

Dictamen Núm. 63/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de abril de 2024, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 7 de marzo de 2024 -registrada de entrada el día 8 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Oviedo, acerca de la solvencia técnica o profesional por trabajos realizados en UTE cuando se concurre de forma individual.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del expediente

A tenor del escrito de solicitud, que tiene entrada en este Consejo el 8 de marzo de 2024, se recaba dictamen facultativo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias sobre la justificación “a la inversa” de la solvencia técnica/profesional por trabajos realizados en el seno de contratos adjudicados a una unión temporal de empresas (UTE) cuando se concurre de forma individual, remitiéndose al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de marzo de 2014,

que se adjunta, y significándose la urgencia de la consulta “dado que afecta al impulso y adecuada resolución de alguno de los expedientes en trámite”.

Conforme certifica el Secretario de la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 7 de marzo de 2024 se adoptó -previa declaración de urgencia por unanimidad- el aludido acuerdo a propuesta del Concejal de Gobierno de Interior, Relaciones Institucionales, Atención Ciudadana, Participación y Distritos.

A tenor del mismo, “tras varias reuniones de la Mesa de Contratación y puestas de manifiesto, por sus vocales, discrepancias en relación con la valoración de la acreditación de la solvencia técnica y profesional del licitador propuesto como adjudicatario y la trascendencia que pudiera tener para sucesivas licitaciones” se eleva a la Junta de Gobierno informe-propuesta, haciéndose constar que el Ayuntamiento “se encuentra en fase de licitación de un contrato de Redacción de proyecto y posterior ejecución de las obras” y que los pliegos de condiciones administrativas particulares establecen, en orden a la acreditación de la solvencia técnica y profesional en la fase de redacción de proyecto, lo siguiente: ` Fase de redacción del proyecto de obras/ Redacción del proyecto de obras:/ Técnico superior, con titulación habilitante, con experiencia mínima de cinco años en redacción de proyectos de edificación y haber redactado, en los últimos cinco años, al menos un proyecto de construcción de edificios públicos de aforo igual o superior a 2500 personas o llevado a cabo una obra de rehabilitación de edificios públicos igual o superior a 2500 personas de aforo./ Un segundo Titulado Superior, con experiencia de haber llevado a cabo al menos, un proyecto u obra referida a cálculo de estructuras de edificios de pública concurrencia con luces superiores a 50 m y aforos superiores a 2500 personas./ Se deberá acreditar, además, experiencia por parte de los miembros del equipo redactor, en redacción de los proyectos específicos de cada una de las instalaciones a incorporar como proyectos complementarios al de ejecución, así como en el proyecto de licencia ambiental. Se deberá acreditar la firma de proyectos en los términos de tamo, usos y aforo referidos para los titulados superiores ya citados./ Se acreditará experiencia de un mínimo de tres años, de un técnico competente en Coordinación Seguridad en la fase de redacción de

proyecto./ Los técnicos definidos como redactores del proyecto de ejecución, deberán acreditar que han realizado al menos un proyecto de edificación pública para una entidad del Sector Público superior a 5.000.000 €./ La experiencia se referirá exclusivamente a proyectos aprobados o a obras (sean públicas o privadas) que hayan efectivamente sido ejecutadas. La acreditación se realizará mediante certificados de buena ejecución, certificados colegios y/o referencias de las obras ejecutadas y en los términos” que se especifican, que incluyen “datos del proyecto u obra (...). Denominación (...). Ubicación (...). Nombre del autor o autores (...). % Autoría del/los concursantes/s (...). Propiedad o promotor (...). Año/s redacción proyecto (...). Importe PEM (...). Datos de contacto del promotor y/o Director de la obra (...). Proyecto ejecutado (...). Año/s ejecución de la obra (...). Importe final de obra./ La autoría de los proyectos se acreditará mediante un certificado colegial del visado realizado o bien un certificado de la administración correspondiente especificando el adjudicatario y la autoría del proyecto o bien una declaración responsable del representante legal de la empresa en la que certifique que el técnico es el autor del trabajo, específicamente el importe de obra presupuesto de ejecución material (PEM), firmado por un representante legal de la empresa y el técnico en cuestión”.

Recoge, a continuación, el Acuerdo de la Junta de Gobierno el marco regulatorio de las UTE, del que “se deduce que dos circunstancias tipifican a la unión temporal de empresas: 1.- la asunción de un compromiso solidario entre varios empresarios condicionado a la adjudicación del contrato, sin que surja una nueva persona jurídica 2.- y el carácter temporal del compromiso, cuya vigencia queda ligada a la propia vigencia del contrato del que la unión de empresas trae causa”, y que es “reiterado el criterio seguido por los diferentes tribunales, según el que todos los integrantes deben cumplir un mínimo de la solvencia exigida, sin perjuicio de que para cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por el pliego de cláusulas administrativas particulares (...) se estuviera a la suma total de todos los integrantes en la UTE. En concreto este criterio jurisprudencial fue sintetizado por la Sentencia de 5 de noviembre de 2014, recurso de

apelación número 696/2013, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del siguiente tenor:/ `Respecto de la capacidad, es exigible a todas y cada una de las empresas o personas físicas que componen la UTE. Respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la UTE, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato. Es decir, se exige a cada uno al menos un mínimo de solvencia técnica´./ Como se ha puesto de manifiesto, no hay duda que todos los componentes de una UTE deben tener un mínimo de solvencia técnica para desarrollar el objeto de la contratación a la que licita, debiendo acreditar una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato. La cuestión que se plantea es a la inversa, la posibilidad de que los trabajos realizados correctamente por una UTE adjudicataria de un determinado contrato, es decir, por las diferentes entidades que conforman esa unión temporal de empresas y concretando aún más, por una de sus integrantes, pueda ser utilizado como medio para acreditar su solvencia técnica en una licitación posterior a que acude de forma individual y en qué porcentaje”.

Se concluye que este es el extremo por el que se recaba “dictamen facultativo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en base a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, en los siguientes términos./ Se somete a consulta/ a) Si el 50 % de la participación de la UTE es transmisible en porcentaje a las características del proyecto, como el aforo o las luces rectas, o bien,/ b) Si la solvencia técnica no es divisible y se atribuye por igual a los miembros de la UTE con independencia de porcentaje de participación”.

2. Objeto de la consulta

Como hemos expuesto, en el escrito de solicitud se consulta sobre la justificación “a la inversa” de la solvencia técnica/profesional por trabajos

realizados en UTE, cuando se concurre de forma individual, remitiéndose al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que arriba se reproduce, en el que se especifican los términos de la misma.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Admisibilidad de la consulta

Con carácter previo a cualquier otra consideración, y en la necesidad de preservar el ejercicio regular de nuestra función consultiva, procede analizar las condiciones jurídico-formales y materiales de este tipo de consultas.

En el plano jurídico-formal, este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 108/2006) que el régimen jurídico de la consulta facultativa exige que esta sea solicitada por los titulares de la Presidencia de las entidades locales, previo acuerdo del órgano que resulte competente, y que se acompañe de una propuesta razonada en relación con el asunto sometido a consulta, de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada -comprensiva, en su caso, del expediente administrativo, con el contenido exigible legalmente, junto con un índice numerado de documentos y un extracto de secretaría-, de un informe del órgano de gestión del expediente y de un informe del órgano superior encargado de la asistencia jurídica interna a la entidad consultante; asimismo, esta última deberá dar cuenta de la solicitud de dictamen a la Consejería competente en materia de cooperación local.

Estos requisitos formales deben darse por cumplidos en el presente caso, toda vez que la consulta no se eleva en el seno de un específico expediente administrativo que haya de acompañarse, sino que se formula en términos abstractos, advirtiéndose que en la propuesta de la Concejalía asumida por la Junta de Gobierno se delimita adecuadamente la controversia y se incorpora el marco jurídico en el que ha de ventilarse. El Secretario de la Junta de Gobierno Local da cuenta del fondo de aquella propuesta, fundada y deslindada con rigor

y precisión, debiendo estimarse cumplidos los requerimientos formales de la consulta en cuanto estos han de acompañarse a la naturaleza y filiación de la cuestión planteada.

En el plano jurídico-material, la consulta facultativa puede recabarse, en los términos de lo establecido en los artículos 14 de la Ley del Consejo y 20 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13 de la Ley y 18 del Reglamento, "cuando por su especial trascendencia o repercusión el órgano consultante lo estime conveniente".

Como señalamos en el Dictamen Núm. 63/2019, dada la configuración legal de las consultas facultativas y su carácter de manifestación de la cooperación interinstitucional en el ámbito del Principado de Asturias (ya puesto de relieve en el Dictamen Núm. 108/2006), este Consejo parte de una perspectiva no rigorista y favorable a la admisibilidad de la solicitud de dictamen, siempre y cuando se halle adecuadamente fundada la especial trascendencia o repercusión de la cuestión sometida a nuestra consideración.

Dicho esto, no cabe orillar que como advertimos en el Dictamen Núm. 108/2006, la obligación de preservar el ejercicio regular de la función consultiva impone que el Consejo examine, mediante el análisis conjugado de los requisitos jurídico-formales y materiales, la pertinencia o no de admitir las consultas planteadas, con la finalidad de excluir, entre otras, aquellas que le obligarían a adelantar criterios que debiera emitir preceptivamente en un momento posterior, comprometiendo así el carácter final de sus dictámenes.

Como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, este tipo de órganos consultivos -no formando parte de la Administración activa- actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (Sentencia 56/1990, de 29 de marzo -ECLI:ES:TC:1990:56-, en referencia al Consejo de Estado), y su intervención preceptiva, fuere o no vinculante su parecer, se erige en "una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los

derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo” (Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre -ECLI:ES:TC:1992:204-). Así pues, de la independencia de criterio, neutralidad y objetividad con la que actúen estos órganos va a depender, en buena medida, la *auctoritas* de sus decisiones.

Siendo esto así, sólo cabe atender por nuestra parte las consultas facultativas que se planteen de forma abstracta, esto es, al margen de un particular y concreto supuesto que eventualmente hubiese de ser objeto de posterior dictamen por el Consejo. A la luz de su ley reguladora, la “especial trascendencia o repercusión” exigida para el dictamen de asuntos no sometidos a consulta preceptiva conduce a marginar los supuestos singulares cuya significación se agota en el seno de la relación jurídica en la que se plantea la duda o controversia.

Sentado lo anterior, se advierte en este caso la abierta repercusión del extremo objeto de consulta, que trasciende manifiestamente del supuesto singular para incardinarse entre aquellas cuestiones complejas que han de despejarse con garantías de seguridad jurídica en la actividad ordinaria de los órganos de contratación. Se invoca implícitamente la potencial conflictividad de una materia que se halla huérfana de regulación precisa o de sencilla aplicación, dejando así de manifiesto, tal como advertimos en el Dictamen Núm. 63/2019, que las conclusiones que alcance este Consejo no se agotan en el ámbito de una contienda singular, sino que se formulan con vocación de servir a una pluralidad indefinida de supuestos.

En definitiva, nuestro pronunciamiento atiende a la consulta genérica que se plantea, referida a la ponderación “a la inversa” de la solvencia técnica/profesional por trabajos realizados en UTE, cuando se concurre de forma individual, y no se focaliza en la valoración de la solvencia de una concreta oferta presentada; términos en los que se estima pertinente evacuar la consulta facultativa una vez que se ha justificado debidamente en el expediente su especial trascendencia o repercusión y se comprueba que a la solicitud de dictamen se acompaña la documentación suficiente.

A la vista de ello el Consejo Consultivo despacha el presente asunto, con la advertencia a la autoridad consultante de que este órgano sólo se pronuncia sobre los aspectos jurídicos de la consulta planteada y que su opinión no puede sustituir a los informes que, con carácter preceptivo, hayan de evacuar los servicios propios de la entidad local u otros órganos.

SEGUNDA.- Naturaleza del dictamen

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite el presente dictamen facultativo según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley del Consejo, en relación con el artículo 20 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, recabado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

El dictamen se emite en los términos con los que el artículo 3, apartado 2, de la Ley del Consejo delimita el ejercicio de la función consultiva por parte de este órgano estatutario, esto es, fundamentado en derecho y sin valorar aspectos de oportunidad o conveniencia, criterios que sólo puede tomar en consideración si así lo solicitara expresamente la autoridad consultante.

Respecto a la urgencia invocada, se advierte que la consulta facultativa no puede vincularse a un específico procedimiento de contratación en curso, por lo que se atiende dentro de los plazos comunes que rigen la actividad consultiva.

TERCERA.- Criterio del Consejo Consultivo en relación con las cuestiones formuladas

I. Consideraciones generales sobre las UTE y la solvencia en la contratación administrativa.

La respuesta a la cuestión planteada exige indagar en la naturaleza y finalidad de cada una de las figuras o instituciones en juego; en esencia, las UTE y la solvencia técnica en la contratación administrativa.

Las uniones temporales de empresas encuentran su primera regulación en la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre Asociaciones y uniones de empresas, que ya fijó el carácter solidario de las deudas contraídas por los distintos miembros de la UTE. Con la vigente Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, se regula tanto el régimen mercantil como el fiscal de las UTE. En su artículo 7.1 señala esta Ley que “Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”.

Aunque su ámbito de actuación no se limita a la contratación pública, su concurso en este escenario es frecuente. De hecho, la posibilidad de que las uniones de empresarios pudieran concurrir a una licitación se contemplaba ya en el primitivo Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953. No obstante, la regulación al respecto siempre ha sido parca y ha venido secundada de diversos pronunciamientos, en ocasiones divergentes, que ponen de manifiesto la problemática que genera esta figura en licitaciones sujetas a la libre concurrencia en condiciones de igualdad.

Singularmente, el artículo 8 de la Ley 18/1982 recoge que en los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la UTE (que se incluirán en la escritura pública a través de la cual se formalice su constitución) se hará constar que la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros. La jurisprudencia ha reiterado que, frente a la Administración, las empresas integrantes de la UTE responden en régimen de solidaridad con independencia de cuál sea su régimen participativo interno en la formación de esa unión temporal; esto es, sea cual fuere esa participación, el resultado frente a la Administración contratante es la responsabilidad solidaria de las obligaciones derivadas del contrato. El incumplimiento de las obligaciones frente a la Administración, en el caso de que fuere imputable a una sola de las sociedades integrantes de la UTE, no exime de responsabilidad a las restantes precisamente

porque la ley ha configurado un régimen de responsabilidad de las uniones temporales de carácter y naturaleza solidaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:9105-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

En la vigente normativa contractual, el artículo 69 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), establece que "Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor".

Otros preceptos que específicamente desarrollan esa norma respecto a las UTE son los artículos 75 y 140, letra e), así como el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLC), a cuyo tenor "En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento", lo que implica que se acumularán, a efectos de la determinación de la solvencia de la UTE, las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, con independencia de su porcentaje de participación en la UTE. La redacción del precepto puede resultar confusa con relación a si procede exigir una mínima solvencia a todos los licitadores puesto que, por un lado, señala que "cada uno" de los que formen la UTE deberá acreditar su capacidad y solvencia, y al mismo tiempo se refiere a la posibilidad de la acumulación. Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:2757- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) se ocupa de esta cuestión y explica que

“esos artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 del propio Reglamento a los que se remite el artículo 24.1 se refieren a requisitos y obligaciones que necesariamente ha de cumplir todo empresario que pretenda contratar con una Administración pública (capacidad de obrar, confidencialidad de los datos, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social...). No hay duda de que tales requisitos debe cumplirlos de forma individual por cada uno de los empresarios que integran la unión temporal de empresas./ En cambio, a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal el artículo 24.1 del Reglamento admite la acumulación de las características acreditadas para cada una de las empresas integrantes de la unión. Y ello en consonancia con los preceptos de rango superior a los que antes nos hemos referido (artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y artículos 59 y 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), que contemplan esta clase de agrupaciones o uniones temporales de empresarios para contratar con el Sector Público”. De ahí que el Tribunal Supremo considere “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 (...) no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad”.

Como excepción a la regla anterior, cuando a efectos de acreditar la solvencia de los licitadores se exija la clasificación de todos los miembros de la UTE como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación (con la salvedad prevista en el artículo 52.1 *in fine* del RGLC), si uno de los miembros de la unión participa en un porcentaje inferior al 20 por ciento se reduce su aportación a la solvencia en los términos establecidos en el apartado 4 del artículo 52 del RGLC.

Es decir, la norma general es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación dicha pauta tenga características propias establecidas legal y reglamentariamente. El criterio de acumulación es congruente también con la

regla que permite integrar la solvencia con medios externos. Si para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado el empresario puede basarse en la solvencia y medios de otra entidad, con más razón lo podrá hacer si se agrupa en UTE con ella.

En efecto, no debe orillarse que con carácter adicional a la creación de una UTE y el recurso a la subcontratación los licitadores, a efectos de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, podrán basarse en la solvencia y medios de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que acrediten que durante toda la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios, y que la entidad a la que recurran no esté incurso en una prohibición de contratar. El derecho de los operadores económicos a integrar su solvencia acudiendo a las capacidades y medios de terceros fue reconocido inicialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consagrándose normativamente 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. Los principios de complementariedad de las capacidades y de funcionalidad se acogen y perfilan en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013 -ECLI:EU:C:2013:646-, asunto C-94/12, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*; 7 de abril de 2016 -ECLI:EU:C:2016:214-, asunto C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, y 2 de junio de 2016 -ECLI:EU:C:2016:404-, asunto C-27/15, *Pippo Pizzo y CRGT Srl*, abordándose en la Sentencia de 28 de abril de 2022 -ECLI:EU:C:2022:308-, asunto C-642/20, *Caruter Srl*, las dudas interpretativas que suscita la facultad que concede la vigente Directiva a los poderes adjudicadores para exigir en los contratos de servicios que “determinadas tareas críticas” sean ejecutadas por un participante en la agrupación de operadores económicos.

Actualmente, la integración de la solvencia con medios externos se contempla en el artículo 75 de la LCSP y para ello, con carácter general, no se exige la participación del tercero en la ejecución del contrato, salvo: (i) cuando,

a efectos de acreditar la solvencia técnica, se recurra a títulos académicos y profesionales o a la experiencia profesional pertinente de terceros, en cuyo caso sólo se tendrá en cuenta la solvencia de estas entidades si las mismas van a ejecutar las obras o a prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades; y (ii) en el caso de contratos de obras, servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, en el que los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutados directamente por el propio licitador, sin perjuicio de haber acreditado su solvencia mediante medios de terceros.

Naturalmente, en relación con las UTE, los empresarios que concurran en agrupación también podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal para integrar su solvencia con medios de las mismas.

Los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional se recogen en el artículo 88 de la LCSP para el contrato de obras, en el 89 para el de suministro y en el 90 para el de servicios. Conviene reseñar que en el artículo 88.1.a), último párrafo, se contempla el supuesto de "obras ejecutadas por una sociedad extranjera filial del contratista de obras" que "tendrán la misma consideración que las directamente ejecutadas por el propio contratista, siempre que este último ostente directa o indirectamente el control de aquélla en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Cuando se trate de obras ejecutadas por una sociedad extranjera participada por el contratista sin que se cumpla dicha condición, sólo se reconocerá como experiencia atribuible al contratista la obra ejecutada por la sociedad participada en la proporción de la participación de aquel en el capital social de esta".

II. Consideraciones específicas sobre la valoración de la solvencia.

Las anteriores consideraciones, y las normas de contratación a las que se ha hecho referencia, avalan los criterios sobre valoración de la solvencia que se exponen y justifican a continuación:

(i) La solvencia tiene por finalidad acreditar que los licitadores disponen de los recursos económicos, financieros y técnicos suficientes para ejecutar las prestaciones de forma adecuada.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 se ocupa de la solvencia económica y financiera en su artículo 58.3 y de la solvencia técnica y profesional en su artículo 58.4, que respecto a los contratos de obras y servicios establece expresamente que “la capacidad profesional de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar la instalación o las obras podrá evaluarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficiencia, experiencia y fiabilidad”.

En particular, el artículo 63 de la Directiva permite que los “operadores económicos” puedan recurrir a las capacidades de otras entidades en orden a completar la solvencia requerida por el órgano de contratación. Si bien, en los casos en que se exijan titulaciones o experiencias concretas -“la indicación de los títulos de estudios y profesionales del prestador de servicios o del contratista o de los directivos de la empresa, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación”, anexo XII, parte II, letra f)- será imprescindible que se garantice la ejecución efectiva del contrato por aquellos, en el entendido de que se trata de una circunstancia personal (*intuitu personae*).

Por su parte, la Ley de Contratos del Sector Público regula el requisito sustantivo de solvencia en los artículos 74 a 83, que debe diferenciarse de la regulación complementaria relativa a los medios de acreditar tal solvencia, prevista en los artículos 86 a 97.

El artículo 75 de la LCSP se ocupa de la integración de la solvencia con medios externos en los mismos términos que la Directiva 2014/24/UE, como no podía ser de otro modo. Debiendo subrayar en este punto la disposición relativa a las circunstancias académicas y profesionales que pueden exigirse (artículo 75.1, tercer párrafo): “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”.

Junto a los requisitos de solvencia general que los órganos de contratación pueden exigir a los licitadores, el artículo 76 de la LCSP permite, respecto a los contratos de obras y servicios y en lo que aquí interesa, que los licitadores personas jurídicas especifiquen “los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación” (artículo 76.1). Lo que debe ponerse en relación con lo establecido en el artículo 76.3 de la LCSP: “La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación”.

Cabe que esa adscripción de medios personales como requisito adicional de solvencia pueda implicar la exigencia de que se indiquen expresamente los títulos o experiencia concreta de tales profesionales. En su caso, el compromiso de adscribir unos concretos medios personales o materiales debe efectuarse antes de la propuesta de adjudicación, y ha de exigirse con la documentación administrativa, incluso cabe exigir enunciarlos antes de dicha propuesta. Ahora bien, conforme reitera la Resolución n.º 949/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ese compromiso lo es para la ejecución del contrato y puede llegar a configurarse como obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución del mismo, pero siempre “es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir, se cumple con la adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles”. Esto es, es posible sustituir los medios inicialmente adscritos a la ejecución del contrato por otros que cumplan los requisitos exigidos, tanto en el plazo de requerimiento de documentación previa a la adjudicación como durante la fase de ejecución del contrato.

(ii) Cuando los operadores económicos (licitadores) se presentan a una licitación formando parte de una agrupación económica temporal (UTE), la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 19.2, segundo párrafo, que “En

caso necesario, los poderes adjudicadores podrán precisar en los pliegos de la contratación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos sobre situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional a que se refiere el artículo 58, siempre que ello esté justificado por motivos objetivos y sea proporcionado”. Y en ese supuesto, además, 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” (artículo 63).

En el plano interno, la posibilidad de concurrir a una licitación pública como unión temporal de empresas se regula en el artículo 69 de la LCSP, al margen de la regulación de esta agrupación empresarial a efectos fiscales prevista en el título III (artículos 7 a 10) de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional. El artículo 69 de la LCSP establece el principio de responsabilidad solidaria de los integrantes de la UTE, que como tal no tendrá personalidad jurídica frente a la Administración y los terceros (salvo para el caso de pagos de cuantía significativa, para lo que se permite la mancomunidad). En todo caso, “deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato”. La exteriorización de la participación de cada uno de los miembros de la UTE es un requisito necesario para su constitución, que contempla también el artículo 8.e), apartado siete, de la mencionada Ley 18/1982, de 26 de mayo.

En los mismos términos, el artículo 75.4 de la LCSP dispone que “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”.

En síntesis, estos preceptos han sido interpretados de manera que la regla general es que debe permitirse la posibilidad de que los miembros de una UTE puedan completar entre sí la solvencia necesaria para licitar. De ahí que no sea posible imponer, salvo excepciones -por ejemplo, cuando se aprecie la indivisibilidad del objeto del contrato-, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a uno solo de los integrantes un nivel de participación determinado; así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2022 -ECLI:EU:C:2022:308-, asunto C-642/2020, establece en su apartado 42 que “se deduce claramente que la voluntad del legislador de la Unión, de conformidad con los objetivos enunciados en los considerandos 1 y 2 de la misma Directiva, es limitar lo que puede imponerse a un solo operador de una agrupación, siguiendo un criterio más cualitativo que cuantitativo, con el fin de favorecer la participación de agrupaciones como las asociaciones temporales de pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación pública”.

Doctrina que han incorporado nuestros Tribunales nacionales para insistir que en caso de concurrir en una UTE lo procedente es la acumulación de la solvencia, puesto que al concurrir “bajo esta cobertura, se está ejercitando una opción libre como alternativa a hacerlo separadamente, vinculando los intereses de las entidades integrantes al conjunto de todas ellas, sumando así capacidades de toda índole que, en algunos casos, no se alcanzarían individualmente” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2023 -ECLI:ES:AN:2023:1663-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

(iii) Analizadas las particularidades del régimen de solvencia exigido para las UTE, debe estudiarse cómo, en el caso de que sean adjudicatarios del contrato, pueden cada uno de los empresarios que la integran aprovechar esa experiencia en términos de solvencia de cara a licitaciones futuras. En suma,

cómo debe atribuirse individualmente la experiencia adquirida en la ejecución de un contrato en UTE.

Como regla general y en defecto de una previsión específica de los pliegos, cabe concluir que debe atribuirse en el porcentaje en que ha participado el licitador en la UTE, porcentaje que ha de proyectarse sobre el todo del requisito, ya sea, por ejemplo, el precio del contrato en el caso de la solvencia económica o financiera, o la concreta experiencia que se requiera, en el caso de la solvencia técnica y profesional. Esta es la solución que la LCSP establece en el artículo 88.1.a), párrafo cuarto, y el artículo 29.2, letra b), del RGLC para el caso de acreditar la solvencia técnica de empresas filiales extranjeras, que se limitará al porcentaje de participación de la matriz, cuando esta no ostente sobre aquella el control directo o indirecto en los términos de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio. Esta atribución parcial puede trasladarse por analogía al caso de la experiencia adquirida como integrante de una UTE.

Con una solución distinta se trataría de forma igual algo que, en rigor, es desigual, pues se estaría dando el mismo valor de experiencia a un trabajo realizado conjuntamente por varias empresas que a la experiencia obtenida por una empresa que hubiera asumido o ejecutado por sí misma un idéntico trabajo.

Esta lógica conclusión está avalada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2021 -ECLI:EU:C:2021:700-, asunto C-927/19, gestión de residuos de la región de Klaipeda, en la que se razona que la frecuente exigencia de tener un determinado volumen de negocios mínimo “en el ámbito al que se refiera el contrato” persigue una doble finalidad, pues “pretende demostrar la solvencia económica y financiera de los operadores económicos y contribuye a demostrar su capacidad técnica y profesional” (78), sentándose que cuando un operador económico se basa en la solvencia económica y financiera de una agrupación de empresas de la que haya formado parte, aquella debe apreciarse “en relación con la participación concreta” de ese operador y, por tanto, con su “contribución efectiva al ejercicio de una actividad exigida a dicha agrupación en el marco de un contrato público determinado (véase, por analogía, la Sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt, C-387/14,

EU:C:2017:338, apartado 62)” (80). Así lo recoge también en relación con la solvencia técnica la Resolución n.º 132/2016, de 6 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, señalando además en la Resolución n.º 164/2017, de 26 de mayo, que si “la UTE carece de personalidad jurídica con más razón habrá que atribuir la experiencia a cada una de las personas jurídicas que a su vez la componen, al no poder ser acreedora de dicha experiencia una entidad carente de personalidad”. En el mismo sentido, en el informe 3/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias se razona que, “teniendo en cuenta que la UTE no tiene personalidad jurídica propia, y no asume la condición propia de contratista sino que son las empresas o entidades integrantes, cada una en su porcentaje de participación, los contratistas con todos los derechos y obligaciones, es en esa proporción lo que podrán esgrimir como experiencia, es decir, como acreditación de su solvencia técnica, igual que un contrato ejecutado individualmente./ De acuerdo con lo expuesto como regla general debe entenderse admisible que la realización de los trabajos efectuados por una empresa como componente de una UTE debe beneficiarle como obra ejecutada, suministro efectuado o servicio realizado por la propia entidad como acreditativo de la solvencia técnica en una licitación posterior, si bien la documentación que acredite la misma deberá dejar constancia del porcentaje de participación en la UTE sin perjuicio de cumplir el resto de condiciones exigidas en los pliegos y demás normas de contratación”.

Ciertamente, la ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean las empresas que la integran, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma unión. Esta circunstancia, vinculada al régimen de responsabilidad solidaria, ha llevado a sostener desde un sector minoritario que la experiencia adquirida ha de atribuirse a los miembros que la componen siendo irrelevante la participación de cada uno de ellos en la UTE, pues lo relevante es el principio de solidaridad, en

reflejo del cual no cabe admitir la adquisición de experiencia “porcentual” en función de la participación interna en la UTE, debiendo considerarse la experiencia al 100 % para todos y cada uno de sus miembros. Sin embargo, con esta proyección se desvirtúa el propio concepto de experiencia -apegado esencialmente a la realidad- al valorar por igual a quien asume un trabajo por sí solo y a quien lo asume y ejecuta en unión con otros, debiendo además mediarse que la regla de solidaridad es externa y limitada, pues los derechos y obligaciones derivados o consecuencia del contrato pertenecen a cada uno de los integrantes de la UTE de forma proporcional a la respectiva participación que tenga en ella. De ahí que se reconozca que la eventual indemnización por no haberse adjudicado un contrato a una UTE cuando así procediera corresponde a sus miembros (y no a la unión, carente de personalidad), y la legitimación activa individual a cada una de las empresas que conforman (o se comprometen a constituir) la UTE para impugnar individualmente, con independencia de cuál sea su participación en la misma, cualquier acto relativo a la licitación, con base en la relación jurídico material que se da en la UTE; es decir, al interés legítimo individual del que son titulares (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2023 -ECLI:ES:TS:2023:4735-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª).

No obstante, es relevante subrayar la posibilidad, y aun la conveniencia, de que los pliegos que rijan la contratación establezcan un régimen específico para valorar la solvencia individual adquirida en trabajos anteriores ejecutados en UTE (de acuerdo con lo señalado en el artículo 34.1 de la LCSP). Esta regulación deberá ser proporcional (guardar una relación razonable con las prestaciones objeto del contrato que se licita) y atender a la experiencia que efectivamente haya podido adquirir el licitador, pudiendo requerir un porcentaje mínimo de participación en la UTE, o que acredite los trabajos que realmente fueron ejecutados por él, puesto que, como se ha indicado, cabe la posibilidad de que una determinada prestación sea encomendada a uno solo de los integrantes de la UTE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2022 -ECLI:EU:C:2022:308-, asunto C-642/20, Caruter Srl), lo que

impide que los demás puedan hacer valer una experiencia que, en realidad, nunca tuvieron. El órgano de contratación debe evitar que en estos supuestos los licitadores puedan beneficiarse fraudulentamente de una experiencia inexistente.

Más aún, aunque no se pretenda introducir un régimen específico, se revela conveniente para disipar dudas que los pliegos rectores de contratos de obras de cierta dimensión expliciten la regla aplicable a la experiencia adquirida en UTE. De no incorporarse al efecto ninguna modulación en particular habrá de expresarse que se tomará en consideración el porcentaje de la participación de la licitadora en la UTE, que se proyectará sobre el todo del requisito de solvencia de que se trate (sobre el precio del contrato en el caso de la solvencia económica o financiera, o sobre la concreta experiencia que se requiera, en el caso de la solvencia técnica y profesional), mereciendo añadirse en ciertos supuestos ulteriores concreciones, así como la salvedad de que se acredite cumplidamente una participación diferente en la elaboración del proyecto, la dirección de la ejecución o la experiencia que corresponda.

En definitiva, si se exige a las empresas licitadoras que acrediten haber redactado un proyecto de obra en el curso de los últimos cinco años cuyo presupuesto total sea de X, o haber realizado una dirección de obra cuyo presupuesto total de contratación sea de X, ese requisito de solvencia se impone a la misma empresa licitadora -como tal- y no a los técnicos que pueda adscribir a la obra que se licita. En consecuencia, si una licitadora presenta certificados de haber realizado esos trabajos (redacción de un proyecto de obra y dirección de obra) y los realizó en UTE con otros operadores económicos, para comprobar si llegan al importe mínimo exigido (X) se tomaría en consideración el porcentaje de la participación de esa licitadora en aquella UTE, y aplicado ese porcentaje sobre el presupuesto total del contrato, tanto del proyecto como de la dirección de ejecución, salvo que se acredite fehacientemente por otros medios de prueba una participación diferente en la elaboración del proyecto o la dirección de la ejecución.

Del mismo modo, si un operador económico presenta certificados de haber realizado los trabajos correspondientes (a la redacción de un proyecto de obra de edificación y dirección de obra de edificación) como parte integrante de una sociedad de la que formaba parte junto con otros operadores económicos, para comprobar si llega al importe mínimo exigido habría que tomar en consideración el porcentaje de la participación de aquel en el presupuesto total de contratación, tanto del proyecto como de la dirección de ejecución.

En uno y otro caso, en los certificados de buena ejecución pueden hacerse constar los profesionales que han participado en el proyecto o en la dirección de obra, deduciéndose de su vinculación con una u otra empresa a cuál de ellas corresponde la experiencia o en qué medida. Ello es así porque la presunción de participación acorde al porcentaje de cada empresa en la fórmula conjunta cede ante la certeza de que determinados trabajos fueron encomendados y ejecutados en exclusiva por una de las empresas. Si no se alcanza a certificar una participación distinta, habrá de considerarse el porcentaje de participación de la empresa en la UTE -que ha de constar-, y si se trata de obras o proyectos acometidos por varias empresas sin que conste su participación habrá de estimarse que ese porcentaje de participación es el proporcional al número de operadores económicos que concurren (personas o empresas que han realizado el trabajo), asumiéndose que la participación ha sido a partes iguales por los distintos partícipes.

En la consulta formulada se deja constancia de criterios distintos al presupuesto de la contratación a los que se puede acudir para delimitar la solvencia o adscripción de medios exigida, tales como el "aforo igual o superior a 2500 personas" o las "luces superiores a 50 m". En tales casos, cuando la experiencia esgrimida proceda de proyectos u obras realizados en UTE, debe estimarse que la regla de proporcionalidad se aplica al requisito de solvencia exigido, de suerte que sólo se estimará cumplido en el porcentaje de participación que el licitador haya tenido en la UTE; a título de ejemplo, se entendería acreditado, conforme a las reglas y presunciones antes indicadas, si el licitador hubiera ejecutado en una UTE en la que participara al 50 %, al

menos en dos ocasiones, una prestación que cumpla las especificaciones exigidas en el pliego.

Ahora bien, debe distinguirse con nitidez entre la exigencia de una solvencia a las empresas licitadoras y la adscripción a la ejecución de medios (artículo 76.2 de la LCSP), que obliga a acreditar al propuesto como adjudicatario que cuenta con (o se compromete a adscribir a la ejecución del contrato) persona o personas con determinada titulación y experiencia, pues en ningún caso se trata de un requisito adicional de solvencia que se imponga a la empresa como tal para tomar parte en la licitación, sino de la exigencia de disponer de ciertos profesionales cualificados en el momento de la ejecución de los trabajos, sin predeterminedar siquiera su relación laboral o mercantil con la empresa licitadora.

En este sentido, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2021 -ECLI:EU:C:2021:700- (asunto C-927/19, gestión de residuos de la región de Klaipeda), tras recordar “con respecto a la capacidad técnica y profesional” que los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos “poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad”, expone que el anexo XII de la Directiva, titulado “Medios de prueba de los criterios de selección”, distingue, dentro de los “Medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos contemplada en el artículo 58”, entre la relación de las obras ejecutadas por la empresa “avalada por certificados de buena ejecución” y la “indicación del personal técnico u organismos técnicos, ya estén integrados o no en la empresa del operador económico, y especialmente (...) cuando se trate de contratos públicos de obras, aquellos de los que disponga el contratista para la ejecución de la obra”. Es claro que la experiencia deducida de la lista de obras ejecutadas atañe a la empresa, mientras que la “indicación del personal técnico” -al que se puede exigir una determinada experiencia- se refiere a la pericia o experiencia personal de esos técnicos.

(iv) La consulta aquí formulada no pivota, en rigor, sobre la experiencia exigida a la empresa sino sobre la experiencia de los técnicos que van a redactar el proyecto, la cual ha de abarcar todos aquellos trabajos de los que han sido responsables o corresponsables. En todo caso, cuando nos encontramos ante la exigencia de una titulación o una experiencia atribuible a personas físicas, que se deriven de tareas de las que tales personas son responsables, lo esencial es que acrediten haberlas realizado personalmente, con independencia de que la ejecución del contrato se haya hecho por una UTE o de forma individual.

Así, a título de ejemplo, el desempeño del proyectista, del director de obra y del director de ejecución de la obra (con las obligaciones que establecen los artículos 10, 12 y 13, respectivamente, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) integran responsabilidades personales e individuales, que así habrán de ser valoradas cuando se exijan como medio adicional de solvencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.3 de la LCSP. Ello no contraría el requisito de efectividad de la experiencia, pues el técnico que se hace cargo de los cometidos que se enumeran en los preceptos reseñados asume en toda su complejidad la tarea a la que se enfrenta, salvo que siendo varios se hayan dividido y deslindado las funciones y responsabilidades. A esta última eventualidad parece aludir el cuadro que se incorpora al supuesto de adscripción de medios recogido en la consulta cuando alude al “% autoría”, debiendo advertirse que ese esquema no está concebido para la experiencia adquirida en UTE sino para todos aquellos casos en los que las funciones y responsabilidades propias de la “autoría” se hubieren subdividido y separado.

Debe insistirse en que el compromiso se encuentra referido a la cualidad profesional y, en su caso, a la persona que se identifica como responsable de ejecutar la prestación, no a la relación laboral/mercantil que esta mantenga con el licitador, que podrá ser variada a lo largo de la vida del contrato, sin que por ello exista incumplimiento del compromiso adquirido. Los técnicos autores o coautores de proyectos u obras arrastran ese mérito a efectos de experiencia con independencia de que la adjudicataria de los trabajos realizados fuera una

UTE o una empresa singular, pues lo exigido a los técnicos atañe a su desempeño profesional y no a la relación con su mandante o empleador.

En mérito a lo expuesto, este Consejo Consultivo concluye que las empresas o entidades integrantes de una UTE podrán esgrimir esa experiencia en proporción a su participación en la unión, salvo que específicamente se constate una atribución distinta respecto a los concretos trabajos realizados, y sin perjuicio de que la experiencia profesional exigida a los técnicos que se adscriban -y no a la empresa licitadora- deba valorarse individualmente en atención a su desempeño o práctica personal.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.