

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Integració de la solvència amb mitjans externs

17-12-2018

### Introducció

La normativa de contractació pública exigeix per poder contractar amb els diferents poders adjudicadors el compliment previ dels requisits de capacitat i solvència, en les vessants econòmica, financera, tècnica i professional, amb l'objectiu de garantir la idoneïtat del licitador per executar la prestació demanada. Aquestes exigències de capacitat i solvència es conformen com un requisit *sine qua nom*, l'incompliment del qual justifica l'exclusió de la licitació, com a garantia de l'interès públic que és, en definitiva, la causa de tot contracte públic.

Entre els objectius de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, hi ha el de potenciar l'accés de les pimes als contractes públics. Així, tant en l'exposició de motius com en diferents articles de la llei, es fa un esment especial a aquest objectiu i s'adopten determinades mesures, entre les quals destaca la possibilitat que les pimes accedeixin a determinats contractes mitjançant la integració de la solvència amb mitjans externs. D'aquesta manera, la llei vol obrir els contractes públics a les pimes i habilita vies perquè aquestes puguin donar compliment als requisits de solvència exigits als plecs de clàusules completant la seva solvència amb la d'altres empreses.

### Breu referència a l'evolució de la regulació del recurs a les capacitats d'altres entitats

La possibilitat de referir-se a les capacitats d'altres entitats per completar la capacitat del licitador, fa anys que ha estat reconeguda per la jurisprudència europea (Sentència del TJCE de 2 de desembre de 1999, Host Itàlia, Assumpte C-176/98). En aplicació d'aquest criteri, tant la Directiva 2004/2018, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics, com la vigent Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública, ja estableixen que els licitadors es podien basar en les capacitats d'altres entitats per acreditar la seva solvència, amb independència dels vincles que tinguessin amb aquestes entitats. Aquesta possibilitat també era recollida en l'article 63 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, i actualment la trobem en l'article 75 de la LCSP en els termes següents: "1. Per acreditar la solvència necessària per celebrar un contracte determinat,

l'empresari es pot basar en la solvència i els mitjans d'altres entitats, independentment de la naturalesa jurídica dels vincles que hi tingui, sempre que demostrï que durant tota la durada de l'execució del contracte disposarà efectivament d'aquesta solvència i mitjans, i l'entitat a la qual recorri no estigui incursa en una prohibició de contractar.”

La LCSP regula àmpliament en l'article 75 la integració de la solvència per mitjans externs i admet que una entitat pugui acreditar la seva solvència mitjançant les condicions de solvència d'una tercera entitat, sempre que es compleixin certs requisits. La finalitat de la LCSP es basa en la necessitat d'obrir els contractes públics a la màxima competència, en benefici dels operadors econòmics -ja que facilita l'accés de les pimes i les empreses de nova creació, i dinamitza l'economia-, però també en benefici dels poders adjudicadors, ja que permet la selecció del contractista més capaç des d'una visió global del contracte.

Aquesta concepció àmplia de la integració de la solvència per mitjans extern que recull la LCSP, de conformitat amb la normativa europea, es manifesta en els aspectes següents:

- Les empreses poden recórrer a les capacitats d'altres entitats per completar la seva solvència, amb independència de la naturalesa dels vincles que tinguin entre si.
- L'objecte de la integració, és a dir, el que el tercer posa a disposició del licitador, són els mitjans necessaris per dur a terme la prestació concreta objecte del contracte (ja siguin personals, materials, econòmics, etc.); en termes de l'article 63 de la Directiva 2014/24/UE, la integració ha de ser en relació amb un contracte concret.
- Els membres integrants d'una unió temporal d'empreses (UTE) també poden recórrer a les capacitats de tercers aliens a dita UTE per acreditar-ne la solvència (paràgraf 2 de l'article 75.1 de la LCSP).
- La integració de la solvència per mitjans externs és aplicable per acreditar tant la solvència tècnica i professional com l'econòmica o financera (apartat 3 de l'article 75 de la LCSP i Informe 2/2018, de 13 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó).

### **Requisits per acreditar la solvència amb mitjans externs**

Quan una empresa vol recórrer a les capacitats d'altres entitats, ha de demostrar que disposarà dels recursos necessaris en l'execució del contracte davant del poder adjudicador que licita. A aquest efecte, cal tenir en compte els requeriments següents:

- a) Primer de tot, tant l'empresa licitadora com l'empresa o les empreses a les quals recorre per completar la seva solvència, han de presentar el seu propi document europeu únic de contractació (DEUC).
- b) Posteriorment, el licitador ha de presentar un compromís per escrit de l'entitat o les entitats a les quals recorre per integrar la seva solvència (art. 75.2 de la LCSP). En relació amb aquest compromís cal tenir en compte que:
  - No n'hi ha prou amb la declaració de l'empresa licitadora, sinó que cal el compromís per escrit de les entitats a les quals recorre per completar la seva solvència.
  - Aquest compromís ha de ser per tot el període de vigència del contracte.

- S'ha de presentar, com a molt tard, en el moment de la classificació de les ofertes i adjudicació del contracte. En aquest sentit, el TJUE, en Sentència de 14 de gener de 2016 (Assumpte C-324/14), ja va assenyalar que el poder adjudicador no pot imposar en els plecs de contractació que aquest compromís s'hagi de subscriure amb caràcter previ a l'adjudicació del contracte.
- L'òrgan de contractació ha de requerir al licitador que hagi formulat la millor oferta la presentació del compromís esmentat.
- Les entitats a les quals recorri no es poden trobar incurses en cap prohibició de contractar.

### Limitacions a l'acreditació de la solvència per mitjans externs

- a) Respecte de l'experiència professional i de les titulacions acadèmiques i professionals de l'empresari i del personal directiu de l'empresa, així com del personal responsable i dels tècnics encarregats directament de l'execució del contracte -sempre que no s'avaluïn com un criteri d'adjudicació-, la LCSP disposa que únicament es pot recórrer a les capacitats d'altres entitats si qui presta la solvència és qui executarà les obres o prestarà els serveis per als quals són necessàries dites capacitats. A l'efecte de la comprovació del compliment d'aquesta exigència, és especialment rellevant que en fase d'execució del contracte l'òrgan de contractació verifiqui aquesta circumstància.
- b) Es disposa que el poder adjudicador pugui exigir en els contractes d'obres, serveis o treballs de col·locació o instal·lació en el context d'un contracte de subministraments, que determinades parts o treballs, en atenció a la seva naturalesa especial, hagin de ser **executats directament** pel licitador mateix o, en el cas d'una UTE, per un dels seus membres. Aquesta limitació s'ha de fer constar expressament en els plecs i s'han de llistar els treballs als quals es refereix. Atès que estem davant d'una excepció respecte del que és la norma general establerta en l'article 75 de la LCSP, cal justificar adequadament en la memòria de l'expedient la raó per la qual aquests treballs –denominats *tasques crítiques*- han de ser executats directament pel licitador.
- c) S'estableix la possibilitat que el poder adjudicador, mitjançant els plecs, pugui exigir **responsabilitat mancomunada**, i fins i tot **solidària**, entre l'empresa licitadora i les que integren la seva **solvència econòmica i financera**. Aquesta limitació, que opera com a garantia per al sector públic, no es pot utilitzar de manera indiscriminada, sinó atenent al principi de proporcionalitat.
- d) El poder adjudicador ha de comprovar i, per tant, el tercer ha d'acreditar, que no es dona cap causa de **prohibició per contractar**. La comprovació que efectivament sí que concorre aquesta prohibició en el tercer no comporta l'exclusió de l'oferta del licitador, sinó l'obligació d'aquest d'haver de substituir el tercer per un altre que reuneixi els requisits de capacitat i solvència.
- e) Ni les directives ni la LCSP estableixen la possibilitat que mitjançant els plecs es pugui exigir o requerir als licitadors uns mínims de solvència pròpia.

La possibilitat d'acreditar la solvència utilitzant mitjans externs és establerta en el nostre ordenament jurídic d'una manera molt àmplia. Si bé encara no és una pràctica freqüent entre els licitadors, les pimes l'han de tenir en compte, ja que és una bona porta d'entrada a les licitacions públiques per a les empreses que, *a priori*, no podrien optar a l'adjudicació d'aquests contractes pel fet de no reunir individualment els requisits de solvència que s'exigeixen, així com una mesura per afavorir una competència més gran en les licitacions públiques.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda