

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 17/2008, de 7 de octubre, sobre la posibilidad de subcontratar la totalidad del contrato con empresas vinculadas.

I.- ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“Con fecha 15 de julio de 2008, se inició por esta Secretaría General Técnica, expediente 424/08 de contratación de servicios, cuyo objeto es “Asistencia para la construcción y mantenimiento de un sistema de seguridad perimetral para los servicios centrales de la Consejería de Salud “.

El importe total del presupuesto base de licitación asciende a 390.000 euros, procediendo su adjudicación mediante procedimiento abierto, y estando sujeto a regulación armonizada. Como Solvencia Técnica se exige clasificación del contratista conforme a la normativa vigente.

Una vez realizados los trámites legales oportunos, y tras la publicación de la licitación, dentro de plazo, únicamente se ha recibido la oferta de una empresa, DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U.

Con fecha 16 de septiembre de 2008, se constituyó la mesa de contratación para el examen de la documentación administrativa (Sobre 1). Una vez abierto el citado sobre, la mesa constata la existencia de un documento titulado “Subcontratación” mediante el cual la empresa licitante manifiesta:

- Que es el socio único de la sociedad NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L.U.
- Declara que pone efectivamente a disposición de su filial, como empresa subcontratista del 100% de los trabajos, todos sus medios económicos, financieros, técnicos y profesionales para la ejecución del contrato.

Una vez examinada la documentación administrativa la mesa requiere, entre otra, la siguiente documentación para la subsanación de los defectos observados en la propuesta: “Adecuación de las manifestaciones de subcontratación a lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.”

Recibida en plazo la documentación requerida para la subsanación, la mesa de contratación se reunió con fecha 19 de septiembre para el análisis de la misma. En escrito firmado por el representante legal, la empresa DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U., a efectos de dar cumplimiento a la subsanación requerida, realiza manifestación conforme se transcribe a continuación:



“Segundo(...)

c) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 210 Subcontratación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, mediante el presente documento, DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U. declara y manifiesta lo siguiente:

- I. Que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 e) del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U, en caso de salir adjudicatario del concurso de referencia, desea subcontratar el 100% de la ejecución del contrato..... a su filial NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L.U., sociedad de nacionalidad española..... Constituida por tiempo indefinido en virtud de escritura....., inscrita en el Registro mercantil de Sevilla..... Se adjunta como documento nº 3 y 4 Escritura de constitución y Escritura de Ampliación de Capital.
- II. Que DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U., es el socio único y Administrador Único de NEAR TECHNOLOGIES, SUR, S.L.U., cumpliendo con los requisitos que establece el Código de Comercio en su artículo 42 para calificar a una sociedad vinculada a otra.
- III. Que DOMINION TECNOLOGÍAS, S.L.U. pone efectivamente a disposición de su filial NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L.U. todos sus medios económicos y financieros, para la ejecución del contrato de referencia.
- IV. Que sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la sociedad NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L.U., cuenta con los medio técnicos y profesionales suficientes para la ejecución del contrato de referencia, tal y como queda acreditada, en el documento nº 1 que se adjunta al presente escrito.
- V. Que DOMINION TECNOLOGIAS, S.L.U. asume íntegramente y sin limitación alguna su responsabilidad principal frente a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por las consecuencias derivadas de su participación en el citado concurso, así como de la ejecución del contrato en el caso de salir adjudicatario.
- VI. Que NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L. no se encuentra inhabilitada para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendida en alguno de los supuestos del artículo 49, se adjunta como documento nº 5 al presente escrito Acta de Manifestaciones de la sociedad NEAR TECHNOLOGIES SUR, S.L.(...)”.



A la vista de la documentación presentada por el licitador, la Secretaria General Técnica eleva a la Comisión Consultiva de Contratación, solicitud de informe sobre las siguientes cuestiones:

1º La posibilidad de la subcontratación del cien por cien del objeto del contrato dado que el subcontrato se concluye con una empresa vinculada al contratista principal, entendiéndose por tal las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, según lo dispuesto en el artículo 210 2 e) de la LCSP.

2º En el supuesto de que fuese posible la subcontratación del cien por cien de objeto del contrato, se plantea la cuestión sobre si la entidad subcontratista ha de justificar la solvencia técnica exigible al contratista en la licitación, es decir, clasificación, o si por el contrario es bastante con justificar suficientemente la aptitud del subcontratista para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, sin aportar dicho subcontratista la clasificación exigida, de conformidad con el artículo 210 b) de la LCSP.

II.- INFORME

1.- Previamente hay que indicar que si bien a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa no le corresponde informar expedientes en concreto, se procede a informar sobre la consulta realizada dado que las cuestiones que se plantean tienen un carácter general.

Entrando en el examen de la primera cuestión planteada relativa a la posibilidad de la subcontratación del cien por cien del objeto del contrato hay que indicar que frente al criterio general sentando en el apartado primero del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de que la subcontratación supone sólo la realización parcial de la prestación, la previsión contenida en el segundo párrafo del apartado 2.e) presenta una excepción, al disponer que:

“e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

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.”

Efectivamente la redacción del citado párrafo no deja lugar a dudas de que los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal no se tendrán en cuenta para el cómputo del porcentaje máximo del 60 por ciento, límite



que se establece para las posibles subcontrataciones con terceros de las prestaciones parciales del objeto del contrato.

Sólo se impone un requisito, el de que tales empresas vinculadas se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, que esencialmente se refieren a la posesión de la sociedad dominante de la mayoría de votos en la sociedad dependiente, o a la designación o destitución de la mayoría de los miembros de los órganos de administración.

Este criterio es el contenido en la STJCE de 14-4-94, en el asunto C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, que admite diversas formas de ejecución del contrato en los supuestos de vinculación o relación entre empresas, declarando a estos efectos que:

“9. Para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, hay que examinar si, por el hecho de no ejecutar por sí misma las obras, puede excluirse a una sociedad de holding de los procedimientos de participación en la contratación pública de obras y, en caso negativo, cómo puede justificar la referida sociedad la capacidad necesaria para dicha participación.

10. Del propio título de la Directiva 71/304 resulta que la adjudicación de contratos públicos de obras puede recaer en favor de adjudicatarios que ejecuten las obras por medio de agencias o sucursales.

11. El artículo 21 de la Directiva 71/305, que figura entre las normas comunes de participación en la contratación, autoriza expresamente a licitar a las asociaciones de contratistas sin que el órgano de contratación pueda exigir, antes de la adjudicación del contrato, la transformación de dichas asociaciones bajo una forma jurídica determinada. Por lo que se refiere a la letra k) del artículo 16 de la misma Directiva, que figura entre las normas comunes de publicidad de la contratación, solamente establece que, en los procedimientos abiertos, la convocatoria debe precisar la forma jurídica determinada que eventualmente deberá adoptar el grupo de contratistas al cual se adjudique el contrato.

12. Por último, los criterios de selección cualitativa, establecidos por los artículos 23 a 26 de la Directiva 71/305, a los cuales se remite el artículo 28 de la misma Directiva, que se refiere a los registros oficiales de contratistas clasificados, tienen como único objetivo definir las normas de apreciación objetiva de la capacidad de los contratistas, especialmente en el aspecto técnico. Una de ellas, prevista en la letra e) del artículo 26, establece expresamente la posibilidad, para acreditar dicha capacidad técnica, de aportar una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.

13. Como acertadamente señala la Comisión, del conjunto de estas disposiciones resulta que puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona física o jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica.



14. Hay que observar, por otra parte, que la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE, antes citada (DO L 210, p. 1), en particular con el fin de precisar mejor el concepto de contratos de obras públicas, indicó expresamente en su artículo 1 que lo son los que tienen por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y la concepción de obras o de una obra, bien "la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el órgano de contratación". Esta definición confirma que una persona que no tenga la intención o los medios para ejecutar por sí misma las obras puede participar en un procedimiento de contratación.

15. Por consiguiente, 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, por el hecho de que sus filiales que ejecutan las obras sean personas jurídicas distintas.

16. Sin embargo, corresponde a los órganos de contratación, como precisa el artículo 20 de la Directiva 71/305, verificar la aptitud de los contratistas siguiendo los criterios de capacidad económica, financiera y técnica especificados en los artículos 25 a 28 de la propia Directiva. "

Los preceptos citados en la sentencia se encuentran actualmente recogidos en 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 (artículos 4.2, 47.2 y 3, 48.3 y 4) y transpuestos a la vigente LCSP (artículos 48, 52, 54.1, 210).

Así pues, queda contestada la primera consulta realizada en el sentido expuesto en la sentencia citada, de 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, por el hecho de que sus filiales que ejecutan las obras sean personas jurídicas distintas.

En cuanto a la cuantía del porcentaje de la prestación que puede realizar la sociedad subcontratista ni la sentencia analizada ni las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE establecen limitación alguna, quedando expresamente excluidas tales empresas vinculadas para el cómputo del porcentaje del 60 por ciento previsto en el artículo 210.2 e) LCSP, por lo que podrán realizar hasta el 100 por cien de la prestación objeto del contrato.

2.- La segunda cuestión planteada se refiere a los medios para acreditar la solvencia por la empresa subcontratista, a este respecto hay que indicar que el artículo 210.2 LCSP contiene los requisitos que se han de cumplir para que sea posible la subcontratación, y si bien, en los casos de empresas vinculadas se establece una excepción en la letra e) en los términos expuestos en el apartado anterior, para el resto de los requisitos se deberán cumplir las exigencias que se imponen en el precepto, entre los que se encuentra precisamente la justificación suficiente de la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, según se indica en la letra b) que dispone:



“b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél.”

Los parámetros para considerar apto al subcontratista en relación con los elementos técnicos, humanos o experiencia, no aparecen concretados en el apartado b). No obstante, puede servir de orientación la referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica que definan el perfil empresarial, cuando tales condiciones deban incluirlas los licitadores en la oferta, por así preverlo los pliegos o el anuncio de licitación, tal como se indica en el apartado a).

En todo caso será el órgano de contratación el que deberá valorar la aptitud del subcontratista a la vista de las justificaciones que aporte el contratista principal.

Estará exento el contratista de la necesidad de justificar dicha aptitud cuando el subcontratista tenga la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de subcontratación, de manera que esta clasificación sustituye a aquella justificación.

Pero en ningún caso podrá exigirse que el subcontratista esté en posesión de la clasificación, puesto que el apartado que se examina no establece tal exigencia, sino sólo el efecto, para el caso de tenerla, de eximirle de la justificación de su aptitud.

III.- CONCLUSIÓN

1.- Se puede subcontratar hasta el 100 por cien del contrato con empresas vinculadas que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

2.- El contratista deberá justificar la aptitud del subcontratista por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. No pudiendo exigirse que el subcontratista tenga la clasificación adecuada para la realización del contrato objeto de subcontratación, pero si la tiene le eximirá de justificar la aptitud.

Es todo cuanto se ha de informar.

