom.

Atendiendo al caso planteado, se solicita informe sobre los siguientes extremos:

A- Contratos de obra y Contratos de servicios

1.- Empresas no vinculadas ex art. 42.2 Código de Comercio. Licitación en la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente a la misma licitación (tanto en contratos de obra como en contratos de servicios), que presenta otra oferta.



2.- *Empresas vinculadas ex art. 42.2 Código de Comercio. Empresas de grupo. Licitud en la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente del grupo de empresas que oferta a la misma licitación (tanto en contratos de obra como en contratos de servicios).*

B- Y específicamente, y con relación a los contratos administrativos de obras:

3.- *Posibilidad de concurrir una contratista inscrita en el ROLECE, con clasificación mínima, pero sin contar con la clasificación exigida en la licitación ni medios propios, integrando su solvencia con solvencia externa donde la solvencia total se aporta por adscripción de medios de la empresa externa.*

4.- *Posibilidad de licitar una empresa sin contar con clasificación aportando la solvencia por medios externos de una empresa clasificada.”*

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 del Decreto 93/2005 de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, esta comisión pueda ser consultada por las organizaciones empresariales con representatividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía en los distintos sectores afectados por la contratación Administrativa. El artículo 11 del citado Decreto establece que las organizaciones empresariales solicitarán los informes a través de su Presidencia

La presidenta del CIRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA (en adelante, CEACOP) solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en su condición de tal. Acredita que representa a la misma dentro de su ámbito de actuación que, según los estatutos que acompañan a la solicitud de informe, agrupa a empresas del sector de la construcción y, en particular, de obra pública, entre las que se encuentran entidades de edificación y construcción de urbanizaciones, y por tanto asume la defensa de los intereses colectivos del sector, poniendo de manifiesto un interés legítimo en solicitar este informe.

A la vista de las circunstancias expuestas entiende este órgano consultivo que CEACOP goza de legitimación para dirigirse a este órgano consultivo solicitando informe respecto a las cuestiones planteadas.

CEACOP solicita informe sobre una serie de cuestiones relativas a la aplicación del artículo 75 LCSP, que se concretan en las siguientes:

“A- *Contratos de obra y Contratos de servicios*



1.- Empresas no vinculadas ex art. 42.2 Código de Comercio. Licitud en la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente a la misma licitación (tanto en contratos de obra como en contratos de servicios), que presenta otra oferta.

2.- Empresas vinculadas ex art. 42.2 Código de Comercio. Empresas de grupo. Licitud en la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente del grupo de empresas que oferta a la misma licitación (tanto en contratos de obra como en contratos de servicios).

B- Y específicamente, y con relación a los contratos administrativos de obras:

3.- Posibilidad de concurrir una contratista inscrita en el ROLECE, con clasificación mínima, pero sin contar con la clasificación exigida en la licitación ni medios propios, integrando su solvencia con solvencia externa donde la solvencia total se aporta por adscripción de medios de la empresa externa.

4.- Posibilidad de licitar una empresa sin contar con clasificación aportando la solvencia por medios externos de una empresa clasificada”.

1.- Ambos grupos de cuestiones giran en torno a lo que en ámbito de la contratación pública se conoce como “Integración de la solvencia con medios externos”, actualmente recogida en el artículo 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

En esencia, podemos avanzar que la LCSP permite, salvando otros requisitos dispuestos en la propia ley, que cualquier empresa puede concurrir a una licitación integrando su solvencia con la capacidad, aptitud y medios de otra entidad.

Sobre la integración de la solvencia de un licitador con medios ajenos, podemos recordar que la posibilidad de que un licitador se base en las capacidades de otra entidad para completar su solvencia en un procedimiento de contratación -hoy positivizada en el ya citado art. 75 de la LCSP-, tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria, en concreto en la sentencia Holst Italia SpA (asunto a/176/98) de 2 de diciembre de 1999. A raíz de la doctrina contenida en la misma, la Directiva 2004/18/CE incorporó en los artículos 47 y 48 un apartado 2 por virtud del cual se permitía que un operador económico pueda basarse para acreditar su solvencia en un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre al poder adjudicador que dispondrá efectivamente de dichos medios.

En el ordenamiento jurídico español esta regla no tuvo reflejo expreso hasta el artículo 52 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Inicialmente, fue discutida la posibilidad de integrar con medios externos la solvencia económica y financiera, por entender que se trataba de aspectos propios del licitador e inequívocamente relacionados con éste, que no podrían sustituirse por las cualidades de otro operador.

Este criterio negativo se plasmó en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 45/02, de 28 de febrero de 2003, que admitía la integración de la solvencia con medios externos



al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero señalaba importantes limitaciones respecto de la solvencia económica. En concreto consideraba que no resultaba aplicable a la acreditación de la misma mediante informes de instituciones financieras, seguros de riesgos profesionales o cuentas anuales *“por tratarse de medios directamente relacionados con una empresa y que carecen de valor para acreditar la solvencia de empresas distintas”*.

No tenía en cuenta la Junta Consultiva en dicho informe, que la sentencia Holst Italia SpA admitió en el asunto allí analizado, que la empresa Ruhrwasser, que había sido creada en 1996, completara la solvencia requerida para un contrato de gestión de plantas de tratamiento y recogida de aguas, respecto del volumen anual de negocios en los años 1993-1995 y de su experiencia en la gestión efectiva durante dos años como mínimo de una planta de tratamiento de aguas residuales domesticas, acudiendo a la actividad y experiencia de una entidad que participaba de forma indirecta en su capital social.

Con posterioridad, tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, las Juntas Consultivas han mantenido criterios divergentes. La Comisión Permanente de la Generalidad de Cataluña en el informe 9/2008, de 27 de noviembre asumió el criterio de la Junta del Estado. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 29/2008, de 10 de diciembre, entendió que una interpretación “secundun directiva” del artículo 52 imponía que no se pudiera hacer ninguna restricción en relación con los medios de acreditación de solvencia que se podrían integrar por medios externos. Ahora bien, reconocía la dificultad que entraña la integración en algunos casos y sobre todo ponía el énfasis en la necesidad de que los Pliegos de Cláusulas Administrativas exigieran compromisos entre las entidades que además se adjuntarían debidamente formalizados al contrato.

Y es que la problemática de la integración de la solvencia económica por medios externos, no está en que se aplique a aspectos propios de la empresa, si no en los efectos que tiene sobre la ejecución del contrato, es decir, en como puede asegurarse el órgano de contratación de que el licitador dispondrá de los recursos necesarios durante la ejecución del contrato.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26/02/2014, sobre Contratación Pública, recogiendo la doctrina posterior del TJUE¹, vino a clarificar más la cuestión y en su art. 63 estableció:

“1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con

¹ STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-305/2008) cuya doctrina a su vez recogen otras sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2014/21 como s SsTJUE de 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14, 2 de junio de 2016 (asunto C-27/15) y 4 de mayo de 2017 (asunto C-387/14)



independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

Cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 19, apartado 2, podrán recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades.

2. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos de las contempladas en el artículo 19, apartado 2, por un participante en esa agrupación”.

Y de ahí, llegamos al vigente artículo 75 de la LCSP:

“1. 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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.



No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera”.

A la vista de todo lo expuesto es evidente que la controversia acerca de la posibilidad de integrar con medios externos la solvencia económica y en general cualquier medio de solvencia que se refiera a aspectos propios del licitador debe entenderse superada y cabe asumir, por tanto, que los órganos de contratación tienen en sus manos herramientas suficientes para asegurarse de que dispondrán de todos los medios necesarios en la ejecución del contrato.

2.- Sentado lo anterior, el primer bloque de consultas, que CEACOP agrupa bajo el epígrafe A) se abordan posibles contradicciones que relacionan la posibilidad de integrar solvencia con medios ajenos con el denominado “principio de oferta única”

Dicho principio se enuncia en el artículo 139.3 LCSP el cual se dispone que “Cada licitador **no podrá presentar más de una proposición**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. **Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho**



individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de facilitar a todos los licitadores su concurrencia en condiciones de igualdad, evitando la posibilidad de favorecer situaciones de ventaja de alguno de ellos o los riesgos de manipulación del procedimiento. Como se señala en la Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *“la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo”*.

En definitiva, la finalidad última del principio de proposición única es la garantía de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones.

El artículo 139.3 LCSP se debe poner en relación con el contenido de lo dispuesto en el art. 149.3 del mismo texto legal: *“Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal”*.

Conjugando ambos preceptos, concluye la entidad consultante que *“no existe norma legal que impida a una empresa presentar una oferta, y aportar su solvencia y medios a otra entidad para integrar su solvencia. Esto es, dos empresas, denominadas A y B, que no conforman Grupo de empresa, conforme la definición del art. 42.2 Ccom. La empresa A concurre a la licitación acreditando su solvencia y presentando una oferta; y esta misma empresa A, cede su solvencia y medios a la empresa B, que igualmente concurre a la licitación presentando una oferta”*.

En tal caso, entiende CEACOP que no entra en juego lo dispuesto en el artículo 139.3 LCSP pues se refiere específicamente a las Uniones Temporales de Empresa, así como que tampoco entraría en juego, la disposición prevista en el artículo 149.3, relativa a las ofertas presentadas por empresas del mismo grupo empresarial, conforme la definición dada por el art. 42 CCom.

En fin, plantea CEACOP si sería posible que una empresa que presenta oferta en un procedimiento de licitación de forma individual, pueda además “ceder” su solvencia a la de otra empresa que concurre en la misma licitación presentando otra oferta. También pregunta si la conclusión variaría en el mismo supuesto, si ambas empresas fueran del mismo grupo empresarial.

Y la respuesta a ambas preguntas es que sí. En efecto, el concepto de licitador viene determinado por su personalidad jurídica y como se ha puesto de manifiesto, el ningún precepto se impide la concurrencia de ofertas en los términos que plantea la primera consulta de CEACOP. Baste para sustentar la



conclusión favorable que avanzamos, recordar que en la interpretación de las normas, la regla general es la de "odiosa restringenda", que impide extender la norma prohibitiva más allá de sus términos literales y estrictos.

Incluso en el supuesto -también planteado en la consulta- de que existiese cierta vinculación empresarial en el sentido del art. 42 del Código de Comercio, debe recordarse que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado el principio de que el Derecho de la Unión «...no prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos» (STJUE -Sala Cuarta- de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16) y ello por razón del interés prevalente de la Unión Europea en que se garantice la más amplia participación posible de licitadores en los procedimientos de contratación pública.

Añade en dicha sentencia que una prohibición formulada en tal sentido, a modo de *"...presunción iuris et de iure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente..."* vulneraría el principio de proporcionalidad por no conceder a dichas empresas licitadoras *"...la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores..."* (STJUE -Sala Cuarta- de 19 de mayo de 2009, Asunto C-538/07, Assitur Srl). Y ello es así, de acuerdo con esta sentencia, porque cabe la posibilidad de que empresas con ciertos grados de vinculación o control gocen, no obstante, de cierto grado de autonomía en el ejercicio de su política comercial y de su actividad económica de modo que *"...las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación"*.

En la misma línea se pronuncia el informe 35/2012, de 14 de diciembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, donde se afirma que, *"...la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas... no supone la exclusión del procedimiento de las mismas"*

Cabe concluir por tanto que, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública, por lo que, por las mismas razones, resulta admisible -en línea de principio- la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente del grupo de empresas que oferta a la misma licitación.

Cuestión distinta y sobre la que no profundizaremos, al no haber sido expresamente consultados, es que si bien no supone vulneración del principio de oferta única supuestos de participación como los que se plantean en la consulta, será necesario descender a la casuística para descartar que esas prácticas no encierren pactos colusorios que, con fraude de ley, persigan falsear la competencia.

4.- En un segundo bloque de consultas enunciadas bajo el epígrafe B) y en relación con el contrato de obras, se plantea:

- Posibilidad de concurrir una empresa inscrita en el ROLECE, con clasificación mínima, pero sin contar con la clasificación exigida en la licitación ni medios propios, integrando su solvencia con solvencia externa donde la solvencia total se aporta por adscripción de medios de la empresa externa.
- Posibilidad de licitar una empresa sin contar con clasificación aportando la solvencia por medios externos de una empresa clasificada."



En relación con la clasificación el artículo 77.1 LCSP que establece que la misma será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en obras en los siguientes casos:

*“a) Para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros **será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores.** Para dichos contratos, la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, **con categoría igual o superior a la exigida para el contrato, acreditará sus condiciones de solvencia para contratar.***

*Para los contratos de obras cuyo valor estimado **sea inferior a 500.000 euros** la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, y que será recogido en los pliegos del contrato, acreditará su solvencia económica y financiera y solvencia técnica para contratar. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación como contratista de obras en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos”.*

Así, cabe señalar que la clasificación es exigible en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros

A efectos de dar respuesta a las consultas que ahora abordamos, se considera relevante el empleo del término “empresario”, que no “licitador” que utiliza el precepto.

Al hilo del análisis de la “acreditación de solvencia con medios externos” abordada en la primera consideración de este informe ya se ha concluido que dicho mecanismo -fruto del Derecho de la Unión Europea, y hoy integrado en nuestra norma nacional de contratos: art. 75- se alinea con la tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y las normas tanto comunitarias como estatales que la incorporan, admiten que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos.

Luego, puede concluirse que es jurídicamente viable que en una licitación concorra una contratista inscrita en el ROLECE, con clasificación mínima, pero sin contar con la clasificación exigida en la



licitación ni medios propios, integrando su propia solvencia con solvencia externa donde la solvencia total se aporta por adscripción de medios de la empresa externa.

Mayores dudas podría plantear la segunda cuestión planteada: Esto es, la posibilidad de licitar una empresa sin contar con clasificación aportando la solvencia por medios externos de una empresa clasificada.

A nuestro juicio, la respuesta también debe ser afirmativa. La clasificación, según se desprende el art. 77 de la LCSP, no es más que una forma de acreditación de solvencia. Y consideramos jurídicamente admisible que un licitador integre su solvencia acudiendo a medios externos sin necesidad de acreditar un mínimo de solvencia propia, sin más exigencia que demostrar que dispone efectivamente de esos medios para la ejecución del contrato y teniendo en cuenta los demás requisitos establecidos en el artículo 75 LCSP.

Y esta Comisión consultiva sustenta esta esta conclusión en los siguientes argumentos:

En primer lugar, a la vista de la propia literalidad y sentido del artículo 75 de la LCSP. En la interpretación de una norma, el primero de los criterios hermeneúticos es atenerse al sentido propio de sus palabras, atendiendo a lo que en ellas se establece y no haciéndola decir lo que no dice. En tal sentido, el artículo 75 establece la posibilidad de basarse en la solvencia y medios de otras entidades para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato con la única carga de demostrar la disponibilidad efectiva de los medios. Habla de acreditación sin más, no dice que tal acreditación sólo pueda ser parcial ni exige para hacer uso de esta posibilidad que exista una previa solvencia propia. Debe recordarse que donde la norma no distingue, no puede distinguir el operador jurídico.

En segundo lugar, porque tal conclusión resulta coherente con las Directivas de contratación (artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/UE y artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE) y con la interpretación que de los mismos efectúa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en doctrina que ya se ha analizado

También es interesante a los efectos que interesan, la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2015. Tal sentencia trae causa de recurso contencioso administrativo interpuesto contra Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de octubre de 2013 que sostiene que de la interpretación conjunta de los artículos 52 y 43.1 de la LCSP de 2007 resulta que aunque el empresario puede acogerse al 52 (actual artículo 75 de la LCSP de 2017) para acreditar su solvencia, debe cumplir asimismo lo previsto en el 43.1, de manera que para contratar con el sector público resulta indispensable que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios.

Frente a estos argumentos indica la citada sentencia de la Audiencia Nacional lo siguiente: Por lo tanto, el TACRC, al realizar una interpretación que condiciona la valoración de la experiencia de las empresas subcontratadas a la previa existencia de experiencia propia, realiza una interpretación contraria a la normativa de la Unión. La cual no permite tal condicionamiento y valora de forma amplia la experiencia de otras entidades a las que acuda el operador económico; pues lo esencial es que el operador económico con sus propios recursos o a través de la subcontratación- siempre que presente las garantías adecuadas al efecto- sea capaz de realizar en forma adecuada el conjunto de prestaciones que integran el contrato.

Por último, indicar que en fecha reciente el Tribunal Supremo ha dictado sentencia de 21/06/2021, en recurso de casación 7906/2018. La cuestión que a juicio del Alto Tribunal presentaba interés casacional objetivo fue fijada en los siguientes términos:



“...si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas”.

Entrando a analizar dicha cuestión, la sentencia razona en los siguientes términos:

“Es cierto, ya lo hemos dejado señalado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos; pero también hemos visto que esta opción ha de ser admitida de forma restrictiva pues sólo resulta admisible cuando el objeto del contrato o las circunstancias del caso lo justifiquen, y operando siempre con observancia del principio de proporcionalidad.

Nada de ello sucede en el caso que examinamos, pues, siendo pacífico que una de las empresas integrantes de la unión temporal de empresas, Acciona Agua S.A., cumple por sí sola y con holgura los requisitos de solvencia técnica exigidos, resulta contrario al principio de proporcionalidad negar que la unión temporal de empresas haya justificado su solvencia técnica por la sola circunstancia de que la otra empresa integrante de la unión - STV Gestión S.L.- no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad.

Atendiendo al objeto del contrato al que se refiere la controversia -gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Santomera- no advertimos ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada de las empresas que integran la unión temporal y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades. Dicho de otro modo, esta Sala considera que negar la posibilidad de que se acumulen o sumen las capacidades técnicas de las empresas que concurren juntas a la licitación resulta carente de justificación y vulnera los principios de funcionalidad, de complementariedad de las capacidades y de proporcionalidad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que ya nos hemos referido, deben imperar en la interpretación de esos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico precisamente para favorecer el acceso de las empresas a la contratación pública”.

CONCLUSIONES

1- De acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas incluso estando vinculadas entre sí o formando parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública, por lo que, por las mismas razones resulta admisible -en línea de principio- la práctica de concurrir a una licitación con una oferta propia (primera empresa), y simultáneamente integrar con solvencia y medios de otra empresa concurrente, ya sea o no del grupo de empresas que oferta a la misma licitación.

Cuestión distinta y sobre la que no profundizaremos, al no haber sido expresamente consultados, es que si bien no supone vulneración del principio de oferta única supuestos de participación como los que se plantean en la consulta, será necesario descender a la casuística para descartar que esas prácticas no encierren pactos colusorios que, con fraude de ley, persigan falsear la competencia.



2.- Es jurídicamente viable que en una licitación concorra una empresa inscrita en el ROLECE, con clasificación mínima, pero sin contar con la clasificación exigida en la licitación ni medios propios, integrando su solvencia con solvencia externa donde la solvencia total se aporta por adscripción de medios de la empresa externa.

Mayores dudas podría plantear la segunda cuestión planteada: Esto es, la posibilidad de licitar una empresa sin contar con clasificación aportando la solvencia por medios externos de una empresa clasificada.

A nuestro juicio, la respuesta también debe ser afirmativa. La clasificación, según se desprende el art. 77 de la LCSP, no es más que una forma de acreditación de solvencia. Y consideramos jurídicamente admisible que un licitador integre su solvencia acudiendo a medios externos sin necesidad de acreditar un mínimo de solvencia propia, sin más exigencia que demostrar que dispone efectivamente de esos medios para la ejecución del contrato.

Es todo cuanto se ha de informar.