

La acreditación de la solvencia por medios externos

Javier Tena Ruiz

Interventor - Tesorero de la Administración Local

Coordinador del Proyecto CSP

www.contratosdelsectorpublico.es

RESUMEN

Con carácter general, las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en su caso, encontrarse debidamente clasificadas.

A efectos de su cumplimiento, la norma prevé la posibilidad de que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan, siempre que se dispongan efectivamente de ella y que la entidad a la que se recurra no esté incursa en prohibición de contratar.

Cuando el licitador se base en las capacidades de otros empresarios es libre de escoger el tipo de relación jurídica y el medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica, si bien, no sirven las meras declaraciones de parte.

En todo caso, la integración de solvencia con medios externos no debe asociarse indisolublemente a la subcontratación, dado que ésta última requiere la existencia de un contrato por medio del cual el adjudicatario encarga a un tercero la realización de una determinada prestación, lo que no se produce cuando estamos ante suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal.

PALABRAS CLAVE: aptitud, capacidad, solvencia, integración, subcontratación.

ABSTRACT

Normally, a natural or legal person can contract with the public sector, either Spanish or foreign enterprise, and it should provide to the contracting authorities its capacity to perform, not being bound by any circumstance in a prohibition on contracting, ensuring that it possess the necessary economic and financial capacity and, in the case, being properly registered.

For the purpose of compliance, the Law stipulates the possibility that the tenderers can rely on the capacities and resources of another entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them, it shall always prove to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary and those entities are not bound by any circumstance in a prohibition on contracting.

When the tenderer relies on the capacities of other entities, it is free to choose the legal relationship and the evidence that shows a commitment by those entities to that effect, while, it cannot be accepted only the self-declarations.

In any case, the integration of economic and financial capacities with external resources should not be understood as a subcontracting, where the successful tenderer orders works, supplies or services to a third entity through a contract, but when the order is about different parts and they are objectively not separable with respect to the main subject of the contract..

KEYWORDS: *aptitude, capacity, solvency, integration, subcontracting.*

1. MARCO CONCEPTUAL**a. La aptitud para contratar**

Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, encontrarse debidamente clasificadas. Asimismo, resulta necesario que acrediten contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato (artículo 65, en relación con el 74, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público).

b. Medios de acreditación de la solvencia

Al efecto de garantizar los principios de publicidad, igualdad y transparencia, los requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mis-

mos, se especificarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y se indicarán en el anuncio de licitación, debiendo en todo caso estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

El artículo 86 de la Ley 9/2017 prevé que, con carácter general, la solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acredite mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la Ley. Asimismo, dado que la aportación de estos documentos permite la obtención de la clasificación de los empresarios, ésta posibilita la acreditación de su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo e importe que aquellos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma.

Esta regla general de acreditación tiene dos singularidades:

a) Para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada (SARA), en los que el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero del artículo 86, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

b) En relación a la acreditación de la solvencia económico-financiera, y siempre que por una razón válida el operador económico licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, supuesto en que la norma le autoriza a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

Finalmente, la nueva Ley 9/2017 ha previsto que, para los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios, en los que puedan identificarse sucesivas fases en su ejecución que requieran medios y capacidades distintas, los PCAP podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases.

En todo caso, cuando los empresarios se acojan a esta posibilidad y no acrediten su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario.

c. Excepciones a la posibilidad de exigir la acreditación de la solvencia

A pesar de que el tenor literal de los artículos 74 y 86 de Ley 9/2017, parecen establecer como requisito «*sine qua non*» la acreditación de la solvencia para resultar adjudicatario de contratos con el sector público, cuando llegamos a la lectura del artículo 92, vemos que se abre la puerta a que reglamentariamente pueda eximirse tal exigencia, para aquellos contratos cuyo importe no supere un determinado umbral.

Dicha posibilidad se había materializado con la anterior norma a través del artículo 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en los términos regulados por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del RGLCAP, que prevé y fija el umbral de exención en los siguientes términos:

«5. Salvo que en los pliegos del contrato se establezca de modo expreso su exigencia, los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera y de acreditación de la solvencia técnica y profesional para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros».

Así, por tanto, salvo que en los PCAP se indique otra cosa, en los contratos cuyo valor estimado no exceda de 80.000 € para obras y de 35.000 € para los demás tipos de contratos, los licitadores estarán exentos de acreditar los requisitos de solvencia, lo que, en todo caso, no significa que no deban disponer de la misma.

Si observamos las cuantías, las mismas resultan coincidentes con las que la nueva norma fija para el procedimiento simplificado «sumario», en su artículo 159, de ahí que en el referido procedimiento se concrete la exención en los términos anteriormente referidos.

2. INTEGRACIÓN DE SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS

2.a. Concepto

De lo visto hasta ahora, con carácter general, resulta necesario que los licitadores cuenten con aptitud para contratar con el sector público, y así lo acrediten, salvo en los supuestos excepcionales. Pues bien, el artículo 75 de la Ley 9/2017 habilita la posibilidad de

que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.

Se trata de una posibilidad habilitada expresamente por la norma, no siendo preciso, por tanto, su previsión en los PCAP para que pueda utilizarse por los operadores económicos. Lo que a sensu contrario significa, como ha interpretado el OARC de Euskadi en su resolución 91/2017, que el silencio de los pliegos no puede ser considerado como una prohibición que impida acudir a esta fórmula legalmente establecida, sino que la posibilidad de acreditar la solvencia con medios externos debe ser siempre admitida, al contemplarlo expresamente el artículo 75 de la Ley 9/2017, cuyo origen se encuentra en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE

Si los empresarios concurren agrupados en uniones temporales (UTE), en los términos del artículo 69 de la Ley 9/2017, estos pueden acreditar su solvencia acumulativamente, teniendo en cuenta a todos los componentes de la UTE, pero además, también podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la UTE. Así lo ha previsto expresamente el artículo 75 de la Ley 9/2017, que sigue el criterio marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 10 de octubre de 2013 (Asunto c-94/12), que establecía:

«Luego debe admitirse, en principio, que para acreditar su clasificación los licitadores que concurren en UTE no solo pueden completar su clasificación y solvencia acumulativamente teniendo en cuenta la de todos los componentes de la UTE, sino que incluso pueden recurrir la de los empresarios con los que pretenden subcontratar la prestación.»

En todo caso, como nos recuerda el TACRC en su resolución 690/2015, resulta preciso que todas las entidades que integran la UTE cumplan los requisitos mínimos del solvencia, dado que su responsabilidad es solidaria e ilimitada, sin perjuicio de que pueda acreditarse a través de la integración, en caso de que alguna de las empresas que forman la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas, lo cual presupone la existencia de solvencia, aunque insuficiente. En la referida resolución se establece que

«si tenemos en cuenta que los requisitos de solvencia técnica y económica tienen por objeto garantizar, prima facie, el buen fin del contrato, así como asegurar inicialmente que el futuro adjudicatario está en condiciones de hacer frente a las responsabilidades de todo orden que se deriven del mismo, obviamente todas las empresas que formen parte de una UTE

deben cumplir los requisitos mínimos de solvencia técnica y económica, habida cuenta de la responsabilidad solidaria que, para el cumplimiento de sus obligaciones, establece la Ley.

(...) Por tanto, es precisamente esa constitución en Unión Temporal de Empresas, así como el régimen legal de responsabilidad de dicha Unión, la que exige que todas las integrantes de una UTE acrediten el cumplimiento de al menos algún requisito mínimo de solvencia, pues en caso contrario, se estaría privando a la Administración de poder dirigirse de forma indistinta a cualquiera de las partes, haciendo inoperante esa responsabilidad solidaria.

Noveno. Por último, debe indicarse que la conclusión expuesta no se ve desvirtuada por la resolución 624/2013 citada por la recurrente. Señalábamos en la citada resolución que «En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, —como sostiene la resolución impugnada en el supuesto aquí examinado— deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego.»

Por lo tanto, la misma sería en su caso aplicable a aquellos supuestos en que es necesaria una cierta integración de la solvencia; en palabras de la citada resolución, al caso en que alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, lo cual presupone la existencia de solvencia, aunque insuficiente, pero no a aquellos casos en que una de las empresas que constituyen la UTE carezca total y absolutamente de solvencia técnica o profesional, como es el caso que nos ocupa».

En cualquier caso, debe quedar claro que cuando la solvencia se acredita con los medios de otra empresa integrante de la UTE, no nos encontramos ante en el supuesto de acreditación con medios externos a que hace referencia el artículo 75. (Informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

Para concluir, la norma limita la posibilidad de integración con medios de terceros a la solvencia, es decir, no resulta posible integrar la capacidad o la habilitación profesional, como nos recuerda el OARC de Euskadi en su resolución 77/2018 en los siguientes términos

«No es posible integrar un requisito de aptitud legal como la habilitación, porque tales requisitos son personalísimos, del mismo modo que no cabe la integración de, por ejemplo, la ausencia de prohibiciones de contratar».

2.b. Límites a la integración de solvencia

Los primeros límites a la integración de solvencia con medios externos provienen de la propia redacción del artículo 75, que requiere la disposición efectiva durante toda la ejecución del contrato de los medios que hemos integrado en nuestra solvencia; pero la norma esta trufada de requisitos o límites para la integración de la solvencia con medios externos, entre los cuales queremos destacar los siguientes:

2.b.1. Limitaciones a la prohibición de contratar

El artículo 75 prevé que la entidad a la que se recurra para acreditar la solvencia no puede estar incurso en una prohibición de contratar. El cumplimiento de este requisito exige que, al presentar la proposición por el licitador, la entidad que facilita los medios declare el cumplimiento de esta circunstancia, lo que lleva aparejada la necesidad de que presente una Declaración Europea Única de Contratación (DEUC), o declaración que la sustituya, en la que ponga de manifiesto que dispone de los medios de solvencia que va a facilitar al licitador para participar en el procedimiento y, además, que no se encuentra incurso en prohibición de contratar (artículo 140.1.c de la Ley 9/2017).

2.b.2. Títulos de estudios y profesionales

La Ley 9/2017 establece también un límite a la integración de solvencia cuando esta se refiere a los títulos de estudios y profesionales, a los que hace referencia el artículo 90.1.e) de la Ley 9/2017, o a la experiencia profesional pertinente, en el sentido de que las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades, si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2.b.3. Limitaciones propias de la solvencia económico-financiera

Como tercera limitación, la norma prevé la posibilidad de vincular al cedente de la solvencia con la posterior ejecución del contrato. En este sentido, el artículo 75 de la Ley 9/2017, prevé que cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir (a través de los PCAP) formas de responsabilidad conjunta entre aquella enti-

dad y la cedente en la ejecución del contrato, responsabilidad que incluso puede llegar a tener carácter solidario.

2.b.4. Ejecución de trabajos directamente por el adjudicatario

Finalmente, la norma regula una limitación de forma indirecta. Así, 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 estos casos, dado que se trata de partes de los trabajos que deben ser ejecutadas directamente por el adjudicatario, no cabe la posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos, en particular, respecto de aquellas prestaciones que se vinculen a títulos de estudios y profesionales, o a la experiencia profesional pertinente, puesto que en este último caso, únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades, circunstancia que resulta incompatible con la ejecución de los trabajos directamente por el adjudicatario.

Una variante de esta limitación, vinculada a la ejecución del contrato y su configuración como indivisible, la encontramos en la sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2017. El referido Tribunal estima que, cuando un poder adjudicador considera que un contrato es indivisible y que debe ser ejecutado por un única entidad, los operadores económicos no pueden basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos de sumar los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución del contrato. Así, en la referida sentencia el TJUE concluye que:

«54 Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada que el artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), de esta Directiva y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos recogido en el artículo 2 de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos del ar-

título 48, apartado 3, de la mencionada Directiva, sumando los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considere que el contrato de que se trata es indivisible, en el sentido de que debe ser realizado por un único operador; y que dicha exclusión de la posibilidad de basarse en las experiencias de distintos operadores económicos esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato en cuestión, que, por tanto, debe ser realizado por un único operador.»

Idéntica respuesta merece la posibilidad de basarse en medios de otra empresa para cumplir las normas de gestión de calidad y medioambientales, dado que, al referirse a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de una empresa, no cabe suplir su falta con los certificados de otras empresas, aún cuando pertenezcan al mismo grupo. Esta línea es la seguida por el TACP de Madrid en sus resoluciones 153/2018 y 230/2016, en cuya primera resolución se puede leer que

«los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido. De manera que por la propia naturaleza del criterio debe ser acreditado por cada empresa, puesto que el cumplimiento de las normas de garantía de calidad es una circunstancia individual y exclusiva que no puede trasladarse de una a otra empresa, como podría ocurrir con otros elementos de la actividad empresarial, por ello que no cabe aplicar el artículo 63 del TRLCSP relativo a la integración de la solvencia con medios externos.»

2.c. Formas de acreditación de la integración de solvencia

Siguiendo el criterio marcado por el TJUE, en sentencias como la dictada el 14 de enero de 2016 en el asunto C-234/14, el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica.

En esta línea, no resulta ajustado a la norma que un poder adjudicador pueda, a través de su previsión en los PCAP, imponer a un licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios la obligación de suscribir con éstos un convenio de colaboración, o bien, de constituir con ellos una sociedad colectiva.

En todo caso, cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, debe demostrar ante al órgano de contratación que va a disponer de los recursos necesarios, a cuyo efecto deberá presentar el compromiso por escrito de ambas entidades, si bien, dicha presentación se efectuará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 9/2017, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150 de la citada ley, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140 del mismo texto legal.

Así, una simple declaración de quien se presenta como representante de su empresa matriz, no permite tener por suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios de esa otra sociedad, como nos recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su resolución 393/2016, en la que se puede leer

«(...) forzoso será concluir en que la documentación aportada por Polytch Domilens, S.L. resulta insuficiente para acreditar su solvencia. Y ello no ya solo por cuanto la simple declaración de quien se presenta como representante de su empresa matriz no permita tener por suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios de esa otra sociedad, sino además, y muy especialmente, por la circunstancia de ser en este caso los medios acreditativos de la solvencia elementos íntimamente vinculados a la propia empresa, al venir referidos, en cuanto a la solvencia técnica, a la experiencia acreditada mediante los suministros realizados en ejercicios anteriores, aspecto que no puede justificarse por la experiencia de otra empresa distinta, máxime cuando, en contra del principio que ya hemos apuntado, el propio licitador no acredita una mínima solvencia propia, remitiéndose íntegramente a la correspondiente a la sociedad alemana de la que es filial. Y lo mismo cabe decir, a mayor abundamiento, y aunque no se cuestione por el recurrente por la falta de información ya resaltada, en cuanto a la solvencia económica y financiera, que no puede justificarse simplemente a través del contenido de las cuentas anuales de la sociedad matriz (ello siempre además en la mejor de las hipótesis para este licitador; esto es, teniendo por cierta esta condición, sobre la que, conviene puntualizar, más allá de la declaración presentada en tal sentido y del indicio que supone la coincidencia en la denominación social, no se aporta documentación justificativa)».

En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, en su resolución 151/2017, puso de manifiesto que, para la admisión de la acreditación de la solvencia me-

dian­te medios externos o ajenos, no es suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial, a pesar de que ambas empresas tengan en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, ya que lo determinante es que se acredite la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del presente contrato. El mismo Tribunal, en su resolución 280/2017, consideró que la aportación de las cuentas consolidadas de otra empresa que no es la adjudicataria, aunque sea del mismo grupo empresarial y socio único de la adjudicataria, no es suficiente, debiendo acompañar cualquier documento probatorio que permita constatar la integración de la solvencia económica exigida y la disponibilidad efectiva de esos medios para la ejecución del contrato. Así, esta última resolución establecía que

« (...) la mera aportación de las cuentas consolidadas de 2015 de otra empresa que no es la adjudicataria, por mucho que se trate del socio único de esta y de sociedad dominante de un grupo de sociedades, tenía que haber ido acompañada de cualquier documento probatorio que permitiera constatar la integración de la solvencia económica exigida, lo que no consta que se haya efectuado y sin que, una vez transcurrido el plazo de subsanación concedido, pueda ya conferirse nuevo plazo a tal fin.

Al respecto, el artículo 63 del TRLCSP regula la integración de la solvencia con medios externos, pero establece, como condición necesaria para que la misma opere, que el licitador que acuda a completar su solvencia con medios de otras entidades demuestre la disponibilidad efectiva de esos medios para la ejecución del contrato. De ahí que el apartado 6.3 del PCAP establezca que «(...)En este caso, deberá aportarse certificado emitido por el órgano de dirección de la empresa que preste la citada solvencia, acreditativo de tal circunstancia y copia del documento que, asimismo, acredite el vínculo entre dicha empresa y el/ la licitador/a (...)».

Asimismo, hemos de indicar que si bien la jurisprudencia europea (v.g. la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2016, dictada en el asunto C-234/14) acoge una interpretación amplia en cuanto al modo elegido por los operadores económicos para probar la integración de su solvencia, exige que, en todo caso, quede demostrada la disponibilidad efectiva de los medios necesarios para la ejecución del contrato. »

La acreditación tampoco se satisface con una simple declaración, sino que debe llevar aparejada la posibilidad real de utilizar los medios que, perteneciendo a otra entidad, se aportan al contrato. Dicha acreditación resulta exigible incluso en el caso de las filia-

les, como nos recuerda el TACP de Madrid en su resolución 164/2017, en la que establece que

«La posibilidad de acreditar tanto la solvencia como la adscripción de medios al contrato que constituye un plus de solvencia, como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, tiene por objeto garantizar que las licitadoras tienen la capacidad para ejecutar tanto económica como técnicamente las prestaciones objeto del contrato, bien por sí mismas, bien mediante la aportación de los medios de sus filiales o empresas terceras. Pero esta posibilidad obviamente no se satisface mediante un mero formalismo consistente en una declaración al respecto sino que debe llevar aparejada la posibilidad real de utilizar los medios, técnicos, económicos o profesionales, que aun perteneciendo a otra entidad se aportan para la ejecución del contrato. Esta posibilidad real se traduce en el caso de filiales en la estructura de dependencia de la filial respecto de la principal, con lo que a la postre los medios exigidos de forma indirecta son de la empresa principal o mediante cualquier documento que acredite su efectiva disponibilidad en el caso de terceras empresas como contratos o compromisos de arrendamiento, puesta a disposición o semejantes».

Finalmente cabe indicar que, como medio de acreditación, no resultan válidas las cartas de apoyo financiero, como pone de manifiesto el TACRC en sus resoluciones 152/2013 y 11/2012, dado que estas cartas, incluso aunque sean del grupo, no suponen la asunción de ninguna obligación concreta.

2.d. ¿Qué tipo de solvencia se puede integrar con medios de terceros?

El artículo 75 de la Ley 9/2017 prevé que, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades. La nueva ley contempla específicamente, en su apartado tercero, la posibilidad de recurrir a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera. Por tanto, se puede acreditar cualquier tipo de solvencia a través de medios de terceros, es decir, tanto la solvencia económica financiera como la técnica o profesional.

En todo caso, a diferencia de lo que sucede con la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional mediante medios externos, que aparece prevista en el apartado 1.b) de los artículos 88, 89 y 90 de la LCSP, que regulan los medios que permiten acreditar la solvencia para cada tipo de contrato (obras, suministros y

servicios), no sucede lo mismo con la solvencia económica y financiera, si bien como hemos visto es una posibilidad que se regula expresamente y con carácter general en el artículo 75 TRLCSP.

En esta línea se había manifestado la Audiencia Nacional incluso con la antigua norma. Así, en su sentencia de fecha 25 de febrero de 2015, ya consideraba posible la integración de solvencia con medios externos tanto en lo que se refería la solvencia económica y financiera, como a la técnica y a la profesional, incluida en ésta última la experiencia.

Como pone de manifiesto la referida sentencia, el origen de la indicada regulación se encuentra, entre otras, en la STJCE de 14 de abril de 1994 (C-389/92), conforme a la cual

«puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona física o jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica; siempre que» efectivamente [tenga] a su disposición los medios de estas últimas que sean necesarios para la ejecución de los contratos». Doctrina reiterada por la STJCE de 18 de diciembre de 1997 (C- 5/97), 2 de diciembre de 1999 (C- 176/98), y también por la de 18 de marzo de 2004 (C- 314/01), que sostiene que es «posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato».

Sobre esta base, la SAN de fecha 25 de febrero de 2015 concluyó que

«operadores económicos» pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades, si bien únicamente cuando estas últimas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los que sean necesarias dichas capacidades. En esta línea de interpretación amplia también cabe citar la SAN (59 de 16 de marzo de 2011 (Rec. 71/2010) o la más reciente SAN (39 de 4 de noviembre de 2013 (Rec 444/2012).

La Sala concluye, por lo expuesto, que la Directiva Comunitaria al regular la integración de la solvencia por medios externos, se refiere tanto a la solvencia económica y financiera, como a la técnica y a la profesional, incluida en esta última la experiencia. Tal y como se infiere de la evolución de la jurisprudencia comunitaria y de la actual redacción de la Directiva 2014/24/CE, en la que se hace expresa mención a la «experiencia profesional».

Como vemos, este criterio del alcance amplio de la solvencia que puede integrarse con medios externos, haciendo referencia tanto a la solvencia económico financiera como a la técnica, se venía admitiendo por la jurisprudencia, tanto nacional como europea, y finalmente se ha visto plasmada en la regulación actual, si bien, como nos recuerda el TACP de Aragón en su resolución 2/2018, se pueden establecer límites en atención a la especial naturaleza de las prestaciones del contrato, pudiéndose prever en los PCAP que, respecto de dichas partes especiales de la prestación, si se considera como una condición intrínseca y personalísima que debe concurrir en el licitador, no sea posible acreditar la solvencia mediante medios externos.

3. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES: INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS VS SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación se regula en el artículo 215 de la Ley 9/2017, conforme al cual, el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) (contratos reservados) y e) (cuando en los pliegos se determinen tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación) del apartado 2.º del referido artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario.

En todo caso, los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los PCAP o documento descriptivo y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201.

Debemos comenzar indicando que no toda integración de solvencia con medios de terceros debe dar lugar o llevarnos obligatoriamente a una subcontratación, y ello sin perjuicio de que finalmente esta se pueda producir. En este sentido se manifiesta el TARC Andalucía en su resolución 237/2015, conforme a la cual

«En este sentido, nada hay que objetar al órgano de contratación por la forma en que ha optado para configurar la solvencia técnica, toda vez que el artículo 63 del TRLCSP prevé la integración de la solvencia con medios externos, al establecer «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.³ De esta forma el órgano de contratación ha considerado adecuado que los licitadores puedan acreditar la solvencia, al referirse a los medios personales, tanto con aquellos con los que tenga un vínculo de naturaleza laboral, como con aquellos otros con los que tenga un contrato de arrendamiento de servicios, pudiendo conformarse de esa forma los medios que cada licitadora pondrá a disposición del órgano de contratación para la ejecución del contrato.

(...) De lo anterior se infiere que, con carácter general el TRLCSP, a la hora de acreditar la solvencia en los términos previstos en su artículo 63, prevé que el licitador pueda integrar la misma con medios externos de otras entidades, ello con independencia 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. Asimismo, el TRLCSP también prevé, con carácter general, que se pueda acudir a la figura de la subcontratación, con las excepciones anteriormente apuntadas. En este sentido, si bien la acreditación de la solvencia con medios externos no tendrá necesariamente que implicar subcontratación en la ejecución del contrato en los términos del artículo 227 del TRLCSP, que duda cabe que también puede dar lugar a que se subcontrate parte del objeto del mismo, por eso no se aprecia la contradicción alegada.

Por tanto, se ha de separar la acreditación de la solvencia con medios de terceros de la figura de la subcontratación. Así, conforme nos recuerda el TARCCYL en su Acuerdo 8/2014, la subcontratación no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, dado que los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista. El Acuerdo puntualiza, expresamente, que no existe subcontratación cuando el prestador del servicio recurre a medios ajenos para acreditar su propia solvencia, siempre que pruebe que efectivamente dispone de ellos. Así, en el referido Acuerdo, con cita de la resolución 187/2012 del TACRC, se indica que:

«El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que sólo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse». Tal y como señala la Resolución 187/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales (en adelante TACRC), «la prohibición de subcontratar impide al adjudicatario encomendar a terceros la realización de algunas de las prestaciones que integran el contrato, pero en absoluto supone una prohibición de utilizar instalaciones de terceros, siempre que, en este último caso, la ejecución del contrato siga estando a cargo del adjudicatario».(...) Por todo ello, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, debe concluirse que está prohibida la subcontratación en el procedimiento, pero la oferta contenida en el documento Anexo 2 T-Systems CGI socio (en el que se prevé que «las que se aportan son aplicaciones TAO, propiedad de T-Systems», y que «CGI está autorizada a ofertar dichas aplicaciones y a que el Ayuntamiento reciba a través de CGI nuestro servicio de mantenimiento durante la vigencia del contrato»), no puede considerarse como subcontratación. A este respecto, el TRLCSP prevé la posibilidad de recurrir a los medios de un tercero para acreditar la propia solvencia. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre de 2009 —Host Italia— permite que para probar que el licitador reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en una licitación, el prestador se refiera a las capacidades y medios ajenos sin límites, siempre que pruebe que efectivamente dispone de ellos».

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, no podemos olvidar el criterio manifestado por el TJUE en su sentencia de fecha 7 de abril de 2016, Asunto C-324/2014, en el que pone de manifiesto que la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos es un derecho que puede ser limitado por el poder adjudicador, en particular, cuando las capacidades de que dispone una tercera entidad, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato, lo que nos acerca en estos casos a la necesidad de acudir a la subcontratación. Así, en la referida sentencia se establece que

«Además, no puede excluirse que, en circunstancias particulares, habida cuenta de la naturaleza y de los objetivos de un contrato determinado, las capacidades de que dispone una entidad tercera, y que son necesarias para la ejecución de un contrato, no puedan transmitirse al licitador. Por consiguiente, en tales circunstancias, el licitador únicamente puede basarse en esas capacidades si la entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del contrato de que se trata.

(...) 49 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera, quinta y sexta que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación

con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que:

— reconocen el derecho de todo operador económico a basarse, en relación con un determinado contrato, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre al poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución de dicho contrato;

— no se excluye que el ejercicio del citado derecho pueda ser limitado, en circunstancias particulares, habida cuenta del objeto del contrato de que se trate y de la finalidad perseguida por éste. Así sucede en particular cuando las capacidades de que dispone una entidad tercera, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato»

En esta línea, la JCCA Aragón en su informe 2/2018, nos recuerda que la subcontratación solo se puede producir en fase de ejecución, siendo únicamente el contratista responsable de ésta frente a la Administración, mientras que la figura de la integración de solvencia por medios externos ampara una «suerte de subcontratación en fase de solvencia», sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la Administración y por ello, en este caso, esos medios externos pasan a formar parte del concepto de «operador económico» que contrata con la Administración y por ello deben estar integrados en el contrato. Así, en el referido informe se puede leer que

«(...) en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una «suerte de subcontratación en fase de solvencia», sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.

Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: «La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la

Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución- la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato.»:

De modo que es precisamente esta proyección que debe de tener la integración de la solvencia en la configuración del elemento subjetivo del contrato, uno de los elementos que permiten separar y distinguir las figuras de la integración de la solvencia con medios externos de la subcontratación en la ejecución.»

Por tanto, cabe considerar que nos encontraremos ante una subcontratación cuando exista un contrato mediante el cual, el operador jurídico adjudicatario de un contrato, encargado de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero. No estaremos por tanto, ante una subcontratación cuando se produzca una contratación de suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal. En este sentido se ha alineado el TACP de la Comunidad de Madrid en su resolución 133/2018, en la que se establece que

«(...) El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como «contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera». Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.

En este caso la interpretación que efectúa la recurrente de la oferta de la adjudicataria no es correcta desde el punto de vista de su literalidad. En efecto parece entender la recurrente que en la oferta se propone la subcontratación de toda la actividad de limpieza de cristales en altura, lo que sería obviamente incompatible con la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP. Sin embargo no es este el contenido de la oferta. Efectivamente se indica en la misma que dicha limpieza se efectuará mediante pértiga de carbono con sistema de pulverización por spray, que

no es sino un medio técnico auxiliar para proceder a la limpieza, luego cuando la oferta hace referencia a «otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura» debe entenderse que se trata de medios técnicos análogos a dicha pértiga, como podrían ser arneses, andamios, productos de limpieza específicos y otros semejantes.

Lo mismo cabe señalar respecto de la elaboración de un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales que con frecuencia se elaboran por empresas externas especializadas y que no constituyendo una prestación específica del objeto del contrato cabe encomendar a un tercero, sin que ello suponga subcontratación. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.»

4. CONCLUSIONES

— Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, encontrarse debidamente clasificadas.

— Salvo que en los PCAP se indique otra cosa, por aplicación del artículo 92 de la Ley 9/2017, en relación con el artículo 11 del RGLCAP, en los contratos cuyo valor estimado no exceda de 80.000 € para obras y de 35.000 € para los demás tipos de contratos, los licitadores estarán exentos de acreditar los requisitos de solvencia.

— El artículo 75 de la Ley 9/2017, tanto para la solvencia económica financiera, como para la técnica y profesional, habilita la posibilidad de que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que:

- a) Demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.
- b) La entidad a la que se recurra para acreditar la solvencia no esté incursa en una prohibición de contratar.
- c) Si se refiere a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional pertinente, únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades, si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios.

d) Si se refiere a criterios relativos a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir formas de responsabilidad conjunta entre el adjudicatario y el cedente en la ejecución del contrato

e) No se exija que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutados directamente por el propio licitador.

— El licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica, sin que sirvan las meras declaraciones de parte, siendo necesario presentar el compromiso por escrito de ambas entidades.

— Nos encontraremos ante una subcontratación cuando exista un contrato mediante el cual, el operador jurídico adjudicatario de un contrato, encargado de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero. No estaremos ante una subcontratación cuando se produzca una contratación de suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal

Madrid, Julio de 2018