

Informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Criterios de aplicación del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Industria, Comercio y Turismo se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 24 de septiembre de 2009 (entrada en el Registro de la Junta Consultiva de 3 de noviembre) del siguiente tenor literal:

El artículo 210 de la Ley 30 /2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público contiene una serie de preceptos en materia de subcontratación.

El punto 1 de dicho artículo establece la posibilidad de que el contratista pueda concertar con terceros la realización parcial de las prestaciones en que consiste el objeto del contrato, salvo que el propio contrato o los pliegos de cláusulas administrativas dispongan lo contrario o de la naturaleza de la prestación se deduzca que deba ser ejecutado directamente por el contratista.

Sentado este principio básico, el referido artículo determina una serie de condiciones en orden a la información previa al órgano de contratación y a los requisitos de solvencia o capacitación de los subcontratistas que deben cumplirse para que se lleve a cabo la subcontratación de una parte del objeto contractual.

La cuestión de la fracción del contrato principal que puede ser ofrecida a otras empresas o profesionales para que se ejecute en régimen de subcontratación está regulada en el apartado e) del punto 2 de dicho artículo, si bien de la lectura de dicho precepto se deriva una cierta confusión conceptual puesto que parecen claras dos posturas: 1) que el órgano de contratación puede determinar en los pliegos el porcentaje que podrá ser objeto de contratación y 2) que en ausencia de declaración expresa en los pliegos el porcentaje máximo no podrá superar el 60 % del importe de adjudicación, aunque éste límite no se aplique cuando las empresas subcontratadas tengan vinculación con el contratista principal en los términos señalados en el artículo 42 del Código de Comercio.

Sin embargo, cabría otra interpretación que del literal del citado apartado del artículo 210.2 no se deduce en principio que pueda vulnerar la norma (aunque sí el espíritu de ésta): que el órgano de contratación en el ejercicio de su potestad para establecer las condiciones que regirán las prestaciones a contratar fije en los pliegos un porcentaje superior al 60 % límite cuando no se declara nada al respecto.

Sin entrar en las cuestiones de orden práctico que se derivarían de una subcontratación superior a ese porcentaje "límite", ni en las razones de oportunidad que puedan aconsejar no superarlo para realizar un mejor seguimiento de las prestaciones (aunque el responsable final ante el órgano de contratación siga siendo la empresa o profesional contratista), resulta de interés establecer un criterio que permita a los órganos de contratación actuar en un futuro con garantías jurídicas dentro de un marco previamente establecido.

En la actualidad los modelos de pliegos tipo de cláusulas administrativas que están en vigor en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón fueron informados por la Dirección General de Servicios Jurídicos y por la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma, según consta en sus informes de 4 de junio y de 12 de junio de 2009, respectivamente.

En la carátula de todos ellos, apartado destinado a la subcontratación, figura un recuadro con el literal: "Porcentaje máximo autorizado % (máximo 60%) ". En función del criterio general que se adopte sobre la posibilidad o no de superar puntualmente el porcentaje debería facultarse al órgano de contratación para utilizar otros modelos alternativos (pueden ser también tipo) en el que no se refleje expresamente la cifra del 60%.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 3.2, 3.4 y 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba su Reglamento de funcionamiento, se somete el asunto a su consideración e informe al objeto de que se sienten criterios generales que permitan interpretar y aplicar con suficientes garantías jurídicas las disposiciones relativas al artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en particular lo relativo a los porcentajes máximos de subcontratación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 17 de febrero de 2010, acuerda Informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 y 4 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. La nueva regulación de la subcontratación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y su posibilidad de valoración en fase de solvencia o de ejecución.

La subcontratación en la ejecución de los contratos públicos es una cuestión clave para entender el funcionamiento del mercado y de la posición de las PYME en el mismo. En modo alguno es una cuestión que pueda ser considerada ajena para la Administración o los distintos entes contratantes y que aconseja ciertas reflexiones previas de carácter general que permitan entender el vigente marco normativo y las alternativas prácticas en la gestión de los contratos. Subcontratación que obedece, principalmente, a la lógica de un mercado no regulado pero que permite posicionamientos activos de los distintos órganos de contratación en aras tanto a una mejor ejecución del contrato como de implantación o articulación de una concreta política pública de reorientación de ese mercado y de estímulo a las PYME.

En la regulación y desarrollo práctico de esta materia se mezclan tres cuestiones, el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación y los derechos de los empresarios subcontratistas. A ello se debe añadir la tendencia progresiva de todos los sectores a ampliar la utilización de esta figura como sistema de mejora de la productividad y de la competitividad y ser un mecanismo que permite la participación en el mercado público de las pequeñas y medianas empresas.

La participación de las Pyme en la contratación pública ha sido siempre un objetivo de la Unión Europea. Ya inicialmente el Consejo instó a la Comisión en 1990 a emprender acciones específicas destinadas a fomentar su participación en los procedimientos de contratación pública de la Comunidad. En 2006 la Comisión Europea adopta el Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, que incluye entre otras acciones la de dar mayor visibilidad a las oportunidades de subcontratación y garantizar la igualdad de oportunidades entre subcontratistas.

Más recientemente, conviene recordar que la Comisión Europea presentó el 25 de junio de 2008 una Comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. La «Small Business Act para Europa» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PYME ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo. Como complemento del anterior, y como segunda estrategia, los Servicios de la Comisión Europea presentaron también el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede considerarse vinculante para la Institución) que podría ser el embrión de un CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. El «Código de buenas prácticas» se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. Su objetivo es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar

plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Concurrencia que debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisito previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por los distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). *Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).*

En este contexto debe interpretarse el marco normativo vigente. En primer lugar, la Directiva 2004/18/ que indica ya en su Considerando 32 la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos. En concreto, dentro de las normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato, la subcontratación se recoge en el artículo 25. También en el artículo 60 relativo a los contratos de concesión de obra pública se recogen previsiones sobre la subcontratación de parte de la

prestación. Y muy especialmente en el artículo 48.3 al permitir la integración o el complemento de la solvencia con medios externos.

La regulación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública en España aparece recogida tanto en el artículo 52 LCSP al regular como principal novedad de la Ley la integración de solvencia con medios externos (llevando en la práctica la subcontratación a este momento procedimental) como en los artículos 210 y 211 LCSP de forma que, cumpliendo los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 210 LCSP, podrá el adjudicatario concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario. Además insiste la Ley en que se prevea desde el principio lo que se va a subcontratar y con quién, recogiendo también lo que son obligaciones dimanantes de normas comunitarias en la materia (Directiva 2000/35/CE, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales principalmente).

III.- Subcontratación y ejecución del contrato. Límites y reglas

Atendiendo en primer lugar a la cuestión objeto de consulta, debe advertirse que el artículo 210 LCSP, ubicado en sede de ejecución del contrato, establece una serie de obligaciones en relación con la subcontratación, que comparado con lo dispuesto en el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, se han reforzado para lograr un mejor control por parte de la Administración contratante y asegurar la responsabilidad exclusiva del contratista principal frente a la Administración. Una primera observación es que los pliegos pueden reducir y eliminar la posibilidad de la subcontratación en esta fase de ejecución. Dada la posición favorable a la subcontratación que inspira la

normativa comunitaria parece aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en la preparación del contrato y resulte conveniente a los fines del contrato.

Entre los requisitos a los que se somete la subcontratación por el artículo 210 LCSP destacan los siguientes:

a) Los pliegos o el anuncio de licitación podrán prever que los licitadores tengan que hacer constar la parte del contrato que van a subcontratar, con su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas. El carácter restrictivo de este requisito queda no obstante amortiguado en cuanto queda a la decisión del órgano de contratación y encuentra su justificación en el artículo 25.1 de la Directiva 2004/18/CEE (si bien el proyecto de Ley suavizó la exigencia de identificar a los subcontratistas permitiendo sustituir su designación nominal por su perfil empresarial, definido por su solvencia profesional o técnica, recogiendo así la sugerencia realizada por el Consejo de Estado en su Dictamen 514, de 25 de mayo de 2006).

b) En segundo lugar, la letra b) del apartado 2 exige la comunicación a la Administración del subcontrato a realizar, con indicación de las partes de la prestación que se pretenden subcontratar y la identidad del subcontratista.

c) La Ley permite la celebración de subcontratos con empresarios distintos a los indicados en la oferta o sobre partes del contrato diferentes a las indicadas, previa justificación y siempre que la Administración no se oponga en el plazo de veinte días desde la notificación.

d) Para los contratos secretos o reservados o aquellos cuya ejecución requiera medidas de seguridad especiales, o así lo exija la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado la subcontratación requiere siempre autorización expresa del órgano de contratación.

Cuestión importante –objeto de esta consulta- es cómo funciona el límite recogido en este precepto. La LCSP ha elevado el límite que el contratista

voluntariamente puede subcontratar respecto al TRLCAP, excluyéndose además de este cómputo los subcontratos realizados con empresas del mismo grupo empresarial. Así, el artículo 210 2. e) LCSP establece que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate en fase de ejecución con terceros ajenos al contrato principal no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que de no figurar otro límite especial en el mismo, la subcontratación no podrá superar el 60 % del importe de adjudicación.

Entiende esta Junta Consultiva, que la Ley fija un límite inicial del que no puede excederse en ningún caso de tal manera que ese límite porcentual constituye el límite máximo para el contratista, y ello para evitar crear situaciones de práctica “novación” o sustitución del contratista que desvirtuarían la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución “parcial” del contrato administrativo.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurría con la aplicación del artículo 115 TRLCAP, no opera como límite mínimo, pues el órgano de contratación ha podido establecer en los pliegos un porcentaje menor y limitar la libertad del contratista principal. Y es que de lo contrario podría darse lugar, vía subcontratación, a auténticos supuestos de novación subjetiva que no cumplirían los requisitos legales, alterando una de las reglas fundamentales de la contratación como es el carácter sustancial del elemento subjetivo en la elección del contratista.

Lo que sí resulta posible es que el órgano de contratación puede establecer en los pliegos una limitación cualitativa a la subcontratación, afectando a una serie de partidas/prestaciones que no puedan ser subcontratadas y dejando al contratista principal la facultad de subcontratar hasta el 60% del resto de las prestaciones, o reducir ese límite en los pliegos. En todo caso, la Ley confiere a la Administración la potestad para establecer

en los pliegos los límites, cualitativos y cuantitativos, de la subcontratación hasta un 60%, entendiéndose siempre que el contratista asume la total responsabilidad en la ejecución del contrato frente a la Administración con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

Una previsión específica, de especial relevancia, es la regla contenida por el artículo 210.7 LCSP: *“los órganos de contratación podrán imponer al contratista , advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 30% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla”*. La subcontratación obligada debe entenderse incluida dentro del porcentaje máximo de subcontratación fijado por el pliego, porcentaje que, como se ha establecido más arriba, no podrá superar el 60 % al que se refiere el artículo 210.2.e) LCSP.

En todo caso, conviene recordar que las distintas relaciones de subcontratación en fase de ejecución no modifican la posición del contratista frente a la administración, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. Así lo precisa el artículo 210.4 de la Ley, de tal manera que la relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista. La subcontratación no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que solo 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.

Igualmente, que tratándose de obras públicas, son de aplicación las limitaciones que establece la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

IV.- La subcontratación como forma de integración y complemento de la solvencia del contratista principal.

De conformidad con lo que dispone el artículo 52 LCSP es posible –y en muchas ocasiones conveniente- que los licitadores puedan acreditar la solvencia con medios externos sin que sea necesaria la pertenencia a ningún grupo, empresarial o cooperativo, e independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre las distintas entidades. La regulación contenida en este precepto de la Ley –trasposición del artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/CE – viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de subcontratación para la ejecución de un contrato. La posibilidad -y conveniencia- de esta opción, amén de conforme con la Directiva 2004/18, encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJCE en su sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia) al afirmar que: “La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato”.

La vinculación puede ser directa, como la que conforman los grupos de sociedades o indirecta, a través de la subcontratación, arrendamiento, agrupaciones de empresarios... Es de destacar que puede integrar su solvencia tanto el que necesita completarla puesto que no la posee en su

totalidad, como aquel que prefiere complementarla para garantizar una mejor ejecución del contrato, aunque por sí mismo posea la solvencia exigida para un contrato determinado.

En esta línea merece ser destacada la STJCE de 18 de marzo de 2004 (Siemens AG) en la que se concluye lo siguiente:

“A este respecto, debe recordarse que la Directiva 92/50, cuyo objeto es eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios con motivo de la adjudicación de contratos públicos de servicios, prevé expresamente, en su artículo 25, la posibilidad de que el licitador subcontrate a terceros una parte del contrato, ya que esta norma dispone que la entidad adjudicadora podrá exigir al licitador que mencione en su oferta la parte de dicho contrato que se proponga subcontratar. Además, en cuanto a los criterios de selección cualitativa, el artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de dicha Directiva establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica del prestador de servicios mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa del prestatario, de los que éste disponga para la realización del servicio, o incluso mediante la indicación de la parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar.

Como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 26 y 27 de la sentencia Holst Italia, antes citada, tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que nadie puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. Ello implica 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.

No obstante, según el Tribunal de Justicia corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de

tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (sentencia Holst Italia, antes citada, apartado 29)".

Línea jurisprudencial confirmada en la STJCE 18 de diciembre de 2007, (Frigerio Luigi & C. Snc) y en la reciente STJCE de 23 de diciembre de 2009, (CoNISMa), que reconoce que: *“tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación”*.

Este criterio estaría llamado en la práctica a jugar una gran importancia pues permitiría que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Es más, en muchos casos, el principio de buena administración, aconsejaría la práctica habitual de esta opción. Tal y como se pronunció esta Junta Consultiva en Informe 28/2008, de 10 de diciembre, el empresario puede 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 (art. 47.2 y 48.3 Directiva 2004/18/CEE y art 52 LCSP) En cualquier caso, y por la lógica del procedimiento, los subcontratistas aportados en fase de solvencia –que figurarán en el contrato a formalizar tras la adjudicación- no podrán ser objeto de sustitución en fase de ejecución salvo por circunstancias excepcionales sobrevenidas, requiriendo la autorización expresa del ente contratante de cara a comprobar la adecuación -cumplimiento de los requisitos de solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar- del nuevo subcontratista propuesto.

III CONCLUSIONES

I.- La Administración ostenta la facultad de modular la subcontratación en fase de ejecución, con los límites cuantitativos y cualitativos que permitan, en todo caso, la consecución y la mejora de la prestación objeto del contrato. En el momento de redactar los pliegos de cláusulas administrativas particulares ha de valorar cuáles son los medios más oportunos de ejecución del contrato, operando el 60 por ciento como límite máximo en todo caso en la fase de ejecución del contrato.

II.- Cuando el operador económico contratista haya integrado o complementado su solvencia con medios externos, de conformidad con la posibilidad prevista en el artículo 52LCSP, figurarán tales compromisos en el contrato que se formalice –siendo condición esencial- procediéndose en fase de ejecución a la celebración por parte del contratista de los correspondientes contratos que sean necesarios para hacer efectivos sus compromisos con tales medios externos, independientemente del porcentaje que su cuantía suponga respecto del importe de adjudicación del contrato. Sólo excepcionalmente -y, previa autorización del ente contratante- podrá sustituirse al subcontratista por otro que acredite solvencia equivalente, así como aptitud para contratar y ausencia de prohibiciones de contratar.

Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 17 de febrero de 2010.