

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Límits a la subcontractació: tasques crítiques

08-11-2021

Amb l'entrada en vigor de la LCSP, en aquest espai es va publicar un apunt sobre com es veia afectada la subcontractació ([Novetats en la regulació de la subcontractació en la nova Llei de contractes del sector públic](#)).

A data d'avui, després de més tres anys, encara es publiquen a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública licitacions amb plecs de clàusules en els quals es prohibeix la subcontractació de forma genèrica sense cap justificació, o es limita fixant un sostre en forma de percentatge, com es permetia durant la vigència del TRLCSP.

La subcontractació està regulada en els articles 215 i següents de la LCSP i s'hi estableix que el contractista sempre pot concertar amb tercers la realització parcial de la prestació, i que aquesta possibilitat de subcontractar només es pot limitar si es dona algun dels supòsits que ara esmentarem.

Per tant, la regla general que ha de regir les licitacions és que el contractista pugui subcontractar la realització parcial de l'objecte del contracte, i el contractista principal només podrà reservar tota l'execució del contracte o una part si als plecs s'hi estableix de forma detallada i justificada.

Els supòsits en els quals es pot limitar la subcontractació són els següents:

1. Subcontractació amb autorització expressa (art. 215.2.d)

Només es poden subcontractar amb autorització expressa de l'òrgan de contractació:

- Els contractes secrets o reservats.
- Els contractes l'execució dels quals ha d'anar acompanyada de mesures de seguretat especials si així ho disposa una disposició legal o reglamentaria.
- Quan s'hagin de protegir interessos essencials de la seguretat de l'Estat.

2. Tasques crítiques en les prestacions objecte del contracte (art. 215.2.e)

En els contractes en els quals la prestació inclou tasques considerades crítiques i per aquest motiu han de ser executades directament pel contractista principal, es pot limitar la subcontractació sempre que es compleixi el següent:

- Que sigui un contracte d'obra, serveis o tasques d'instal·lació en el context d'un contracte de subministrament.
- Que quedi ben determinat als plecs el detall de les tasques crítiques que no poden ser objecte de subcontractació.
- Que es justifiqui en l'expedient de contractació per què es consideren tasques crítiques.

Per tant, una limitació genèrica de la subcontractació no s'ajusta a la LCSP, que únicament disposa la possibilitat de limitar-la per a determinats contractes amb una autorització expressa o quan en l'objecte del contracte hi ha tasques crítiques que han de ser executades pel contractista, sempre que quedi motivada en l'expedient la necessitat que siguin executades únicament per aquest.

En aquest article ens centrarem en el supòsit de les tasques crítiques.

En primer lloc, no s'ha de confondre el concepte de "tasca crítica" amb la prestació principal, de manera que en determinats contractes dins l'activitat principal objecte del contracte serà possible diferenciar entre tasques crítiques respecte a les quals es podrà prohibir la subcontractació sempre de forma motivada, i altres tasques que, tot i formar part de l'activitat principal, no tenen la condició de crítiques i per tant no se'n pot prohibir la subcontractació; altrament hi haurà contractes en els quals no es podrà identificar ni justificar la presència de tasques crítiques i consegüentment la subcontractació no es podrà limitar, així és que no en tots els contractes es pot establir límits a la possibilitat de subcontractar.

Què s'ha d'entendre per "tasca crítica"?: apreciació, motivació i detall als plecs

En l'àmbit de la contractació pública podríem definir la tasca crítica com la tasca dins la prestació objecte del contracte que porta intrínseca una complexitat tal que pot comportar una dificultat per executar-la i/o pot constituir un risc real per executar-la correctament.

L'apreciació de quines són tasques crítiques correspon a l'òrgan de contractació, que és qui ha d'analitzar les prestacions objecte del contracte i establir quines s'han de qualificar de crítiques i en conseqüència han de ser executades obligatòriament per l'adjudicatari. Aquesta decisió ha d'estar motivada i reforçada pels informes tècnics pertinents. Així mateix queda palès en la Resolució 734/2020, de 26 juny, del TACRC, en la qual el Tribunal considera que els plecs justifiquen la qualificació de les tasques com a crítiques i, per tant, se'n pot prohibir la subcontractació, concretament diu que "les mencions que resulten del plec, detallant les parts de la prestació que queden limitades a la subcontractació així com la qualificació de tasques crítiques o elements essencials del contracte, seria suficient per complir la justificació de l'article 215.2.e de la LCSP, però a més s'ha de considerar el detall dels informes aportats al recurs de l'assessoria jurídica i del servei tècnic per reforçar la qualificació". I conclou que "[...] la descripció de les feines considerades com a principals és precisa i diferenciada dins del marc dels límits de la discrecionalitat tècnica". De manera que queda reconeguda pel Tribunal la discrecionalitat tècnica a l'hora de considerar quines són les tasques crítiques de l'objecte del contracte, discrecionalitat que no vol dir arbitrarietat i, per tant, sempre s'haurà de motivar.

La limitació a la subcontractació no es pot fer mitjançant una declaració genèrica o imprecisa sinó que cal fer una descripció detallada, diferenciada i precisa dels treballs que s'estimen crítics que hauran de ser executats pel contractista principal. De manera que en el moment de confeccionar la licitació cal fer una anàlisi de les prestacions que integren l'objecte del contracte per determinar si hi ha tasques que han de tenir la qualificació de crítiques i només les podrà executar l'adjudicatari del contracte. Moltes vegades, un cop feta aquesta anàlisi, arribarem a la conclusió que no hi ha cap tasca crítica i per tant no es podrà limitar la possibilitat de subcontractar.

Objectiu de limitar la subcontractació: garantir una execució correcta

Posar límits a la subcontractació només ha de tenir per objectiu garantir l'execució correcta del contracte i no s'han d'establir més restriccions que les estrictament necessàries per aconseguir l'objectiu perseguit.

La [Sentència del TJUE, de 5 d'abril de 2017, assumpte C-298-/15](#), en relació amb les restriccions a la subcontractació, estableix que una restricció d'aquest tipus es pot justificar en la mesura que persegueixi un objectiu legítim d'interès general i sempre que observi el principi de proporcionalitat, és a dir, que garanteixi la realització d'aquest objectiu i no vagi més enllà del que és necessari per fer-ho.

Proporcionalitat en la limitació

La LCSP entén la subcontractació com un dret, un dret del contractista a subcontractar i un dret de les empreses a poder ser subcontractistes i accedir així a determinades licitacions. La restricció del dret a subcontractar s'ha de fer, com totes les restriccions de drets, amb un judici de proporcionalitat, i es pot limitar la subcontractació només en allò que sigui estrictament necessari per assegurar l'execució correcta del contracte. El principi general, com hem dit a l'inici, ha de ser la permissibilitat de subcontractar sense limitacions com a mesura per fomentar la concurrència i la participació de les pimes en les licitacions públiques, i qualsevol excepció a aquesta regla general requereix una motivació especial que, al meu parer, s'hauria de justificar en l'informe de necessitats.

El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, quan en el recurs presentat s'al·lega que s'ha limitat la subcontractació sense establir quines són les tasques crítiques que haurà de fer el contractista i sense motivar-ho ni justificar-ho en l'expedient, sempre estima les al·legacions i en conseqüència retrotrau les actuacions per tal que es motivin les raons específiques que fan que es pugui veure limitada la subcontractació.

Alguns exemples els trobem en les resolucions següents:

- La [Resolució 268/2021, de 15 de setembre](#), estableix que "és clar que s'havia de motivar aquesta limitació de la subcontractació en l'expedient de contractació que abasta tota la prestació, tret de 'casos excepcionals', per tal de vetllar per qualsevol obstacle o limitació que produeixi una restricció efectiva de la competència".
- La [Resolució 200/2020, de 4 de juny](#), estableix que "Atès el tenor literal de l'article 215.2.e de la LCSP, és clar que també s'havia de motivar aquesta limitació de la subcontractació de la cuina *in situ* en l'expedient de contractació, per tal de vetllar per qualsevol obstacle o limitació que produeixi una restricció efectiva de la competència" (en aquest sentit, la Resolució núm. 1053/2018 del TACRC, per totes). A parer d'aquest Tribunal, els motius argüits ara, en seu de recurs, serien suficients per justificar la limitació, però no salven la manca de l'obligació de la motivació que exigeix la LCSP, de manera que,

com que s'hauran de tornar a elaborar els documents integradors dels documents atesa l'estimació d'altres motius, caldrà també justificar aquesta limitació en l'expedient.

En conclusió, la qualificació que es faci de determinades prestacions objecte del contracte com a tasques crítiques ha de ser fruit de la reflexió, i encara que moltes vegades en funció de la naturalesa de la prestació aquesta determinació i descripció detallada poden ser una activitat difícil per a l'òrgan de contractació, les conseqüències de no fer-ho ens poden portar a una impugnació amb resolució estimatòria de retroacció de les actuacions per tornar a l'inici i incloure-hi la motivació i la justificació corresponents.

Qualsevol limitació a subcontractar ha d'estar justificada i motivada en l'expedient, prèvia anàlisi proporcionada que només restringeixi la subcontractació en allò que sigui estrictament necessari per garantir l'execució correcta del contracte i no posar-la en perill.

Per a la LCSP, la subcontractació és una manera de fomentar principis com la concurrència i el foment de l'accés de les pimes i, per tant, permetre o no permetre la subcontractació no és una mera facultat il·limitada de l'òrgan de contractació.



Èlia Vilaseca Arquès

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública