

## **La posibilidad de integrar la solvencia por medios externos no convalida su falta de acreditación**

*Para contratar con la Administración es preciso acreditar, entre otros extremos, la solvencia, técnica y profesional, y económica o financiera de la entidad contratista, si bien el cumplimiento de este requisito se ha ido flexibilizando de manera sucesiva hasta permitir completar la capacidad propia por referencia a medios ajenos a la empresa licitadora, siempre y cuando se disponga efectivamente de los mismos para el cumplimiento del contrato, y así se acredite. La posibilidad referida de completar la solvencia propia a través de medios ajenos no ampara, en cambio, la falta de subsanación de la documentación cuando el órgano de contratación la requiere de manera expresa.*

### **Grupo de Contratos del Sector Público** *Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.*

---

El 13 de agosto de 2016 la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, licitación para adjudicar, por el procedimiento abierto, y sujeto a regulación armonizada, contrato de servicios<sup>1</sup> con un valor estimado de 1.050.000,00 euros.

Durante el plazo de presentación de ofertas concurren, entre otras, tres empresas con objeto de constituir una Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE) en caso de resultar adjudicatarias. Tras ser requeridos para subsanar la documentación acreditativa de la solvencia técnica, dos de las empresas no atendieron la solicitud, por lo que se dictó acuerdo de exclusión de las tres.

Tras anunciar la impugnación, las tres empresas formalizaron tres recursos especiales en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios, tramitados con los números 1077, 1078 y 1079/2016.

Acumulados en un solo procedimiento, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) dictó resolución 34/2017, el 20 de enero de 2017, resolviendo desestimar los tres recursos interpuestos contra el acuerdo de exclusión referido.

La principal disyuntiva que se planteó en el recurso radicaba, como señala la propia resolución en su fundamento cuarto, en determinar si una empresa, que concurre a licitación con el compromiso de constituir una UTE, por sí sola puede completar la solvencia técnica que las otras empresas, también llamadas a integrar la UTE, no han logrado acreditar por no aportar los certificados que les exigía el PCAP, y ello partiendo de que según la oferta de la UTE, cada una de las tres empresas únicamente se comprometían a participar en el 33% del contrato a adjudicar.

Los tres recurrentes emplean en sus recursos el mismo argumento, que se inspira en la propia interpretación que el TACRC ha venido realizando en favor de la posibilidad de completar la

---

<sup>1</sup> Contrato de servicios de "Programas de Formación y Orientación laboral para personas privadas de libertad, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo y Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, a través del Programa de Inclusión Social y Economía Social (POISES) para el periodo 2014-2020.

solvencia técnica de los licitadores con medios ajenos. En efecto, el TACRC en la Resolución número 686/2014, de 23 de diciembre del mismo año, con cita a la Resolución 607/2014, señalaba que de conformidad con el artículo 24.1<sup>2</sup> del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) "es claro que todos y cada una de los integrantes de la UTE han de acreditar poseer los requisitos de solvencia que exija la licitación".

Pero, ello no obstante y junto a ese principio general, el TACRC ha sostenido que el artículo 63 del TRLCSP<sup>3</sup>, en línea con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, permite servirse de los medios de otras empresas para justificar la solvencia requerida con tal de que, efectivamente, se acredite contar con aquéllos, de manera que "si el recurso a medios externos es posible cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón habrá de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la UTE<sup>4</sup>", extremo que, además, es reconocido por los artículos 47.3 y 48.4 de la Directiva 2004/18/CE.

Ahora bien, la Resolución advierte que este principio general ha de ser matizado en un doble sentido<sup>5</sup>:

- a. De un lado, porque todo licitador, aunque se valga de medios externos, **ha de acreditar un mínimo de solvencia propia**<sup>6</sup> tal y como se infiere, además del artículo 24.1 RGLCAP, de los artículos 54.1 (que considera como requisito de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica y técnica o de la clasificación cuando sea exigible), 62.1 (que alude a que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia), 66.1 (que, aun dispensando de la clasificación a los empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, les exige acreditar la solvencia, ya concurran aisladamente, ya lo hagan en una Unión) y 227.2 e) (que impone límites al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación, fórmula por excelencia, aunque no única, del recurso a medios externos), todos ellos del TRLCSP.
- b. De otro lado, porque **el recurso a medios de otras empresas ha de entenderse limitado<sup>7</sup> por la naturaleza del medio elegido por el órgano de contratación** para acreditar la solvencia de manera que no será posible invocar el artículo 63 TRLCSP cuando

<sup>2</sup> 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 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> En el mismo sentido pueden verse las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 132/2014, 558/2013, 205/2012 y 304/2011, entre otras).

<sup>5</sup> Tal y como ya había explicado el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución de 4 de abril de 2014 (281/14).

<sup>6</sup> Resoluciones del TACRC 117/2012 y 560/2013, entre otras.

<sup>7</sup> Esta interpretación que, en todo caso, debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan los pliegos de la concreta licitación (en la medida en que no hayan sido impugnados y hayan devenido por ello firmes), es – a juicio del TACRC en la resolución 34/2017 – "escrupulosamente respetuosa con el ordenamiento comunitario y, en particular, con los artículos 47.2 y 48.3 de la citada Directiva 2004/18/CE ya que éstos no autorizan a que se prescinda de la acreditación de toda solvencia propia del licitador que se valga de medios de terceros" (integrados o no en una UTE), sino tan sólo a que pueda "basarse en las capacidades de otras entidades" lo que da a entender que posee cierta capacidad propia." Este criterio es el que ha sostenido el TACRC también en las Resoluciones nº 13/2016, de 12 de enero, 217/ 2016, de 20 de mayo y 555/2016, de 8 de julio.

dicho medio se refiera a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas<sup>8</sup>.

Entiende el TACRC que el asunto planteado en los recursos acumulados no reside en completar la solvencia con medios ajenos, sino en que dos de las empresas que iban a constituir la UTE no atendieron el requerimiento de subsanación efectuado por el órgano de contratación. El requerimiento solicitaba aportar los certificados de buena ejecución y conformidad, que debían emitir los organismos públicos con los que hubieran contratado; certificados que eran, además, requeridos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Recuerda el criterio sostenido ya con anterioridad<sup>9</sup> acerca de las consecuencias que la participación en licitaciones públicas tiene para los licitadores, entre las que se encuentra la **asunción** de una serie de **cargas formales**<sup>10</sup>.

Esa "asunción de cargas formales" no sólo está orientada a que la **adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa**, sino que se propone garantizar que tal **adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores**.

Son tales motivos los que explican que el cumplimiento de ciertos requisitos formales – como es en este caso el de **la acreditación de una solvencia mínima** - se configure como una **garantía de los licitadores** que debe ser **exigida por igual a todos ellos**, sin que pueda ser obviada por el conocimiento extra procedimental que el órgano –o la mesa- de contratación ostente sobre la solvencia del licitador.

Por ello el TACRC concluye en la Resolución referida que **"es evidente pues que tal solvencia debe ser acreditada, más en un procedimiento de concurrencia competitiva"**.

---

<sup>8</sup> Resoluciones del TACRC 254/2011, 238/2013 y 531/2013

<sup>9</sup> Resolución del TACRC 175/2011 de 29 de junio, dictada en el recurso 131/2011.

<sup>10</sup> El TACRC en la misma resolución 34/2017 se plantea cuál es el momento en el que han de quedar cumplidas dichas cargas formales y pone de relieve que el propio Tribunal ha señalado reiteradamente (resoluciones, 196/2011, 369/2013, 581/2013, 645/2013, 282/2014 y 194/2015) que los licitadores han de acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y de solvencia dentro del plazo de presentación de ofertas (artículos 146.1 TRLCSP y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante, RGLCAP) y, en su caso, en el de subsanación que se les conceda (artículo 81.2 RGLCAP), una vez superados los cuales ni siquiera resulta posible aportar nuevos documentos ante la Mesa (artículo 83.6 RGLCAP).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 204)

*© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.*