



Informe 56/13, de 15 de diciembre de 2015. “Dudas sobre título habilitante, habilitación profesional y participación en UTE para contratos recogida y custodia de animales domésticos (Ayto de Sopelana)”

Clasificación del informe: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1.5. Contratos de servicios. 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 8. Uniones temporales de empresas.

ANTECEDENTES

El Excmo. Ayuntamiento de Sopelana dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 30/1991 de 18 de enero sobre régimen orgánico y funciona de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y al amparo de lo previsto en su artículo 17 esta Alcaldía formula las presentes consultas:

Siendo conocedores de la existencia de algunos informes, tanto de la propia Junta consultiva de contratación a la que nos dirigimos como de Juntas consultivas de contratación de distintas comunidades autónomas, en los que se tratan asuntos relacionados con este tema, actualmente se nos están planteando dudas a la hora de determinar cómo se deben entender cumplimentados todos los requisitos de aptitud (capacidad de obrar, ausencia de incurso de prohibiciones de contratar y solvencia económica, financiera y técnica o profesional) así como la necesaria habilitación empresarial o profesional de los empresarios, en los expedientes de contratación en los que se presenten varias personas naturales o jurídicas con el compromiso de formalizar una UTE en el caso de resultar adjudicatarias.

1.- Respecto al primero de las condiciones de aptitud, la capacidad para contratar

Partiendo de la base de que todas las personas, naturales o jurídicas que formarán una UTE tienen un objeto o ámbito de actividad que está relacionado con las prestaciones que integran el objeto del contrato: ¿Sería suficiente con que el objeto social de cada persona integrante de la UTE se adecúe a una parte de las prestaciones del contrato, siempre que la totalidad de las prestaciones queden amparadas por los objetos sociales de los empresarios agrupados o habría que exigir que los fines, el objeto y el ámbito de actividad de cada una de las empresas coincida con todas las prestaciones objeto del contrato?

Es decir, si por ejemplo en un contrato de recogida y custodia de animales domésticos dentro del ámbito del término municipal (que según se describe en los pliegos, implicará la recogida de animales domésticos abandonados y de aquellos que aun portando identificación vaguen libremente sin control de sus poseedores, así como el traslado, alojamiento, cuidado y manutención de los animales en un centro adecuado para ello (centro autorizado como núcleo zoológico según Decreto 81/2006, de 11 de abril que desarrolla la Ley 6/1993 del Parlamento Vasco de protección de animales y plantas) incluyéndose también entre las labores a realizar dentro del objeto del contrato el sacrificio e incineración de los animales en determinadas circunstancias y el fomento de la adopción) de los dos componentes que formarían la UTE, una empresa recoge en su objeto social lo siguiente:



“...la crianza, estancia y residencia, adiestramiento y venta de animales y de toda clase de artículos y objetos con ellos relacionados.”

y la asociación protectora de animales que formaría la UTE junto a la anterior empresa recoge en sus estatutos lo siguiente:

“Los fines de la asociación son:

“...la crianza, estancia y residencia, adiestramiento y venta de animales y de toda clase de artículos y objetos con ellos relacionados.”

y la asociación protectora de animales que formaría la UTE junto a la anterior empresa recoge en sus estatutos lo siguiente:

“Los fines de la asociación son:

- a) La defensa y protección de animales, en general, contra actos de crueldad.*
- b) Recoger y cuidar los animales abandonados, o que sus dueños pretendan abandonarlo, prestándoles los cuidados necesarios, durante el tiempo suficiente para buscarles nuevos dueños que garanticen el cuidado adecuado del animal.*
- c) Prestar a los animales recogidos asistencia sanitaria, y veterinaria si fuera necesario, así como la observación en cuarentena (14 días 9 de los que manifiesten evidentes síntomas de enfermedad o igualmente los que hubiesen mordido a una persona.*
- d) Hacer las gestiones y contactos oportunos, (anuncios), llamadas telefónicas, etc;) para localizar a los dueños de los animales recogidos y devolverlos gratuitamente*
- e) Llevar a cabo una labor de concienciación entre los ciudadanos (propaganda, información, actos culturales), para evitar abandonos, cruces innecesarios, etc, que tanto hacen sufrir a los animales, y que pueden ocasionar molestias y peligros entre la población, así como el desprestigio de un pueblo que demuestra de esta forma, poca cultura y solidaridad,*
- f) Hacerse cargo, a los fines que se indican, de los animales que fueran confiscados por las autoridades,*
- g) Hacerse cargo, en cuanto les sea concedido por el municipio el servicio social de recogida de animales callejeros, así como la eutanasia de los mismos cuando sea necesario, pues la asociación de acuerdo con sus fines, garantiza su mínimo sufrimiento, como se hace en los países mejor organizados en este aspecto, teniendo con tal motivo derecho de inspección control en las obligaciones inherentes a esta recogida oficial,*
- h) Colaborar con las autoridades en todo orden con propuestas, recomendaciones, e informes y denuncias encaminadas a prevenir, corregir y reprimir cualquier acción u omisión.*



i) Vacunar a los animales recogidos en la guardería de la asociación, si no llevaran la chapa de identificación, así como darles de comer y efectuar las compras necesarias para ello. Asimismo desinfectar la guardería periódicamente con los productos químicos recomendados por sanidad.”

¿Se puede entender cumplido para este contrato el requisito de capacidad para contratar?

Otro supuesto que hasta la fecha no nos plantearía dudas pero que nos estamos cuestionando ahora, sería el de un contrato de servicios de dirección facultativa de obras de construcción de un edificio (que por el carácter del edificio a construir requieren de un arquitecto superior (director de la obra) junto a un arquitecto técnico (director de la ejecución de la obra): ¿Se entiende cumplido el requisito de la capacidad de obrar si se presentan a la licitación un arquitecto superior y un arquitecto técnico con el compromiso de formar una UTE?

2.- En cuanto a la solvencia económica financiera y técnica o profesional cuya regulación a priori parece clara según lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, en realidad se nos está suscitando bastantes dudas en su aplicación:

Si en el pliego del servicio de recogida y custodia de animales domésticos, en el apartado relativo a la solvencia económica financiera y técnica se establece lo siguiente:

“H. JUSTIFICANTES DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL DEL LICITADOR, ASÍ COMO CRITERIOS QUE SE UTILIZAN PARA DETERMINAR QUÉ EMPRESAS PUEDEN ACCEDER A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por los medios siguientes:

- Declaración apropiada de institución financiera acreditativo de la solvencia económica y financiera del licitador.*
- Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, o en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.*

La solvencia técnica o profesional podrá acreditarse por los medios siguientes:

- Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años (2010, 2011 y 2012) que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado de los mismos.*
- Descripción de las instalaciones y de la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución del servicio.*
- Titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.*



En relación con los medios de acreditación de las solvencia económica o financiera y técnica o profesional señalados, los criterios que se utilizarán a determinar qué empresas pueden acceder a la ejecución de este contrato en concreto serán los siguientes:

.- Que la cifra de negocios global de negocios de la empresa en el conjunto de los últimos tres años (2010, 2011 y 2012) no sea inferior a 200.000€, lo que se acreditará mediante la presentación de la documentación fiscal correspondiente.

Que la empresa haya prestado el servicio objeto del presente contrato al menos a 3 administraciones públicas en los últimos tres años, lo que se acreditará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

.- Que las instalaciones que la empresa adscriba a la prestación del servicio cuenten con certificado de registro de núcleo zoológico (la autorización como núcleo zoológico deberá estar a nombre de la empresa licitadora o de su representante legal), lo que se acreditará mediante la presentación del certificado correspondiente. Todos los perros y gatos deberán alojarse en las mismas instalaciones, no cabiendo la posibilidad de presentar varios centros para la realización del servicio.

- Que la empresa disponga de una incineradora propia legalmente autorizada, o bien tenga un acuerdo con alguna entidad privada autorizada para la incineración o gestión de los animales de acuerdo a la normativa vigente, lo que se acreditará mediante la presentación de los correspondientes documentos.

Que las instalaciones cuenten con su licencia municipal que habilita para el ejercicio de la actividad, lo que se acreditará mediante la presentación de dicha licencia.

.- Que la empresa disponga de una incineradora propia legalmente autorizada, o bien tenga un acuerdo con alguna entidad privada autorizada para la incineración o gestión de los animales de acuerdo a la normativa vigente, lo que se acreditará mediante la presentación de los correspondientes documentos.

.- Que la empresa ponga a disposición de este contrato un veterinario inscrito en el Colegio oficial de veterinarios que además esté habilitado por la Diputación Foral de Bizkaia a los efectos del cumplimiento de las tareas especificadas en el Decreto foral 144/2005 de 25 de octubre, para la cual se deberá presentar la titulación universitaria y los certificados correspondientes. Además será requisito obligatorio que la empresa cuente con dos trabajadores más dedicados a la recogida de animales, que deberán estar en posesión de la licencia administrativa para tenencia de animales potencialmente peligrosos y de licencia de utilización de armas anestésicas, debiendo de presentar copias de estas licencias.

.- Que la empresa cuente con clínica veterinaria en el propio centro, o convenio o similar con clínica veterinaria habilitada, que disponga de un lugar adecuado para almacenar los productos farmacológicos y para atender al público y archivar la documentación. Este requisito se acreditará mediante la presentación de cuanta documentación resulte oportuna (fotografías y/o planos de las instalaciones, convenio u otros documentos).”



Asimismo, en el compromiso de constitución de UTE presentado, los dos componentes de la misma indican que la participación de cada uno de ellos será del 50% y que la empresa se encargará del mantenimiento y atención de los animales domésticos durante la estancia de los mismos en sus instalaciones con todo lo que conlleve y la asociación protectora de animales se encargará de la atención de avisos de recogida, la recogida y traslado de los animales, prestación del servicio veterinario, actualización de la web y demás actividades recogida en la oferta.

Se nos plantean las siguientes cuestiones:

.- ¿Es necesario que las dos empresas que formarán la UTE acrediten una la cifra de negocios global de negocios de la empresa en el conjunto de los últimos tres años (2010, 2011 y 2012) no inferior a 200.000 €, o es suficiente con que entre las dos empresas (sumando la cifra global de negocios de ambas) se justifique esta cifra?,

.- ¿Es necesario que cada una de las dos partes que formarían la UTE acrediten haber prestado el servicio objeto del presente contrato al menos a 3 administraciones en los últimos tres años o es suficiente con que lo acrediten entre las dos? Así por ejemplo, sería suficiente con que una de las empresas acredite haber prestado el servicio objeto del contrato a una administración, y la otra (en nuestro caso la asociación protectora de animales acredite haberlo prestado a una multitud de administraciones distintas?

.- ¿Cada una de las dos personas que integrarían la UTE (en nuestro caso una empresa y una asociación protectora de animales) tiene que contar con certificado de núcleo zoológico así como con licencia de actividad para el mismo?

En el caso que se nos está planteando sólo la empresa cuenta con este certificado de núcleo zoológico a nombre de su representante legal y no la asociación protectora de animales (si bien la asociación protectora dice disponer de núcleo zoológico, en realidad no es un núcleo zoológico propio ya que se refiere al mismo al núcleo zoológico identificado como titularidad de la empresa con la que concurre en UTE.) (También hay que resaltar que por otra parte, expresamente en los pliegos que señala que todos los animales deberán alojarse en las mismas instalaciones, luego para garantizar el cumplimiento del contrato no aporta nada que disponga a de núcleo zoológico diferenciado cada uno de los integrantes de la UTE)

.-¿Ambos componentes de la UTE deben acreditar la disposición de una incineradora propia legalmente autorizada, o bien el tener un acuerdo con alguna entidad privada autorizada para la incineración o gestión de los animales de acuerdo a la normativa vigente?

.-¿Ambos componentes de la UTE deben acreditar contar con veterinario inscrito en el Colegio oficial de veterinarios que además esté habilitado por la Diputación Foral de Bizkaia a los efectos del cumplimiento de las tareas especificadas en el Decreto foral 144/2005 de 25 de octubre así como con dos trabajadores más dedicados a la recogida de animales, que deberán estar en posesión de la licencia administrativa para tenencia de animales potencialmente peligrosos y de licencia de utilización de armas anestésicas,?

.-¿Ambos componentes de la UTE deben acreditar contar con clínica veterinaria en el propio centro, o convenio o similar con clínica veterinaria habilitada, que disponga de un lugar adecuado para almacenar los productos? ¿Sería excesivo requerir a la parte de la UTE que ponga a disposición del contrato el centro veterinario, que aporte a la



Mesa de contratación justificación documental de la licencia de actividad de este centro veterinario, en el caso de que el mismo no se ubique en las instalaciones del núcleo zoológico que ya cuenta con licencia?

Se hace constar que con disponer de un núcleo zoológico, un veterinario y una clínica veterinaria que cumpla con los requisitos señalados en los pliegos así como dos personas más dedicados a la recogida de animales, que posean la licencia administrativa para tenencia de animales potencialmente peligrosos y de licencia de utilización de armas anestésicas se garantizaría la correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

3.- Por último, en relación a la habilitación profesional o empresarial exigible a los empresarios para la realización de las prestaciones objeto del contrato:

Tal y como recoge un informe anterior de la Junta a la que nos dirigimos, entendemos que esta habilitación con la que deben contar los empresarios, se refiere a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de la que se trate. Las disposiciones que regulan los requisitos legales para el ejercicio de cada actividad empresarial, tendrán en cuenta para otorgarla que el empresario cuente con medios personales y materiales suficientes para desempeñarlas. Por lo tanto, el título habilitante al que se refiere el apartado 2 del artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto, pretendiendo evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.

En el caso que nos ocupa de la recogida y custodia de animales domésticos se trata de un servicio que se contempla en el artículo 15 de la Ley 61/993 de protección de animales y plantas y requiere en cuanto al centro donde se mantendrán temporalmente los animales que dicho centro esté autorizado como núcleo zoológico con los requisitos específicos que para cada tipo de núcleo zoológico se recogen en el Decreto 81/2006 de 11 de abril de núcleos zoológicos.

En este se nos plantean las siguientes dudas:

.- En el contrato de recogida y custodia de animales domésticos ¿Cuál sería el título o títulos habilitantes de los que deben disponer los empresarios para la prestación de este servicio?

.-Una asociación protectora de animales ¿tiene habilitación profesional o empresarial para la prestación del servicio de recogida y custodia de animales domésticos?

Cuando esta asociación protectora se presenta en UTE con una empresa ¿Sería suficiente con que la empresa estuviera en posesión de la habilitación empresarial o profesional necesaria para el ejercicio lícito de la actividad o ambas, asociación protectora de animales y empresa, debieran disponer de tal habilitación?''.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Sopelana plantea muchas y diversas cuestiones, relacionadas con un mismo tema, como es la determinación de las reglas relativas a los requisitos de capacidad, solvencia y habilitación profesional exigibles a dos empresas que concurren en UTE en la ejecución de un solo contrato. El contrato en cuestión es un contrato que tiene por objeto la



recogida de animales domésticos abandonados, así como el traslado, alojamiento, cuidado y manutención de esos animales en un centro adecuado para ello, en su caso, el sacrificio y la incineración de los animales en determinadas circunstancias y el fomento de la adopción. La consulta cuyo extenso texto se transcribe anteriormente plantea diferentes cuestiones concretas y específicas, en cuyo conocimiento puntual no puede entrar esta Junta Consultiva y que, en aras de una mayor claridad y eficiencia, deben sintetizarse en la forma que sigue:

- a) determinación y aplicación de las reglas aplicables a la capacidad y solvencia de varias empresas concurrentes en UTE a un contrato complejo de servicios.
- b) determinación y aplicación de las reglas correspondientes a la habilitación profesional de las empresas concurrentes.

2. Debemos comenzar por analizar la posibilidad de celebrar este contrato y su legalidad. Para ello, hay que partir de lo dispuesto dentro del art. 86, 1 del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el que se impone la exigencia respecto del objeto del contrato, de que ese objeto sea determinado. A partir de ahí, se regula la posibilidad de su fraccionamiento y de una posible división en lotes. Por ello, una de las primeras cuestiones que nos planteamos en este informe es si cabría o no la división en lotes de este contrato. La respuesta para ello es negativa, ya que, conforme hemos visto anteriormente, si bien hay varias prestaciones que configuran su objeto, todas ellas van dirigidas a una unidad funcional, como es la retirada y tratamiento posterior de animales abandonados, lo que hace que no se cumpla el requisito exigido en el art. 86, 3 del TRLCSP para que se pueda admitir la división en lotes.

También podría plantearse si nos encontramos ante un contrato mixto del art. 12 del TRLCSP, cuestión que también debe responderse en sentido negativo, ya que para que sea un contrato mixto debe tratarse de prestaciones correspondientes a distintos contratos o contratos de distinta naturaleza, lo que no concurre en el caso en el que todas las prestaciones se corresponden con contratos de servicios.

Por todo ello, podemos concluir que nos encontramos ante un contrato de servicios con una pluralidad de objetos, al que le será de aplicación la norma general contenida en el art. 86, 1 del TRLCSP, ya señalada anteriormente, así como el art. 2, 1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se regula el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Como ya hemos señalado, se plantean aquí diferentes cuestiones que deben ser objeto de análisis separado. La capacidad de obrar es un requisito de carácter personal que se exige a los licitadores que quieran concurrir a un contrato público. Se trata de un requisito fundamental que se exige "*intuitu personae*", por lo que se exige siempre y de modo individual a cada licitador que concurra en el contrato. Esta circunstancia hace que no se pueda admitir que se acredite la capacidad de obrar de forma parcial por un licitador que cubra una parte y otro, que cubra otra, de manera que la capacidad de obrar ha de ser total y completa, no sólo en el licitador que se presente al contrato, sino en cada uno de los partícipes que pueda configurar una UTE.



Cuestión distinta de la anterior, es el tema relativo al objeto social de las empresas licitadoras en un contrato. El objeto social de cada licitador debe necesariamente coincidir con el objeto del contrato, de manera que las prestaciones de un contrato queden cubiertas por la actividad que desarrolle la empresa licitadora. La exigencia de que el objeto social coincida con el objeto del contrato viene impuesta por la necesidad de la correcta ejecución del contrato y, con ello, de la adecuada satisfacción de las necesidades de la Administración contratante. Solo se podrá cumplir correctamente un contrato, cuando la empresa o empresas, si concurren en UTE, adjudicatarias, tengan un objeto social que cubra totalmente las prestaciones del contrato.

Desde este punto de vista, resulta admisible que se pueda exigir que las empresas que concurren en UTE a un contrato público, tengan cada una, un objeto social que les permita prestar una parte del contrato, entendida como una prestación del contrato, de manera que la concurrencia del conjunto de todas ellas en UTE es la que permita que se pueda ejecutar el contrato en su integridad. En este punto, resulta necesario recordar la doctrina establecida por esta Junta Consultiva según la cual se establece una interpretación flexible y amplia de este requisito, en el caso de concurrencia de varias empresas en UTE, por la que cabe afirmar que se considerará que la UTE no cumple con el requisito de capacidad de obrar cuando el objeto social de alguna de las empresas que la integran no guarde relación alguna con la parte o partes del objeto del contrato, pero sí se acreditará tal capacidad, cuando el objeto social de cada una de las empresas concurrentes, guarde relación con el objeto del contrato, aunque tal relación lo sea sólo con una parte de dicho objeto contractual, directa o indirectamente.

Puesto que en la petición de informe se hace referencia a ello, conviene señalar que el hecho de una de las entidades concurrentes sea una ONG, no cambia los criterios expuestos. En este sentido, ya se pronunció esta Junta Consultiva en el Informe 32/03, de 17 de noviembre de 2003, en el que se señalaba que: *“En consecuencia, Cruz Roja Española tiene capacidad de obrar para contratar con las Administraciones Públicas, siempre que el objeto del contrato de que se trate entre dentro de sus objetivos y finalidades, debiendo acreditarse tal circunstancia con la presentación y examen de sus Estatutos, sin que, al respecto sea necesaria acreditar la inscripción de los Estatutos en un Registro oficial por no existir norma alguna que la imponga y establecer el artículo 15.2 de la Ley la necesidad de acreditar la inscripción, “en su caso”.*

4. Hechas estas consideraciones, debemos precisar que la UTE se caracteriza por ser un sistema asociativo de colaboración empresarial que, si bien implica una estructura organizativa común, nunca llega a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran. Ese sistema de colaboración se articula, *ad intra*, mediante el propio contrato de UTE que suscriben sus integrantes, y, *ad extra*, mediante la participación de esa UTE en el procedimiento de licitación contractual. La articulación *ad extra*, culminará con la obligación de elevar a escritura pública ante Notario la formalización de la UTE, si finalmente ésta resultara adjudicataria del contrato público. La UTE es, por tanto, un sistema de colaboración entre empresarios, cuyas principales notas distintivas son: 1) falta de personalidad jurídica;



2) régimen de responsabilidad solidaria, que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma (ello al margen del tanto por ciento de participación del empresario en la UTE);

3) carácter temporal de su constitución; y

4) obligatoriedad de formalizarse, mediante escritura pública ante Notario, en caso de resultar adjudicataria del contrato público.

En el ámbito específico de la contratación pública, la ausencia de personalidad jurídica, como tal, no se reconocía ni en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), ni en la anterior Ley de Contratos del Estado, pero sí fue consagrado por la Jurisprudencia, en Sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1993. Respecto de la normativa de contratos públicos, no se encuentra este reconocimiento en el art. 24 TRLCAP, ni en el vigente art. 59 TRLCSP. Si bien, resulta cierto que los arts. 24, 51 y 52 RGLCAP exigen que las integrantes de la UTE han de acreditar, una a una, e individualmente, su capacidad de obrar, así como su solvencia. De ello se infiere que la UTE, como la posibilidad de adjudicar un contrato público a una UTE, permite que se pueda proceder mejor a la ejecución del mismo.

5. Cuestión distinta de lo anterior, la constituye la regulada en el artículo 63 TRLCSP, que permite la integración de la solvencia con medios externos, cuando establece que *“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, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”*, y que entra en juego en los contratos en los que no sea exigible la clasificación.

Por su parte, el artículo 67.3 TRLCSP, permite a las empresas pertenecientes a un grupo de sociedades valerse de la solvencia de otras empresas del grupo, para lo que debe acreditar que tendrá a su disposición los medios de las mismas para la ejecución del contrato. Este tema fue tratado en su día en el Informe 45/02, de 28 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, donde se contiene la Jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en varias Sentencias, (Sentencia de 14 de abril de 1994 en el asuntos C-389/92 y sentencia de 18 de diciembre de 1997 en el asunto C- 5/97; Sentencia del asunto C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Host Italia)). El informe concluye que la acreditación de la solvencia puede realizarse mediante la descripción de medios, que no son de su propiedad, sino que pertenecen a otras empresas distintas de ellas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato.

De todo ello se deduce que hay que distinguir entre el supuesto de acreditación de la solvencia que se integra con la de otras empresas, para un determinado contrato, previsto en el artículo 63 TRLCSP (o acreditación de la solvencia con medios externos), del supuesto de la exención parcial de clasificación que preveía el párrafo segundo del artículo 65 TRLCSP (o integración de la



clasificación propia con la de terceros), así como del supuesto de la acumulación de la capacidad y solvencia para concurrir en un contrato por varias empresas, cuando acudan en UTE, caso al que haremos referencia a continuación.

6. En el caso de la acumulación de la capacidad y solvencia por varias empresas que concurran en UTE a un mismo contrato, caso planteado en la petición de Informe, podemos acudir a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 915/2014, - donde se contiene el mismo pronunciamiento que en la Resolución de este mismo Tribunal, número 686/2014-, en las que se dispone lo siguiente: *“En las ofertas presentadas por UTEs cabe la posibilidad de acreditar la solvencia acumulando capacidades de las empresas que la forman, con dos limitaciones: a) es necesario que cada licitador acredite un mínimo de solvencia propia y b) las capacidades ajenas no pueden referirse a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas.*

“... todos y cada uno de los integrantes de la UTE han de acreditar poseer los requisitos de solvencia que exija la licitación. Ello no obstante, junto a este principio general, ha de tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, el artículo 63 TRLCSP, en línea con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, permite servirse de los medios de otras empresas para justificar la solvencia requerida, con tal de que, efectivamente, acredite contar con aquéllos. Reza en concreto el artículo 63 TRLCSP:

“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, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”

Huelga decir que si el recurso a medios externos es posible cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón habrá de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la UTE (Resoluciones de este Tribunal 558/2013, 205/2012, 304/2011, entre otras), extremo que, por lo demás, es reconocido por los artículos 47.3 y 48.4 de la Directiva 2004/18/CE.

Ahora bien, este principio general ha de ser matizado en un doble sentido:

a.- De un lado, porque todo licitador, aunque se valga de medios externos, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia (Resoluciones de este Tribunal 117/2012 y 560/2013, entre otras), tal y como se infiere, además del artículo 24.1 RGLCAP, de los artículos 54.1 (que considera como requisito de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica y técnica o de la clasificación cuando sea exigible) 62.1 (que alude a que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia), 66.1 (que, aun dispensando de la clasificación a los empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, les exige acreditar la solvencia, ya concurran aisladamente, ya lo hagan en una Unión) y 227.2 e) (que impone límites al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación, fórmula por excelencia, aunque no única, del recurso a medios externos), todos ellos del TRLCSP.

b.- De otro lado, porque el recurso a medios de otras empresas ha de entenderse limitado por la naturaleza del medio elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia, de manera que no será posible invocar el artículo 63 TRLCSP cuando dicho medio se refiera a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas (Resoluciones de este Tribunal 254/2011, 238/2013, 531/2013).

c.- Conviene advertir que la interpretación aquí mantenida -que, en todo caso, debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan los pliegos de la concreta licitación, en la medida en que no hayan sido impugnados y hayan devenido por ello firmes (cfr.: Resolución de este Tribunal 276/2013)- es escrupulosamente respetuosa con el Ordenamiento comunitario y, en particular, con los artículos 47.2 y 48.3 de la tantas veces citada Directiva 2004/18/CE. En efecto, éstos no autorizan a que se prescinda de la acreditación de toda solvencia propia del licitador que se valga de medios de terceros (integrados o no en una UTE), sino tan sólo a que pueda “basarse en las capacidades de otras entidades”, lo que da a entender que posee cierta capacidad propia. Así parece darlo por sentado la Sentencia del TJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto C-94/12) cuando sostiene en su apartado 30:

“Con más razón, dichas disposiciones [los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva] no establecen ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un candidato o un licitador recurra a las capacidades de una o varias entidades terceras junto con sus propias capacidades, para cumplir los requisitos fijados por la entidad adjudicadora.”

De igual modo, los citados artículos 47.2 y 48.3 no reconocen un derecho absoluto a servirse de esas capacidades ajenas, sino tan sólo “en su caso” o, como inequívocamente señala la versión inglesa “where appropriate”, es decir, cuando proceda o sea procedente, lo cual es tanto como admitir que no siempre será viable. En este sentido, resulta elocuente la cita de las conclusiones formuladas por el Abogado General el 28 de febrero de 2013 en el asunto C-94/12:

“En determinadas situaciones la capacidad técnica o profesional necesaria debe estar en manos de una única entidad. Por ejemplo, mientras que dos empresas con una capacidad de 50.000 toneladas de asfalto pueden cumplir juntas la capacidad requerida de 100.000 toneladas necesarias para la renovación de una autopista, dos empresas que poseen cada una de ellas el nivel de experiencia requerido para el mantenimiento y la reparación de relojes en estaciones de tren no cumplen automáticamente el criterio de capacidad requerida para las obras de reparación de relojes antiguos en iglesias medievales.”

Reflexiones expresamente aceptadas por la Sentencia del TJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto C-94/12), que en su apartado 35 indicó:

“Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate.”

Conforme a lo señalado antes, podemos llegar a la conclusión de que en las ofertas presentadas por UTES cabe la posibilidad de acreditar la solvencia acumulando capacidades de las empresas que la forman, siempre que las capacidades ajenas no puedan referirse a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas. A estos efectos, nos resulta paradigmático el apartado 35 de la STJUE de 10 de octubre de 2013, señalado antes, en cuanto permite que se pueda entender cumplido el requisito de capacidad para contratar en el caso de



que se presenten varias empresas a una licitación, cuando cada una cumpla con una parte de la capacidad que se exige para el todo. Estas conclusiones resultan aplicables a los requisitos de solvencia económica o financiera y técnica o profesional, respecto de los cuales no se establece excepción alguna dentro de la Ley.

A todo ello, debemos añadir el art. 59, 2 del TRLCSP en el que, al utilizar el término de “*participación*” permite llegar a la conclusión de que se permite la acumulación total de las solvencias de todas las empresas que vayan en UTE, de manera que siempre que la totalidad del objeto del contrato quede cubierto, garantizándose su ejecución, se puede permitir que cada empresa tenga una solvencia distinta que le permita responder de una parte de la ejecución del contrato, si bien, en la oferta que haga la UTE debe hacerse constar la parte de solvencia con la que cuente cada empresa y el cumplimiento por parte de todas de toda la necesaria para cumplir la totalidad del objeto del contrato.

7. Por último, respecto de la habilitación profesional o empresarial, su regulación básica se encuentra dentro del art. 54, apartado 2 del TRLCSP, de manera diferenciada de la capacidad y solvencia del empresario, que se regula en su apartado 1. La razón de ello, se encuentra en el diferente tratamiento jurídico que se ha de dar a cada uno de estos requisitos. Como hemos visto, la capacidad y la solvencia pueden integrarse, en el caso de que se completen los de una empresa con otra tercera que se los preste solo a efectos de ese contrato y para asegurar su ejecución, o pueden completarse, en el caso de que a un mismo contrato, concurren varias empresas en UTE. Pero la habilitación profesional hace referencia al cumplimiento de una serie de requisitos legales que autorizan el ejercicio de una determinada actividad que constituye el objeto de objeto. Desde este punto de vista, se trata de un umbral mínimo que deberá reunir el licitador para poder optar a la adjudicación de ese contrato.

Podemos llegar aquí a la conclusión de que en la medida en que para realizar la totalidad de la prestación objeto del contrato, haga falta una determinada habilitación, toda la UTE, la necesita. Pero, en la medida en que para cumplir una parte de la prestación objeto del contrato, haga falta esa habilitación y para cumplir otra parte, no haga falta, cada empresa podría tener su propia habilitación, de manera que no habrá problema en que alguna de las empresas no tenga una habilitación determinada, siempre que esta empresa no vaya a realizar la parte de la prestación que exija esa habilitación. Llegados a este punto, hay que recordar que no es función de esta Junta Consultiva la de responder todas las cuestiones concretas ajenas a temas específicos de contratación pública, que aparecen en el escrito de consulta, como son las relativas a cuál sería el título o títulos habilitantes de los que deben disponer los empresarios para la prestación de este servicio o si una asociación protectora de animales tiene o no habilitación profesional o empresarial para la prestación del servicio de recogida y custodia de animales domésticos, pero sí debemos entrar a responder la cuestión relativa a si cuando esta asociación protectora se presenta en UTE con una empresa, es o no suficiente con que la empresa estuviera en posesión de la habilitación empresarial o profesional necesaria para el ejercicio lícito de la actividad o ambas, asociación protectora de animales y empresa, debieran disponer de tal habilitación, para lo que debemos responder que es suficiente con que cada empresa u organización que licite cuente con la habilitación suficiente para cumplir con la parte de la prestación objeto del contrato de la que



vaya a realizar, de manera que se garantice que la UTE tiene todas las habilitaciones que requiera el objeto del contrato, pero sin que sea necesario que cada empresa cuente con todas, sino solo con la que requiera para la ejecución de su parte de la prestación.

La conclusión anterior no se ve obstaculizada por el hecho de que este requisito de la habilitación profesional deba ser interpretado de forma restrictiva y de acuerdo con el tenor literal de la ley. Así, podemos traer aquí el Informe de esta Junta Consultiva de 25 de septiembre de 2009, Informe 9/2009, cuyos pronunciamientos siguen plenamente vigentes. En él se establece el criterio de que los títulos habilitantes son requisitos de legalidad y no de solvencia, como ya hemos comentado y el correspondiente régimen jurídico que se les aplica. Señala al respecto lo siguiente: *“Aún cuando la concesión de una emisora de radio pueda presentar ciertas diferencias sustanciales con los títulos habilitantes a que se refiere el precepto transcrito, es evidentemente también una modalidad de habilitación empresarial y, por consiguiente, está incluida en la exigencia prevista en él. En efecto los títulos habilitantes tradicionalmente exigidos en este apartado tienen como finalidad implícita la de acreditar que la entidad titular de la misma tiene suficiente capacitación técnica o profesional para ejercer la actividad. Sin embargo, en el sistema de la Ley de Contratos del Sector Público, esta acreditación de solvencia técnica o profesional se regula en el apartado primero del artículo 43 y en los artículos 51 y siguientes de la misma Ley que establecen los medios a través de los cuales se acredita.*

La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales 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.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.” Viene a continuación a señalar que: *“Consecuencia de todo esto es que una emisora de radio o televisión sólo podrá celebrar un contrato (cualquiera que sea su naturaleza) con el sector público, si se encuentra en posesión de su título habilitante, es decir de la correspondiente concesión como requisito legal indispensable para el ejercicio lícito de su actividad.”* Si, como se afirma en este Informe, la habilitación legal correspondiente es *“requisito legal indispensable para el ejercicio lícito de su actividad,”* esta consecuencia, trasladada al caso que nos ocupa, se traduce en la imposibilidad de que la habilitación profesional de una empresa pueda ser sustituida por otra empresa, con la que concurra en un contrato público en UTE.

Esta misma postura es la que defiende el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su resolución número 008/2011, en la que se establece que: *“... partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito*



para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia debe ser interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, el precepto de la Ley de Contratos del Sector Público que antes se mencionó, el artículo 43.2, -Art.54.2 TRLCSP- de conformidad con el cual "los empresarios deberán contar, asimismo, 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", debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece. A tal respecto, habrá de entenderse que si el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que para ejercer la actividad de instalador de telecomunicaciones debe cumplirse el requisito de haber presentado una declaración responsable con las indicaciones que la propia norma establece, no puede entenderse que la exigencia se extiende a la previa inscripción en el Registro."

No obstante lo anterior, la habilitación de una empresa para desarrollar una actividad que sea parte de la prestación objeto de un contrato es necesaria solo respecto de esa parte, de manera que pueden concurrir en UTE varias empresas que no cuenten todas con una habilitación precisa, sino que será suficiente con que cada una disponga de la habilitación necesaria para cumplir con la parte de la prestación objeto del contrato que le corresponda, siendo ésta, en muchos casos, la justificación que hay detrás de la concurrencia en UTE de varias empresas a un mismo contrato complejo, cuya total ejecución solo pueda garantizarse de esta forma.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

- En las ofertas presentadas por UTES cabe la posibilidad de acreditar la solvencia económica y técnica acumulando las capacidades de las empresas que la forman, conforme al art. 59, 2 del TRLCSP en el que, al utilizar el término de "participación" permite llegar a la conclusión de que se permite la acumulación total de las solvencias de todas las empresas que vayan en UTE, de manera que siempre que la totalidad del objeto del contrato quede cubierto, garantizándose su ejecución, se puede permitir que cada empresa tenga una solvencia distinta que le permita responder de una parte de la ejecución del contrato, si bien, en la oferta que haga la UTE debe hacerse constar la parte de solvencia que aporte cada empresa y el cumplimiento por parte de la UTE de toda la necesaria para cumplir la totalidad del objeto del contrato.

- Respecto a la cuestión relativa a si cuando una empresa u otra entidad licitadora se presenta en UTE con otra, es o no suficiente con que la primera estuviera en posesión de la habilitación empresarial o profesional necesaria para el ejercicio lícito de la actividad o ambas empresas o entidades, debieran disponer de tal habilitación, esta Junta Consultiva entiende que es suficiente con que cada empresa u organización que licite cuente con la habilitación suficiente para cumplir con la parte de la prestación objeto del contrato de la que vaya a realizar, de manera que se garantice que la UTE tiene todas las habilitaciones que requiera el objeto del contrato, pero sin que sea necesario que cada empresa cuente con todas, sino solo con la que requiera para la ejecución de su parte de la prestación.