



INFORME 6/2010, DE 21 DE DICIEMBRE, SOBRE ACREDITACIÓN DE LA HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL CON MEDIOS EXTERNOS Y SOBRE LOS MODELOS DE DECLARACIONES QUE FIGURAN COMO ANEXOS EN LOS MODELOS DE PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.

ANTECEDENTES

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano competente para impulsar y promover las normas, instrucciones y medidas generales que se consideren necesarias en la Comunidad de Madrid en relación con la contratación pública, así como para realizar los estudios oportunos sobre contratación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, en relación con los apartados 5 y 7 del artículo 38, del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril.

Asimismo, la Junta está facultada para la emisión de informes de oficio en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del citado Reglamento.

Por lo expuesto, y ante las dudas planteadas por una Mesa de contratación acerca de la posibilidad de que una empresa pueda complementar con medios externos la acreditación de la habilitación empresarial o profesional, al igual que la solvencia, así como acerca de la posibilidad de que los licitadores puedan variar el contenido del modelo de declaración relativo a la contratación de personas con discapacidad, que figura en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se considera conveniente sentar criterio respecto a las cuestiones planteadas, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- La duda planteada se refiere a la posibilidad de que una determinada empresa pueda complementar la habilitación requerida para la licitación de un contrato, consistente en la inscripción en un determinado Registro y, dentro de éste, la autorización para efectuar una determinada actividad, con los medios de otra empresa, que pertenece al mismo grupo empresarial.

Para concurrir a la licitación de un contrato de suministro, el pliego de prescripciones técnicas particulares del acuerdo marco exige contar con el correspondiente Registro General Sanitario, en el que se recogen diferentes actividades.

La empresa licitadora cuenta con el pertinente registro sanitario que la habilita para llevar a cabo parte de las actividades que conlleva el suministro, por lo que presenta su registro sanitario y el registro sanitario de una empresa perteneciente al mismo grupo empresarial, con igual domicilio, socios y órganos de administración, que la habilita para el resto de actividades que puedan ser exigibles, aportando declaraciones y escrituras para acreditar que cuenta con la totalidad de la habilitación exigida.

2.- El artículo 43 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con el sector público: capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos exigidos por la Ley, clasificación, y contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Además de las normas generales de aptitud, los artículos 46 a 48 de la LCSP establecen normas especiales sobre capacidad para determinados supuestos o empresas.

El artículo 52 de la citada Ley señala que, para acreditar la solvencia precisa para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. La LCSP, en consonancia con el artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la jurisprudencia comunitaria sobre la posibilidad del licitador de basarse en las capacidades de otras entidades, amplía así la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos con respecto a su predecesora, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 15.1 sólo permitía dicha acreditación mediante la solvencia y medios de sociedades pertenecientes a un grupo.

La LCAP no especificaba la habilitación empresarial o profesional como requisito de aptitud para contratar, ello no significa que no fuese exigida como requisito de capacidad técnica por el órgano de contratación en aquellos contratos en los que alguna norma requiriese para su ejecución alguna habilitación legal. La LCSP ha recogido específicamente en su articulado esta condición de aptitud, que en la LCAP podía considerarse incluida dentro de los requisitos de solvencia técnica.

3.- La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 143.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar.

Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación:

- Artículo 54.1, segundo párrafo: “En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias,…”.
- Artículo 56.2: “Para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite su personalidad y capacidad de obrar, así como que se encuentre legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios,…”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 1/09, de 25 de septiembre, relativo a “Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato”, indica que la habilitación es un requisito de legalidad que tiene como finalidad implícita la de acreditar que la entidad titular de la misma tiene suficiente capacitación técnica o profesional para ejercer una actividad y, si bien no es un requisito de solvencia en sentido estricto, las disposiciones que regulan las habilitaciones para el ejercicio de

actividades empresariales o profesionales “tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal”.

Si el artículo 52 de la LCSP permite que, para la acreditación de estos mayores requisitos técnicos para contratar con el sector público, medios de solvencia, puedan los empresarios basarse en la solvencia y medios de otras entidades, siempre que demuestren que disponen de ellos, del mismo modo se puede admitir, en el caso objeto de consulta, que, para la acreditación de la habilitación precisa para ejercer la actividad objeto del contrato (requisito mínimo legal), la empresa licitadora pueda basarse igualmente en la habilitación de otra empresa de su grupo, dado que demuestra que cuenta con los medios de ésta para la ejecución del contrato, puesto que la habilitación se basa, al igual que la solvencia técnica y profesional, en la acreditación de la capacitación técnica o profesional a través de determinados medios. Mas claro aún queda en la redacción del artículo 54.1 de la citada Ley, pues, aún cuando está referido a la exigencia de clasificación, menciona expresamente la habilitación al disponer que es posible subcontratar la parte del contrato que requiera una determinada habilitación o autorización profesional con un tercero, por lo que con mayor motivo debe ser admisible también complementar la acreditación de la habilitación, respecto de una parte de la prestación objeto de contrato, basándose en la de las empresas vinculadas de cuyos medios se disponga, como es el presente caso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la Ley, que prevé, a efectos de la valoración de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de personas jurídicas pertenecientes a un grupo, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tendrá efectivamente a su disposición, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

En igual sentido pasamos a relacionar diferentes artículos de la LCSP en los que se pone de manifiesto la mayor obligación e identificación que se produce entre las empresas vinculadas frente a la subcontratación con terceros, lo que permite interpretar que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación por no tener la consideración de tercero, conforme al sentido de interpretación de las normas en relación, entre otros conceptos, con el contexto y los antecedentes legislativos, establecido en el artículo 3 del Código Civil. Así, el artículo 210 de la LCSP al regular la subcontratación establece que el contratista podrá concertar

con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. La celebración de los subcontratos se somete al cumplimiento de los requisitos recogidos en su apartado 2, entre los que determina en la letra e) que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no pudiendo exceder del 60 por 100 del importe de adjudicación si no se ha fijado límite especial en el pliego. Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, siguiendo el mismo criterio del artículo 129.4. El subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal que asumirá, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, sin que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados, o la autorización que otorgue, no alteren la responsabilidad exclusiva del contratista principal. También, el apartado 7 del citado artículo 210 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 30 por 100 del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla. Por otra parte, el artículo 250 de la LCSP regula la adjudicación de contratos de obras por los concesionarios cuando se contrate con terceros, determinando expresamente que no tienen la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas.

Asimismo, en el informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, “Acreditación de la solvencia de las empresas por medios que pertenecen a empresas distintas e influencia de tales medios puestos a la disposición de la ejecución del contrato en fase de valoración de las ofertas”, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que determinados medios que se refieren a aspectos propios de una empresa, como la solvencia financiera, no pueden sustituirse por referencias externas, pero sí se puede acreditar mediante dichas referencias la disponibilidad de personal técnico cualificado, o de medios materiales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, lo que puede hacerse extensivo a la disposición de los medios correspondientes a una determinada habilitación para el ejercicio de una actividad.

4.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido reiteradamente la posibilidad de que un licitador pueda probar que reúne los requisitos para participar en un procedimiento de licitación, mediante la referencia a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato. En este sentido se pronuncia la Sentencia C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia), que recoge los fundamentos jurídicos contenidos en las sentencias C-5/97, de 18 de diciembre de 1997, y C-389/92, de 14 de abril de 1994 (Ballast Nedam Groep), pero extendiendo la posibilidad de acreditar la solvencia con medios de otras empresas con independencia de que pertenezcan o no al mismo grupo empresarial.

En concreto, la sentencia C-5/97 establece que una sociedad de holding que no ejecute obras por sí misma no puede ser excluida de los procedimientos de licitación para la contratación pública de obras ni, por tanto, de la inscripción en una lista oficial de contratistas clasificados, si demuestra que tiene efectivamente a su disposición los medios de sus filiales que sean necesarios para la ejecución de los contratos, por lo que para pronunciarse sobre una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, la autoridad competente está obligada, cuando se acredite que dicha persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada.

El artículo 56.3 de la LCSP recoge como criterio aplicable para obtener la clasificación, que se podrá tener en cuenta, a efectos de la valoración de la solvencia de una persona jurídica perteneciente a un grupo de sociedades, a las sociedades pertenecientes al grupo empresarial, siempre que efectivamente acredite la disposición de los medios de dichas sociedades.

Por tanto, una empresa que prueba de manera efectiva que dispone de los medios necesarios para ejecutar un contrato, aún cuando pertenezcan a otra empresa con la que se mantienen vínculos directos o indirectos, debe ser admitida para concurrir a la licitación.

5.- No obstante lo considerado en los apartados anteriores, conviene aplicar también a los efectos de la habilitación lo interpretado por esta Junta Consultiva con relación a la acreditación de la solvencia precisa para licitar a un contrato, en su Acuerdo 8/2009, de 10 de junio, por el que se analizan diversas cuestiones sobre contratación pública. En el

sentido de que si bien el artículo 52 de la LCSP, no parece establecer limitación a la acreditación de la solvencia con medios externos, ha de tenerse en cuenta que la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, clasificación es una de las condiciones de aptitud que ha de poseer el empresario para poder contratar con el sector público, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP. Por el contrario, el artículo 54.1 sí recoge que el compromiso a subcontratar con empresas que dispongan de la habilitación o clasificación precisa, no puede exceder del 50 por ciento del precio del contrato.

De la interpretación conjunta de los artículos 52 y 43.1, se ha de considerar que, aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1, por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP.

Como determina el artículo 46 de la LCSP, las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad que le son propios. Es necesario que exista una relación entre el objeto del contrato y la actividad de la empresa o desempeño profesional del licitador.

Corresponde a los órganos de contratación determinar los medios mínimos con que deben contar las empresas, en relación directa con la prestación objeto del contrato, así como cuando se basen en medios de otras entidades, la documentación que se requiere para acreditar que disponen efectivamente de esos medios. Así como corresponde a las Mesas de contratación comprobar si, a la luz de la documentación presentada por los licitadores, se acredita suficientemente que cuentan con la habilitación necesaria para la ejecución del contrato.

Por tanto, en el presente caso, la empresa licitadora podrá complementar su habilitación acreditando medios externos, puesto que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la citada Ley, acredita el mínimo de capacitación administrativa mediante medios propios, al estar inscrita en el registro oficial requerido.

6.- Los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa están elaborados para facilitar a los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid la tramitación de los expedientes de

contratación, siendo su utilización recomendada pero no obligatoria. Del mismo modo, los modelos de declaraciones dirigidas a los licitadores que figuran como anexos en dichos pliegos tienen como finalidad la de facilitar a aquéllos la presentación de la documentación que ha de acompañar a las proposiciones. Se trata únicamente de ejemplos o referencias, siendo opcional su utilización por los licitadores y, en ningún caso, tienen carácter obligatorio. Los licitadores pueden presentar las distintas declaraciones con la redacción que consideren oportuna, siempre que su contenido se ajuste a lo dispuesto en la normativa.

7.- El modelo de declaración que figura en los mencionados pliegos, en relación con la contratación de personas con discapacidad, recoge el compromiso del empresario de asumir la obligación, durante la vigencia del contrato, si resulta adjudicatario, de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza un número de 50 ó más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, o la de adoptar las medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en relación con el citado artículo 38.1 de la Ley 13/1982, y artículo 8.c) del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, que disponen que en el pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, entre las obligaciones del contratista, una relativa al cumplimiento de la obligación de tener, en su caso, durante la vigencia del contrato, trabajadores con discapacidad.

La redacción del referido modelo responde con carácter general a lo dispuesto en las citadas normas. Sin embargo, la situación de todas las empresas no puede ajustarse a esta redacción, pues hay empresas que ya cuentan en su plantilla con trabajadores con discapacidad en el momento de licitar, por lo que ya están cumpliendo esta obligación contractual, y otras que se encuentran en alguno de los supuestos de exención de la obligación, de forma total o parcial, y aplican las medidas alternativas, o bien no han de cumplir esta obligación por ser su número de trabajadores inferior a 50, por lo que la redacción de la declaración no puede ser única para todas, sino que habrá de adecuarse a la situación de cada empresa, siendo igualmente válido cualquier modelo de declaración, siempre que de su contenido se desprenda el cumplimiento del empresario con la referida obligación contractual, en su caso.

CONCLUSIONES

1.- El empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas, por disponer efectivamente de sus medios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52, 54 y 56 de la LCSP para la integración de habilitación y solvencia con medios externos.

2.- Los modelos de declaraciones a presentar por los licitadores, incluidos como anexos en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no son de presentación obligatoria en los términos en que se encuentran redactados, siendo válida cualquier otra redacción de las declaraciones, siempre que de su contenido se desprenda que el empresario cumple con lo dispuesto en las normas correspondientes.