

ano 23 – n. 91 | janeiro/março – 2023
Belo Horizonte | p. 1-212 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i91
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

La elección de los criterios de solvencia económica y financiera, técnica o profesional por los órganos de contratación en el Estado español: algunas prevenciones para evitar incurrir en desproporcionalidad

The selection of economic and financial, technical or professional solvency criteria by contracting bodies in the Spanish State: some precautions to avoid falling into disproportionality

Susana Eva Franco Escobar*

Universidad de La Laguna (España)

sefranco@ull.edu.es

<https://orcid.org/0000-0002-7986-6717>

Recibido/Received: 24.11.2022 / 24 November 2022.

Aprovado/Approved: 12.02.2023 / 12 February 2023.

Resumen: El Derecho europeo impone a los Estados miembros la obligación de facilitar el acceso de las PYMEs y de las micro-empresas a las licitaciones públicas. Con especial atención si se trata de empresas de reciente creación. Los casos en los que se exige la experiencia como requisito de

Como citar este artículo/*How to cite this article:* FRANCO ESCOBAR, Susana Eva. La elección de los criterios de solvencia económica y financiera, técnica o profesional por los órganos de contratación en el Estado español: algunas prevenciones para evitar incurrir en desproporcionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 23, n. 91, p. 11-37, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1718.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho administrativo de la Universidad de La Laguna (San Cristóbal de La Laguna, España). Doctora por la Universidad de La Laguna. *E-mail:* sefranco@ull.edu.es.

solvencia, debe quedar claramente justificado en el expediente su vinculación con el objeto del contrato y la proporcionalidad que existe entre este requisito y el resultado esperado con la ejecución del contrato, de lo contrario se incurre en desproporcionalidad. Un importante número de resoluciones de los tribunales de recursos contractuales han declarado desproporcionado este requisito, y contrario a los principios generales de las libertades dentro del mercado interior europeo, cuando existe falta de motivación.

Palabras clave: Solvencia. Contratos públicos. PYME. Proporcionalidad. Derecho Europeo.

Abstract: European law imposes to the States members the obligation to facilitate the access of the SME and the micro-companies to the bidding publics. With special attention if one is nearly created firm. The cases in which the experience like solution requirement is demanded, must be left in the file their entailment with the intention of the contract and the proportionality clearly just that exists between this requirement and the result waited for with the execution of the contract, otherwise is incurred disproportional. An important number of resolutions of the courts of contractual resources has declared out of proportion requisite east, and in opposition to the general principles of the liberties within the European market, when lack of motivation exists.

Keywords: Solvency. Public procurement. SME. Proportionality. European Law.

Sumario: I Introducción – II Los requisitos de solvencia en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales – III Entre los requisitos legales y las facultades discrecionales de los órganos de contratación – IV La integración de la solvencia con medios externos – V Los problemas de la solvencia desproporcionada – VI Conclusiones – Referencias

I Introducción

A pesar de las numerosas reformas sobre la normativa de contratación pública, incluidos los aspectos que acompañan a la solvencia, hay una inercia que no ha cambiado con la aprobación de la LCSP del año 2017, y es la desconfianza que pivota sobre los operadores, en un intento de prevenir los riesgos de un posible incumplimiento del contrato.¹ Precisamente desde ese prisma se mantiene una redacción de requisitos de solvencia que son exigentes. Se explica el fundamento

¹ En el otro lado del contrato están los órganos de contratación, tanto de las Administraciones públicas, como del resto del sector público, en los términos del ámbito subjetivo de la LCSP para las que también el legislador parte de la premisa de la desconfianza, pues como explica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: «*El motivo de aprobación de la Ley fue la transposición de las Directivas de contratación pública de 2014. No obstante, el nuevo texto se elaboró en un clima social y político condicionado por numerosos casos de corrupción, algunos muy mediáticos (como son los casos tres por ciento, Innova, Imelsa, Nóos, Púnica, Madeja, Palau, Gürtel, etc.). Se trata por ello, de una Ley que nace inspirada en la desconfianza (hacia los políticos, los funcionarios, los empresarios, los mecanismos de control...)*» en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. Hernández González, «Una Ley de contratos públicos para tiempos de crisis», *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, septiembre 2021, p. 31 a 41, p. 36. Sobre este tema *vid.* también: GIMENO FELIU, J.M.^º, «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública», *REALA. Nueva Época*, núm. 7, 2017, p. 45 y ss; GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2015): «Integridad en la contratación pública: patologías al uso. A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción», en GIMENO FELIÚ, J. M.^º, GALLEGO CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A.: en Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, núm. monográfico especial, p. 253 a 263. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

en el deseo de mejorar los mecanismos de protección de los intereses generales, y esto está bien.

Sin embargo, en el momento de redactar los pliegos, cuando el órgano de contratación debe elegir los parámetros y las formas de acreditar la capacidad y la solvencia, existe un peligro cierto de exceso de celo en esa redacción. Con el fin legítimo de garantizar la ejecución correcta y más eficaz del objeto del contrato, se plantean esas previsiones. Pero lo cierto es que los mecanismos para alcanzar este objetivo son mejorables, y por eso han sido objeto de impugnación y son numerosos los pronunciamientos por parte de los tribunales que los declaran excesivos.

En el otro lado de la ecuación, donde se encuentran los operadores que aspiran a contratar con las administraciones públicas, por supuesto que debe conocer y deben poder acreditar el listado de condiciones que prescribe la LCSP. Los requisitos esenciales que deben cumplir para presentarse a toda licitación y los requisitos específicos, y/o condiciones particulares que dependen de cada tipo de contrato y de la licitación en sí. En todo caso, el objetivo último para ellos también es asegurar la buena ejecución de los contratos públicos en los que resultan adjudicatarios, para obtener la contraprestación en los términos previstos.

La aptitud para contratar requiere que los operadores acrediten de manera suficiente: la capacidad para contratar, la plena capacidad de obrar, que no se encuentran incursos en prohibición de contratar,² y que pueden acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional en los términos que dispongan los pliegos.³

Sobre el régimen de la solvencia económica, la LCSP con carácter general, se refiere a la acreditación del volumen anual de negocios, que de forma coloquial coincide con lo que factura anualmente la empresa. Si bien, la LCSP apunta un límite claro para que el órgano de contratación no imponga exigencias desproporcionadas.⁴ En todo caso, pese a ser éste el parámetro más habitual, no es el único medio posible y válido para acreditar la solvencia económica.

En el caso de la solvencia técnica, sobre lo que suele pivotar este requisito es sobre la experiencia del operador en el sector en cuestión, y es aquí donde se plantean grandes conflictos. Son numerosas las impugnaciones que recurren excesos en cuanto a los requisitos de solvencia basados en la experiencia.

² Vid. MEDINA ARNÁIZ, T. "La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en GIMENO FELIÚ, J. M.^º, GALLEGO CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J.A., Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, núm. monográfico especial, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 383 y ss.

³ Vid. Capítulo II «capacidad y solvencia del empresario», Sección 1ª «Aptitud para contratar con el sector público» de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (LCSP).

⁴ Como es bien sabido, se ha instaurado como práctica habitual exigir en los PCAP el 1,5 del valor estimado del contrato, sin embargo, esto no es lo deseable, ni siquiera lo que pretendía el legislador, pese a la deficiente redacción de la norma, vid. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *Contratación práctica* núm. 177, Wolters Kluwer, 2022, p. 1 a 10, p. 2.

Sirva como un ejemplo genérico, que se repite en muchas licitaciones, que se exigen 3 años de experiencia, dentro de determinada actividad o como operador dentro del concreto sector. Pero si a continuación, en el pliego de cláusulas administrativas no se explica, ni se motiva suficientemente las razones por las cuales es esa la experiencia necesaria porque con ella se va a garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, podrá ser cuestionada.

En realidad, un número importante de pronunciamientos de los tribunales de recursos declaran desproporcionado este requisito, y contrario a los principios generales de las libertades dentro del mercado interior europeo, por falta de motivación sobre el fin a perseguir. Además de convertirlo en un obstáculo carente de justificación, y contrario a las previsiones expresas de las Directivas de contratos. Es sabido que, el Derecho de la UE impone a los Estados miembros la obligación de facilitar el acceso de las PYMEs y micro-empresas a las licitaciones públicas. Con especial atención si se trata de empresas de reciente creación. Esta línea que mantiene Europa se expone con claridad en: “Una nueva estrategia para las pymes europeas Resolución del Parlamento europeo, de 16 de diciembre de 2020 (2020/2131)(INI) (2021/C 445/01): «[...] que se refuercen las normas de competencia para mejorar la competitividad de las pymes y protegerlas de las prácticas desleales que podrían dar lugar al dumping social y la desregulación laboral; pide a la Comisión que garantice la aplicación efectiva de la legislación de la Unión en materia de competencia, sin perjuicio de los derechos de los trabajadores; recuerda, a este respecto, que es importante promover el diálogo social a la hora de diseñar y aplicar las políticas relativas a las pymes y de garantizar a estas unas condiciones de competencia equitativas, con el fin de asegurarse de que se benefician del mercado interior sobre una base justa y puedan aprovechar las oportunidades para expandirse».

No obstante lo cual, hay unos mínimos que ningún operador puede desconocer, antes de presentarse a cualquier licitación, y es que los poderes adjudicadores le van a exigir que estén en condiciones de : *«estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación [...]»*⁵.

Pese a todo, después de examinar la evolución que ha sufrido la regulación de la solvencia hasta llegar a la actualidad, a nuestro juicio, y pese a las numerosas

⁵ Vid. El art. 74.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (en los sucesivo, LCSP). En nuestro ordenamiento interno este trámite ha sido considerado un medio que agiliza la acreditación de la capacidad y solvencia. Ahora bien, como es sabido, la institución de la clasificación no puede suponer un obstáculo a las libertades dentro del mercado interior. Por todo ello, después de una evolución dilatada sobre la obligatoriedad excluyente, en ningún caso podrá suponer un requisito que impida a un operador presentarse a una licitación. Desde el año 2015 no se puede imponer como requisito obligatorio la clasificación: ni en los contratos de servicios, ni en contratos de obras de más de 500.000 euros.

impugnaciones que aún acontecen a día de hoy, el régimen vigente arroja un balance positivo. Por una parte, porque ha depurado requisitos que eran prescindibles, y ha reducido numerosos excesos que eran injustificados.

No es menor referir que para poder llegar hasta el vigente régimen ha sido necesaria una intensa labor. Por parte de los tribunales con pautas para la depuración de patologías. Y por parte de las instituciones de la Unión europea -dentro de la política general de supresión de obstáculos a las libertades de circulación de los factores productivos dentro del mercado interior-, entre las que ha tenido mucho peso el impulso de la simplificación.⁶

En los considerandos de las Directivas se impone como obligación dirigida a los poderes adjudicadores la de facilitar el acceso a la contratación pública, y la de simplificar el acceso a la información de las licitaciones, pero también el de evitar requisitos desproporcionados, discriminatorios y o aquellos que distorsionen las reglas de la competencia.

Es por ello que los órganos de contratación deben respetar estos límites, pues sólo así se estará garantizado el acierto en la elección de los criterios para la acreditación de los requisitos de capacidad económica y solvencia financiera, técnica y profesional.

Son objeto de fiscalización en todos los Estados miembros los requisitos siguientes: i) que se cumpla la proporcionalidad con el fin perseguido, ii) que se impongan requisitos que estén vinculados con el objeto del contrato, y iii) que la documentación que se exige por parte de los órganos de contratación esté presidida por un fin de reducción de la burocracia y de la simplificación de trámites -la enorme importancia del DEUC-.

Sobre el requisito de la vinculación al objeto del contrato: supone que los requisitos de solvencia sólo puedan utilizarse para exigir que los licitadores satisfagan condiciones relevantes para acreditar su capacidad, para ejecutar el contrato al que se refieren, sin que quepan aquí aspectos distintos.

El de la proporcionalidad: resulta necesaria para que el poder adjudicador se asegure de que el futuro adjudicatario reúne garantías adecuadas de que puede ejecutar correctamente la prestación contractual y para no impedir el acceso a la licitación de empresas de dimensión y capacidad suficiente para ejecutar correctamente el objeto del contrato, pero que no lleguen a los niveles excesivos que pueda marcar el órgano de contratación, con el efecto de restringir la competencia.⁷

⁶ Vid. esta explicación con mayor detalle en MORENO MOLINA, J.A., "Globalización en el derecho de la contratación pública", en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (Coords.), Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, vol. II, Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 1.743 y ss.

⁷ Como advierte VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: «A mayores o excesivos niveles de solvencia, menor será la concurrencia. Debe partirse de que los criterios de solvencia sean mínimos. No hay que perder de vista

Estos extremos se manifiestan en los informes de la JCCA del Estado 53/2010, de 10 de diciembre, o en la de la JCCA de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio, sobre la acreditación de la solvencia como soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato, permitiendo elegir las empresas más idóneas, y conseguir un pleno acierto en la elección de las mismas en beneficio del propio interés público que representa el órgano de contratación.

Sobre el requisito de la solvencia técnica y profesional y, en particular, la exigencia de experiencia a los licitadores, una característica es que no está armonizado dentro de la UE, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad a los poderes adjudicadores.

El artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, regula los criterios de selección, y se refiere a la solvencia técnica y profesional en los términos siguientes: *“los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad”*, y podrán exigir, en particular, que *“los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado”*.

Se autoriza a los poderes adjudicadores a que indiquen: *“las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés”*.

En el artículo 60 de la Directiva se reconoce al órgano de contratación un amplio margen de apreciación para elegir los medios de prueba, aunque después se remite a los recogidos en el Anexo XII.

La LCSP del año 2017 ha dejado un amplio margen de apreciación también para que el órgano de contratación elija los medios de acreditación en cada caso, pero también dentro de los requisitos recogidos en los artículos 88 a 91, que distinguen, en lo que a solvencia técnica o profesional se refiere, entre la que se exige para los contratos de obras (artículo 88), contrato de suministro (artículo 89), contrato de servicios (artículo 90), u otro tipo de contratos (artículo 91).

En el artículo 116 la LCSP determina que los criterios de solvencia deben ser justificados adecuadamente en el expediente de contratación, motivación que debe incluirse en la Memoria justificativa a publicar en el perfil del contratante.

Especialmente relevante es la Sentencia 80/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de abril de 2019 (Rec. 7009/2019), que señaló que:

que el fundamento de que se exijan unos concretos niveles de capacidad y solvencia es determinar los niveles mínimos que van a posibilitar o no la mayor concurrencia de empresas. A mi juicio, en la actualidad, hay un número exagerado de licitaciones en las que, comprometidamente, se fija un límite muy elevado o desproporcionado de solvencia económica y técnica que ahuyenta a las empresas a concurrir», en VÁZQUEZ MATILLA, F.J., Contratación práctica núm. 177, Wolters Kluwer, 2022, p. 1 a 10, p. 2.

“aun reconociendo en principio que, a tenor de la ley aplicable que se citaba, la Administración contratante disponía de un cierto grado de discrecionalidad para determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se hallaba condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figuraba la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 32. D) del TRLCSP actual, según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

Como nos recuerda Pintos Santiago, según el artículo 145.7 LCSP, las mejoras son las prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.⁸

II Los requisitos de solvencia en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales

La Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE regula la contratación pública en los sectores especiales. La transposición de esta directiva en España se demoró en el tiempo más de lo permitido por el plazo de la Directiva, y tuvo dos concretos momentos legislativos: el primero de ellos, con la transposición parcial en la propia Ley 9/2017, y el segundo, con la aprobación del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones;

⁸ Vid. PINTOS SANTIAGO, J., “Las mejoras ¿cómo definir las? ¿Dónde están los límites? Diferencias con las variantes”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2022.

del ámbito tributario y de litigios fiscales y su transposición en derecho español, no incorpora conceptos novedosos o regulaciones singulares en la gestión de la contratación pública.

La singularidad de esta normativa realmente está en los ámbitos materiales que constituyen el objeto del contrato. Y algo menos en cuáles son las entidades contratantes que operan en estos sectores. Pero para preservar la competencia en el mercado interior, se somete a la Directiva a aquellas entidades y empresas privadas con derechos exclusivos, excepto que se hayan obtenido en concurrencia competitiva.

No obstante, el legislador nacional ha hecho una interpretación restrictiva de la especialidad, y extiende la aplicación general y mayoritaria de la LCSP de 2017 también a las licitaciones que se adjudiquen en los sectores especiales.

Entre los fundamentos que lo explican está la interpretación del considerando (6) de la Directiva 2014/25/UE: *“Es conveniente que el concepto de contratación sea lo más cercano posible al aplicado con arreglo a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2), teniendo debidamente en cuenta las especificidades de los sectores a los que se aplica la presente Directiva”*.

A nuestro juicio se ha desaprovechado una oportunidad de oro para agilizar la contratación en estos sectores.

III Entre los requisitos legales y las facultades discrecionales de los órganos de contratación

Como es conocido, la clásica fórmula administrativa de la clasificación, que se utiliza para homogeneizar la acreditación de los requisitos de capacidad y solvencia, pese al paso de los años, y de que las Directivas imponen una prohibición a requisitos que como éste suponen un obstáculo en el acceso a las licitaciones en los Estados miembros, es un instrumento que mantiene el ordenamiento jurídico nacional. Pero con la salvedad de que no se podrá exigir a las empresas de los Estados miembros que no dispongan de clasificación.

Las previsiones de la LCSP son precisas: sólo es exigible la clasificación para determinados contratos de obras y referida exclusivamente a las empresas españolas, pero no a las de cualquier otro Estado miembro de la UE.

No obstante, una práctica habitual y que se repite en ocasiones, es que se presentan a la licitación varias empresas en UTE, y el tipo de contrato permite imponer como obligatoria la clasificación, y en ese caso se impone una acreditación acumulativa.⁹

⁹ Vid. PINTOS SANTIAGO, J. y FERNÁNDEZ UCEDA, M^a.D., «Requisitos de solvencia en unión temporal de empresarios: Individuales, acumulativa y externa», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 30, 2022, p. 247 a 256.

Pues bien, como han tenido ocasión de resolver los tribunales, para la aplicación de la acumulación se prevén dos regímenes jurídicos que parten de una premisa común: para poder valorar en una UTE las características de las empresas que la constituyen a los efectos de determinar si las de una de ellas puede suplir o completar las características de otra, con el fin de acreditar la solvencia requerida, por el contrato,¹⁰ es preciso que las características sean definidas de forma homogénea, bien mediante la clasificación, bien mediante la acreditación de la solvencia de acuerdo con lo previsto en el pliego o en su defecto por lo dispuesto con carácter general en la Ley para el tipo contractual correspondiente.¹¹ Por ejemplo, en un contrato de obra, que es uno de los tipos de contrato que permite imponer como obligatorio el requisito de la clasificación. Para proceder a la acumulación de clasificaciones será preciso que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, en relación con el contrato al que optan.¹²

Diferente es el supuesto en el que el operador presenta la clasificación como medio de acreditar la solvencia en una licitación en las que el tipo de contrato no recoge la clasificación como obligatoria. Lo que debe hacer el órgano de contratación en tales casos es requerir de subsanación a la empresa, para que en la concreta licitación se pueda ver acreditada válidamente la solvencia correspondiente.¹³

Hemos referido anteriormente cómo la solvencia económica se identifica principalmente, aunque no de manera exclusiva, con el volumen anual de negocios de la empresa. La mayoría de las veces se podrá acreditar por medio de la certificación detallada expedida por el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el mismo, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario, por las depositadas en cualquier otro registro oficial.

Ahora bien, cuando los operadores son PYMEs se produce una circunstancias que ha mostrado cómo encuentran serias dificultades a la hora de poder competir en igualdad de condiciones que las grandes. Por eso las PYMEs evitan presentarse

¹⁰ La regla que resulta de aplicación a las UTEs está reconocida en el artículo 24.1 del RLCAP «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 Ley 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».

¹¹ Por todas, *vid.* la Resolución 38/2016, de 10 de octubre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre acumulación de clasificaciones.

¹² *Vid.* El Informe 26/12, de 27 de mayo de 2013, que recoge el criterio de la acumulación en las UTEs.

¹³ Todas estas acreditaciones discurren en el marco del procedimiento como destaca FUEENTES I GASÓ, J.R.: «toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración, y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia —entendiendo este en el marco del equilibrio presupuestario conforme a lo anteriormente aludido—. El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse [...]», en FUEENTES I GASÓ, J.R., *La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 270.

solas a ciertas licitaciones. También son numerosas las ocasiones en las que les resultan insuperables los obstáculos de suficiencia de acreditación de medios. El nivel de exigencia en algunos casos no coinciden con el objetivo de garantizar la ejecución del objeto del contrato, sino con puras inercias. La apuesta que defendemos en este breve texto consiste en admitir otras formas de integración de la solvencia, como sucede con la facilitación de acreditarla con medios externos. Porque mecanismos así han logrado salvar esta clase de trabas desproporcionadas.

En los tribunales se advierte con rotundidad que: *“la imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública”*.

Los órganos de contratación han de prestar atención a esta clase de prevenciones, en el caso que nos ocupa, por la trascendencia que supone para cumplir los requisitos de solvencia. En concreto, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no guarde una relación de proporcionalidad con el objeto del contrato, o la óptima ejecución de dicho objeto. El requisito normalmente no debería exceder del 1,5 del valor estimado del contrato.

Sólo puede admitirse excepcionalmente alguna exigencia que podría parecer a priori más estricta de lo deseable, pero cuando sean claras las circunstancias debidamente justificadas, que lo demanden y pueda referirse al elevado riesgo de incumplimiento y vinculado a la ejecución del contrato, o al carácter crítico de su ejecución correcta y dentro del plazo previsto.

En todo caso, es inexcusable la debida justificación en la memoria, o en el informe y en los pliegos, del alcance de ese riesgo y la motivación de la sobre exigencia.

Se reconoce a los poderes adjudicadores libertad para decidir autónomamente. Si bien, el ejercicio de esta libertad decisoria, para aplicar requisitos sobre el volumen de negocio, -bien de mínimo o más elevado-, nunca podrá ir más allá de lo razonable. Tampoco pueden suponer unos requisitos que nada tienen que ver con el objeto del contrato, porque serán declarados injustificados.

Cuando el órgano de contratación ha decidido que el requisito del volumen de negocios mínimo se va a establecer en un nivel superior, el informe específico o la documentación de la licitación debe incluir una indicación de las principales razones que explican la elección hecha por el poder adjudicador.

Los órganos de contratación pueden requerir a los operadores toda la información que estimen suficiente para llegar a tomar estas decisiones. Por ello podrá versar, por ejemplo, sobre la ratio entre el activo y el pasivo de sus cuentas anuales. Ya que una ratio positiva, en la que se muestran niveles superiores de

activo que de pasivo, ya es un indicio o prueba adicional, de que la capacidad financiera del operador económico será suficiente.

En el caso de las concesiones de obras y de las concesiones de servicios, donde se pueden identificar fases para la ejecución sucesiva, y que requieren medios y capacidades distintas, permite la LCSP que el órgano de contratación pueda diferenciar requisitos de solvencia diversos para cada fase. Será responsabilidad del operador acreditar la solvencia con anterioridad al momento de ejecución de cada una de las fases. El riesgo de resolución del contrato surge si, por causa no imputable a la Administración, no se acredita suficientemente la solvencia antes de la ejecución de cada fase.

IV La integración de la solvencia con medios externos

Como regla general, y durante muchos años se entendió que en una UTE los requisitos de solvencia tenían que concurrir en todos y cada uno de los operadores que se presentaban a la licitación.

En particular, si así lo había establecido el pliego de cláusulas administrativas de la licitación. Pero hoy ha quedado asentada una interpretación distinta, que también permite apreciar, de forma acumulativa e integradora, entre todos los miembros de la UTE, la solvencia requerida.¹⁴

Un pronunciamiento reciente contenido en la Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 ha venido a clarificar y puntualizar alguna cuestión relativa a los medios externos para la acreditación de la solvencia. No obstante, repasaremos previamente otros puntos que traen causa de reiterados pronunciamientos de los tribunales de recursos contractuales.

El informe 3/2019, de 3 de abril de 2019, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía matiza sobre la acumulación de la solvencia técnica o profesional y económica y financiera, acreditadas por cada una de las empresas que componen una UTE que: *“El artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece, en relación con las uniones temporales de empresarios que [...] 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 ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características*

¹⁴ Como es conocido, la posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades es una posibilidad que quedó sentada desde los años noventa, con una construcción jurisprudencial del TJUE, desde las Sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (asuntos C-389/92 (TJCE 1997, 286) y C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV*), y Sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-176/98, *Holst Italia*).

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”.

En el régimen anterior a la LCSP del año 2017, la motivación era idéntica, como se aprecia en la Resolución 556/2013 del TACRC: *“este Tribunal ha entendido que uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales. Por tanto, el criterio general es el de la acumulación”.*

Por lo tanto, la constitución de una UTE no tiene por qué inducir a error en cuanto a la forma de acreditar la solvencia.

En ningún caso se exonera la acreditación de los requisitos de aptitud para contratar, pues deben indicar las empresas si disponen de los requisitos legales para contratar con la Administración pública siempre. Cosa distinta es que deba adjuntar una excesiva burocracia hoy innecesaria en procedimientos concretos.

Tampoco cabe incurrir en el error de interpretar el órgano de contratación que si ha omitido la previsión en los pliegos de esta posibilidad de integración por medios externos, cabe impedir acudir a ella. Es el supuesto de la Resolución 91/2017 del OARC de Euskadi: *“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”* y esto es así, porque lo reconoce directamente la LCSP.

Relevante resulta también precisar la importancia que tiene que la empresa comunique al órgano de contratación su intención de integrar la solvencia con medios externos o no. Como examina la Resolución del TACRC número 1008/2022, de 2 de septiembre: *«Este Tribunal llama la atención sobre la importancia de que el DEUC, al conformar parte esencial de toda proposición, sea cumplimentado debidamente pues su contenido vincula al licitador autor del mismo y su posible alteración choca frontalmente con el principio de inmodificabilidad de las ofertas. Habiendo declarado así el adjudicatario de los lotes 1 y 2 en el DEUC que integra su oferta que reúne todos los criterios de selección exigidos, que no va a recurrir a la capacidad de otras entidades externas, así como que no va a subcontratar, se hace preciso que aquél acredite que cuenta con la preceptiva habilitación [...]».*

No cabe duda que todo operador conoce que para contratar con las administraciones públicas, debe disponer de “aptitud para contratar” (que incluye la personalidad jurídica, capacidad de obrar, los requisitos de solvencia y la honorabilidad). En la medida en que las UTEs carecen de personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia -al igual que el de clasificación cuando es obligatoria-, la habilitación profesional y la ausencia de prohibiciones de contratar, se refiere a la de los miembros que la conforman.

Es doctrina reiterada que, en los supuestos que concurren empresas agrupadas en UTEs procede la acumulación de las capacidades de cada uno de sus miembros.

En cuanto a la solvencia, la regla general es la de la acumulación, y en caso de exigir clasificación, lo que resulta de aplicación es lo dispuesto por el artículo 52 RGLCAP.

El mencionado informe 3/2019 de 3 de abril de 2019, destacó que: *“sería posible acumular las solvencias técnicas y económicas acreditadas por cada una de las empresas que componen una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma alguna de las solvencias, económica o técnica, exigidas en el PCAP y además, alguna de ellas no acredita un mínimo de alguna de las dos solvencias (económica o técnica) [...] la finalidad última que se pretende con la regla de la acumulación es sumar la capacidad y la solvencia de todos y cada uno de los integrantes de una UTE y que cada uno de los integrantes debe acreditar su capacidad y solvencia, la que tenga, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el propio RGCAP. Si de esa suma, de la acumulación de las mismas, resultase que la UTE cumple con la capacidad y solvencia exigida en el pliego podrá quedar garantizado que la empresa adjudicataria puede cumplir el objeto del contrato. Por tanto, puede deducirse de todo lo anterior que sería posible acumular la solvencia técnica o profesional y económica y financiera acreditadas por cada una de las empresas integrantes de una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma la exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares pero sí entre todas ellas, y además alguna de ellas no acredita un mínimo de solvencia sea esta técnica o profesional o económica y financiera.”*

En el Tribunal Supremo se acoge esta postura sin fisuras. Por lo tanto, siempre que todos los integrantes cumplan un mínimo de solvencia exigida no debe incurrir la licitación en imponer requisitos desproporcionados, sin perjuicio de que para cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se contemple la suma total de todos los integrantes en la UTEs.

Quienes se presentan en UTE a la licitación son todos los empresarios agrupados, por tanto, la solvencia es la del conjunto de todos ellos, que responderán la mayor parte de las veces, solidariamente.

El art. 69 LCSP no debe ser objeto de una interpretación limitativa de la acumulación de las capacidades y solvencias agrupadas. Sino que debe ser entendido como una ponderación de las solvencias y capacidades que cada operador aporta al grupo. Es factible exigir una solvencia mínima a cada licitador de manera individual, pero a los efectos de cálculo de evaluar el cumplimiento del objeto del contrato la solvencia que debe ser examinada es la de la agrupación.

Ahora bien, precisó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el informe 2/2018, que difiere la integración de solvencia de un licitador que concurre en UTE con medios externos y el alcance de la integración y repercusión de la misma en la delimitación subjetiva del contrato. Se trata de la posibilidad que expresamente admite el art. 75 de la LCSP, y supone que: *«La integración de solvencia por medios externos alcanza a todos los aspectos de la misma, es decir,*

tanto solvencia económica como técnica, sin perjuicio de la posibilidad de limitación de dicho alcance por razón del carácter personalísimo de ciertos aspectos de la prestación. Esta posibilidad de limitación se reconoce expresamente en la nueva regulación de la materia requiriendo en todo caso su previsión en los pliegos. [...] Los medios externos que acreditan la solvencia de un licitador pasan a formar parte del concepto de “operador económico” que contrata con la administración y por ello deben estar integrados en el contrato.”

En esta línea la Resolución 743/2018, de 31 de julio, del TACRC indica que: *“existe al efecto una reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la posibilidad de integrar los requisitos de solvencia de la UTE en los integrantes de la misma; descartando que en puridad se trate de basarse en terceros para cumplir tales requisitos ya que si se trata de una UTE no serán terceros entre sí los que la integran puesto que falta el requisito de ajenidad para que pueda predicarse dicha “tercería” “Es por ello que el propio artículo 75 antes citado, al hablar de la acreditación de medios por terceros en caso de las UTEs señala que los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal, y reiteramos que no existe tal ajenidad en sus miembros integrantes.”*

El requisito imprescindible para que pueda tener lugar la acumulación, según criterio unánime de los tribunales de recursos contractuales es que se acredite por todas y cada una de las integrantes de la UTE el mínimo de solvencia (resoluciones 82/2012, de 1 de agosto, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid; 31/2012, de 2 de agosto Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; 96/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aporta precisiones al respecto el Acuerdo 76/2013, de 29 de noviembre, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, que recogía esta misma doctrina: *“basta para acreditar la solvencia en los casos de las UTEs con que reúna los requisitos exigidos en el PCAP una de las empresas que forman la UTE, en estos términos: “la mesa de contratación entendió que una de las empresas integrantes de la futura UTE ya cumplía los requisitos exigidos, motivo por el cual la debió dar ya por admitida, al ser conocido que basta que cumpla una de las empresas de la UTE las exigencias de solvencia. Basta recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, en la que, citando otras sentencias anteriores de 2 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, señala que -basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que entienda que dichos requisitos quedan cumplidos por la agrupación”.*

La cuestión de fondo es determinar si cabe acudir a medios ajenos para acreditar la solvencia en el contrato y en qué términos.

El artículo 52 de la LCSP señala que: *“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”*.

Se permite la acreditación de la solvencia de los licitadores mediante medios externos, y no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador, y siempre que éste demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de los medios necesarios para la ejecución del contrato.

En la jurisprudencia europea, la sentencia más emblemática fue la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998), asunto *Host Italia*, que manifestó: *“Procede señalar que el objetivo de las Directivas consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones, se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le perteneces, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas a él. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.”*

El vigente art. 63 de la Directiva 24/2014/UE prevé: *“Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera [...] y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional [...] un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales [...] o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto”*.

Queda reconocida expresamente esa posibilidad y se precisa que el órgano de contratación lo que podrá comprobar es si las entidades a cuya capacidad tiene intención recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes

o si existen motivos de exclusión. Por lo que podrá el órgano de contratación exigirle al operador económico que sustituya a una entidad que, si aquella no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o incurre en algún motivo de exclusión, no se admitirá por dichos motivos, pero no por acudir a la integración externa.

Cuando el operador económico recurre a las capacidades de otras entidades, el órgano de contratación puede imponerles que sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

No obstante, muchos de los extremos expuestos son discutidos, y algunos de ellos han sufrido una evolución considerable en los tribunales. Desde interpretaciones restrictivas a extensivas (cuando se trata de imponer requisitos) y viceversa (cuando se trata de admitir exclusiones).

En el pasado dominaba la interpretación restrictiva en la integración de la solvencia por medios externos.

En la actualidad se impone la corriente contraria, que mantiene una interpretación amplia, y que resulta acorde con la jurisprudencia europea y las directivas.

El alcance amplio permite que integrar con medios externos la solvencia, y la vemos coherente con la regulación del artículo 75.3 LCSP: *“Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.”*

Sin perjuicio de que, en cuanto a la ejecución de determinadas partes del contrato, se permita que en los pliegos se establezca la naturaleza especial de dichas partes de la prestación a los efectos de ser consideradas una condición intrínseca y personalísima que debe concurrir en el licitador.

Para tales casos procede el artículo 75.4 LCSP: *“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”.*

A la vista de la nueva regulación, no se admite una limitación a la posibilidad de integración de solvencia por medios externos si está injustificada o es desproporcionada. Sólo cuando el caso concreto justifica y motiva en el pliego e informe del procedimiento interno la especial naturaleza de las prestaciones o las partes de la misma que requieren limitar esa opción.¹⁵

¹⁵ Un ejemplo de requisitos de solvencia técnica que sí han sido declarados **“proporcionales y conformes a derecho”**, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, lo encontramos en la Resolución

Relevante un caso de integración resuelto por la Resolución número 33/2022 y número 148/2022 al advertir sobre la aplicación del art. 69.8 LCSP: *“antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento” [...]*

“No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar”.

No tendrá la consideración de modificación de la UTE la salida de una de las empresas si con ello no se altera la composición de la agrupación y por tanto, se cumple la aptitud para contratar.

En cambio, si la modificación es sustancial para la composición de los integrantes de la UTE o afecta a la totalidad, sí supone alteración que permite la exclusión de la UTE.

En el reciente pronunciamiento de 2022 del TJUE y la cuestión prejudicial planteada,¹⁶ sobre si el artículo 63 de la Directiva 2014/24, en relación con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, se opone a una normativa nacional que obliga a

1415/2021, de 21 de octubre. Se trataba de la adjudicación de un contrato de servicios para el asesoramiento y defensa jurídica de un Ayuntamiento. En el pliego de cláusulas administrativas particulares, en lo relativo a la solvencia profesional y técnica señalaba que: *“La solvencia técnica y profesional se acreditará mediante la relación de trabajos que, teniendo vinculación con el objeto del contrato, hayan sido realizados por el licitador en los últimos tres años, debiendo quedar acreditados, para poder ser admitido a la licitación, los siguientes extremos: a) Que el indicado período haya prestado servicios de asesoramiento en al menos un municipio de más de 10.000 habitantes, o en su caso, tres de más de 5.000 habitantes. La acreditación de estos extremos se deberá efectuar mediante la aportación de certificación administrativa acreditativa de los servicios prestados y de la población de derecho del municipio. b) Relación de principales trabajos ejecutados por los profesionales asignados por el licitador a la ejecución del contrato en el ámbito de su objeto, que en su conjunto alcance un mínimo, dentro de los últimos tres años anteriores a la licitación, de 90 procedimientos contencioso-administrativos en materia de función pública contratación, urbanismo y medio ambiente. La indicada relación deberá contener al menos el nombre del profesional actuante, número de procedimiento y Juzgado o Tribunal ante el que se sustanció el mismo. Esta relación de acreditar mediante la presentación de una Declaración Responsable por el licitador. Si la Mesa de Contratación así lo estimase, se podrá requerir al licitador la documentación justificativa de dichas intervenciones en los procedimientos correspondientes”.* Pese a que fue objeto de impugnación, y recurrido por entender los requisitos como desproporcionados, el TACRC explicó que el objeto del contrato y las características del mismo permiten y hacen conveniente que se establezcan esos condicionantes y se pongan en relación con el número de habitantes del municipio. Aunque se admitió por el TACRC que se trataba de una medida que limita la competencia, al exigir una experiencia se trata de una limitación proporcionada porque obedece a una razón de garantizar la satisfacción de las prestaciones objeto del contrato.

¹⁶ La pregunta literal fue: *“¿Se opone el artículo 63 de la Directiva [2014/24], relativo al recurso a las capacidades de otras entidades, en relación con los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios proclamados en los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, a la aplicación de la normativa nacional italiana en materia de “criterios de selección y [de] subsanación de defectos de tramitación” que figura en la [tercera] frase del apartado 8 del artículo 83 del [Código de Contratación Pública], con arreglo al cual, en caso de recurso a las capacidades de otras entidades [institución regulada en el artículo 89 del (Código de Contratación Pública)], la empresa representante deberá cumplir en todo caso los requisitos y ejecutar las prestaciones en una proporción mayoritaria?”*

una empresa representante, en una agrupación de operadores económicos -para nosotros, una UTE-, a ejecutar las prestaciones del contrato en una proporción mayoritaria, resolvió que supone un requisito contrario al Derecho europea sobre contratos públicos y libertades del Tratado.

Es sabido que el artículo 63.1 de la Directiva 2014/24/UE permite que un operador económico pueda recurrir a las capacidades de otras entidades, en relación con la acreditación de la solvencia económica y financiera, y los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional. Se permite que esto suponga concurrir en las mismas condiciones, cuando la agrupación de operadores económicos recurre a las capacidades de los participantes en la agrupación o incluso a la de otras entidades.

Por otra parte, en el art. 63.2 indica que, para determinados tipos de contratos, entre ellos los contratos de servicios, *«los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos [...], por un participante en esa agrupación»*.

Pues bien, al imponer a la empresa representante de la agrupación de operadores económicos la ejecución de las prestaciones *«en una proporción mayoritaria»* entre todos los miembros de la agrupación, es decir, la ejecución de la mayoría de las prestaciones estipuladas en el contrato, la normativa interna del Estado miembro italiano¹⁷ introdujo un requisito más riguroso que el previsto en la Directiva 2014/24, que se limita a autorizar al poder adjudicador a establecer, en el anuncio de licitación, que determinadas tareas críticas serían efectuadas directamente por un participante en la agrupación de operadores económicos.

La conclusión a la que llega el TJUE es clara: *«A pesar de las ligeras diferencias existentes entre las versiones lingüísticas de la Directiva 2014/24, de los términos «determinadas tareas críticas» utilizados en varias versiones lingüísticas de esta Directiva, entre ellas las versiones alemana («bestimmte kritische Aufgaben»), inglesa («certain critical tasks»), neerlandesa («bepaalde kritieke taken») y rumana («anumite sarcini critice»), así como de los términos «determinadas tareas esenciales» utilizados en otras versiones lingüísticas de la referida Directiva, entre ellas la francesa y la italiana («taluni compiti essenziali»), se deduce claramente que la voluntad del legislador de la Unión, de conformidad con los objetivos enunciados en los considerandos 1 y 2 de la misma Directiva, es limitar lo que puede imponerse a un solo operador de una agrupación, siguiendo un criterio más cualitativo que cuantitativo, con el fin de favorecer la participación de agrupaciones como las asociaciones temporales de pequeñas y medianas empresas en los procedimientos*

¹⁷ Vid. el artículo 83, apartado 8, del Código de Contratación Pública italiana, aprobado por el Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 — *Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016)*.

de contratación pública. Un requisito como el enunciado en el artículo 83, apartado 8, tercera frase, del Código de Contratación Pública, que se extiende a las «prestaciones en una proporción mayoritaria», contraviene tal criterio, traspasa los límites de los términos precisos utilizados en el artículo 63, apartado 2, de la Directiva 2014/24 y, por lo tanto, menoscaba el objetivo perseguido por la legislación de la Unión en la materia de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible y facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C27/15, EU:C:2016:404, apartado 27).

No se admite una regulación nacional como la establecida por la legislación nacional italiana según la cual se podían imponer a los operadores de una agrupación, unos requisitos más restrictivos de la competencia de lo que admite el Derecho de contratos públicos de la UE.

El asunto ha venido a resolver aquellos casos en los que, para ejecutar el contrato, la solvencia se ha acreditado mediante una UTE, o una agrupación de operadores, y se impone un reparto inequitativo de cargas. Supone un obstáculo restrictivo de la competencia que no estará justificado. La normativa italiana permitía a los poderes adjudicadores imponer la ejecución de la mayoría de las prestaciones a uno solo de los miembros de la agrupación o UTE.

V Los problemas de la solvencia desproporcionada

En todas las fases que conducen a la adjudicación de un contrato público se presentan oportunidades para que el poder adjudicador favorezca el acceso de las PYMEs a la contratación pública.

El posible incumplimiento de las normas reguladoras de la contratación pública por parte de los poderes adjudicadores presenta un mayor riesgo en las licitaciones del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. Compartimos la advertencia de Vázquez Matilla sobre este extremo, cuando se trata de licitaciones financiadas con fondos europeos, especialmente con los NEXTGENERATION-UE por las consecuencias graves que conlleva las correcciones financieras, cuando éstas se deben al incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública.¹⁸

Es la Estrategia Nacional de Contratación Pública se incluyó la obligación de promover la participación de las PYMES en la contratación pública (art. 334.2.f LCSP), y por ello, todos los poderes adjudicadores deben articular una estrategia para facilitar el acceso de las PYMES a la contratación pública.

¹⁸ Vid. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *Contratación práctica núm. 177, op.cit.* p. 2. Un estudio sobre la normativa estatal y autonómica para la ejecución de estos Fondos NEXTGENERATION UE, y el R.D-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación transformación y resiliencia en PINTOS SANTIAGO, J. (Dir.), *El nuevo instrumento Next Generation UE*, Aranzadi, 2022.

En el Derecho de la UE se proscribe con la claridad los casos de desproporción en cuanto a los requisitos de solvencia. En el Considerando (83) de la Directiva 2014/24/UE: *“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las pymes en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato”*.

En el artículo 87.1. letra a) LCSP se prevé que las exigencias de solvencia deben ser proporcionadas a la cuantía y características de cada lote del contrato. Se trata de un precepto que permite al órgano de contratación impulsar la flexibilización de las reglas de acreditación de solvencia para las PYMES, y adoptar medidas de adaptación según la naturaleza y contenido de cada lote concreto.

En el caso de las empresas de nueva creación, que en su mayoría pueden ser PYMES, los arts. 88 y 89 de la LCSP lo que prevén son ciertas medidas que facilitan su participación en los procedimientos de licitación.

Se trata de facilitar a semejantes empresas la acrediten de su solvencia por recursos y no por experiencia en contratos previos.

En cuanto a la identificación de cuando los requisitos de solvencia son desproporcionados, y que en todo caso se deberían evitar situaciones así, resulta oportuna la Resolución 86/2019, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en la que se advierte cuando el criterio de solvencia es proporcional al objeto del contrato, y el alcance de este concepto jurídico indeterminado.

Los parámetros establecidos en el pliego deben ser objetivamente admisibles, y guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, pero no es posible en abstracto imponer un porcentaje o una cuantía, porque podría vulnerar la concreta proporcionalidad en determinados casos.

La proporcionalidad es el parámetro más relevante y viene dado por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato, así como por la dimensión económica que, junto a las otras circunstancias concurrentes, permiten concretar la solvencia. Una exigencia desproporcionada de solvencia afecta a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en la Resolución 58/2014, de 1 de octubre analizó sobre el requisito de *“proporcionalidad necesaria”* dentro de la exigencia de solvencia, con rotundidad: *“[...] en el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, existe el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, y éste alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo concretó los presupuestos sobre los que queda asentado el principio de proporcionalidad: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que se puede calificar como justificación teleológica.

El primero, exige que toda medida restrictiva de acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad.

Junto a la proporcionalidad, la transparencia debe estar presente en el momento de fijar y aplicar los criterios de solvencia, los de adjudicación y los de exclusión de ofertas o licitadores. La adjudicación del contrato se ha de ajustar a las normas del procedimiento, y estas normas deben respetar los principios de no discriminación y de igualdad de trato.¹⁹

La idoneidad de los contratos y los requisitos de solvencia deben quedar modulados por los principios básicos de la contratación del sector público.

Imponer unos requerimientos de solvencia desmedidos equivale a una restricción a la competencia que no podrá quedar justificada por los objetivos perseguidos con la licitación.

Junto a la imposición de criterios desproporcionados de solvencia, también resultan contrarios a los principios de transparencia e igualdad, los casos en los que se imponen medios para acreditar la solvencia de difícil entendimiento o de imposible acreditación, en especial si afectan a PYMEs.

Se rechazan igualmente aquellos requisitos de solvencia que atentan contra la seguridad jurídica o la igualdad en el acceso a la licitación como ocurrió con el caso que resolvió el TACRC en la Resolución 1086/2022, de 21 de septiembre. El órgano de contratación no motivó suficientemente en ninguno de los documentos que conformaban el expediente de contratación, por qué se refería específicamente a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y a los Ingenieros Técnicos de obras, suprimiendo expresamente la expresión «equivalentes», pese a que los servicios licitados consistían en la conservación y mejora de una serie de cauces hídricos, objeto del contrato que podía ser ejecutado también por los Ingenieros de Montes, que fueron los que recurrieron los pliegos.

Importante también para respetar la igualdad es el momento en el que debe acreditar la solvencia el empresario, ya que una vez finalizado el plazo de presentación de las ofertas, no es admisible ninguna clase de cumplimiento sobrevenido o acreditación sobrevenida en cuanto a la capacidad o solvencia. En este sentido resolvió el TACRC en la Resolución 1034/2022, de 9 de septiembre que: «[...]

¹⁹ *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000.

lo que realmente ocurre en este caso, en el que el recurrente declara que posee solvencia en el momento de presentar la oferta y, posteriormente, una vez resulta propuesto como adjudicatario, declara que no es así, que necesita completar su solvencia técnica con otra entidad. Por lo tanto, no se puede subsanar omisiones en las que el licitador ha incurrido en el momento de la cumplimentación del DEUC presentado, cuando del mismo no se puede deducir un error subsanable, pues es posible y compatible con el art. 74 de la LCSP subcontratar parte de la prestación sin necesidad de integrar la solvencia por medios externos».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de sala cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) alude a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual. Bien porque sea evidente que requieren una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.

Los principios de igualdad y transparencia no son los únicos principios que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar las controversias que acompañan a la valoración de los criterios de solvencia. Si bien, el fundamental y determinante sí es el de proporcionalidad.

En numerosas Resoluciones del TARC se advierte de las consecuencias que tiene la exclusión de los licitadores por falta de acreditación de requisitos de solvencia, en particular si se trata de PYMEs, ya que realmente les resultan gravosas, y por ello deben ser de interpretación restrictiva las exclusiones subsanables. Se deben limitar a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe.

Esta es la interpretación que se desprende del art. 157 de la LCSP, relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, donde la mayor atención debe ponerse en los siguientes fragmentos: “**1. La Mesa de contratación calificará la documentación [...] Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario. [...]** 4. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en **acto público, salvo** cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. 5. Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos **informes técnicos** considere precisos [...]”²⁰

²⁰ El TACRC ha señalado en la Resolución 205/2011, de 7 de septiembre, siguiendo el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), que: “la contratación

El principio de igualdad supone que: *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que *“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”*, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse ***“ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados”*** (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que *“se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”*.

De la muestra representativa de pronunciamientos de los tribunales de recursos, resulta evidente la falta de automaticidad del efecto excluyente. Tanto si es por cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas, como por otros subsanables. La exclusión de un licitador por una inclusión indebida de la documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto ni automático,²¹ y toda vez que no basta cualquier vicio en el procedimiento para generar la nulidad del acto de adjudicación: *“siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal.”*²²

Por último, es conocida la doctrina reiterada de los tribunales de contratación relativa a la valoración de la experiencia, como criterio de adjudicación, donde lo primordial es que dicho criterio se aplique de modo diferente al requisito de solvencia. Lo que resulta inadmisibles es que suponga un doble rasero que convierta en desproporcionada la solvencia. Sólo será válido el criterio de la experiencia, si es de mínimos y está justificada su proporcionalidad para garantizar el ejecución del objeto del contrato.

administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos”.

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descartó con la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa, sino que admitía todas las ofertas que cumplían con las prescripciones técnicas. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, declaró la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 ó 2 de los documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia, el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante.

²² Vid. la Resolución del TACRC 233/2011.

En la Resolución 494/2019, de 9 de mayo de 2019, se admitió que la experiencia del personal incidía en la prestación del objeto del contrato debido a que: *«la complejidad de la obra, que deviene en la necesidad de que el equipo técnico disponga de un alto grado de conocimiento y experiencia que requiere la ejecución del proyecto, lo que afecta de modo determinante a la calidad de la ejecución del contrato»*. Pero exclusivamente porque la complejidad de las tareas que comprende el objeto del contrato ha servido para justificar la validez de un criterio de valoración basado en la experiencia del personal del contratista, en tal caso se consideró proporcionado y admisible.

En los servicios de asistencia jurídica, se han planteado varios pronunciamientos. En la Resolución 1396/2020 del TACRC, de 30 de diciembre de 2020: *«por tanto, el PCAP si establece como criterio de adjudicación la experiencia referida al personal que va a ejecutar el contrato y por tanto, dada la naturaleza del servicio, de asesoría y asistencia letrada, es claro que la experiencia del personal puede afectar de manera significativa a su mejor ejecución, lo que responde a lo establecido por el art. 145.2.2º de la LCSP»*.

En la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2020 se declaró conforme a derecho la inclusión de un criterio de adjudicación que valoraba la experiencia de un técnico del contratista encargado de la redacción de un instrumento de planeamiento (pues ese era el objeto del contrato), porque estaba directamente vinculado con el objeto del contrato y resultaba proporcionado atendiendo a la calidad de la prestación. En palabras de la AN, dicho perfil profesional: *«aporta la experiencia adicional que constituye un plus de calidad que afecta directamente a la calidad profesional de la prestación y, por lo tanto, al objeto del contrato»*.

En cambio, un importante grupo de pronunciamientos de los tribunales de recursos contractuales entienden que concurre un vicio de nulidad por sobrevaloración de la solvencia o doble valoración de la misma, como requisito de capacidad y criterio de adjudicación, cuando falta la justificación y motivación en el expediente. La deficiente motivación tiene la entidad suficiente para viciar de nulidad un criterio de adjudicación basado en la experiencia.

Se declaran inadmisibles las justificaciones implícitas, acerca de la experiencia del personal como criterio de evaluación de las proposiciones, y las operaciones deductivas del contenido de otras cláusulas del pliego, porque en ninguno de esos casos se respetarían los límites marcados de la proporcionalidad y motivación suficiente de la vinculación al objeto del contrato.

En definitiva, no es posible admitir una justificación implícita de la experiencia del personal como criterio de evaluación de las proposiciones, ni mediante deducción del contenido de otras cláusulas del pliego referidas a extremos diferentes, porque

faltaría la motivación suficiente y necesaria, junto a la proporcionalidad y el requisito de vinculación con el objeto del contrato.

VI Conclusiones

El mandato contenido en las Directivas de contratación del sector público y dirigido a los poderes adjudicadores de los Estados miembros es claro: deben dar ejemplo y facilitar, para que con ello aumente, la participación de las PYMEs y de las micro-empresas a la contratación pública.

Un forma adecuada es simplificar el acceso a la información de las licitaciones, como también lo es la difusión de los procedimientos, pero más importante es evitar requisitos desproporcionados y prácticas discriminatorias cuando se impongan requisitos y medios para acreditar la solvencia.

Cuando se imponen exigencias o cualificaciones más allá de lo necesario para garantizar la ejecución del objeto del contrato se están vulnerando las libertades de circulación de los factores productivos dentro del mercado interior.

A mi juicio se precisa una interpretación abierta sobre los requisitos legales sobre la acreditación de la solvencia. Hemos comprobado que no es precisa una relación directa y completa de la solvencia con el objeto social en los casos de requisitos profesionales, pues basta una vinculación parcial con las prestaciones concretas que son parte del objeto del contrato, para que se tenga por cumplido el requisito de solvencia técnica o profesional.

La práctica demuestra que lo acertado es que sean los pliegos los que detallen con claridad y minuciosidad el elenco de posibles medios y documentos válidos para acreditar los requisitos legales. De esta manera se garantizan los principios de publicidad, igualdad y transparencia.

Los casos en los que se exige la experiencia como requisito de solvencia, debe quedar claramente justificado en el expediente su vinculación con el objeto del contrato y la proporcionalidad que existe entre este requisito y el resultado esperado con la ejecución del contrato, de lo contrario se incurre en desproporcionalidad. Si además se trata de una licitación para la ejecución de fondos NextGenerationUE las consecuencias son más graves, como es sabido.

Los límites a la discrecionalidad, como no puede ser de otra manera, son los elementos reglados, en contratación pública: los principios generales de la contratación pública, la salvaguarda de la libre concurrencia, la no discriminación entre operadores, la obligada igualdad de trato entre los candidatos.

Hay proporcionalidad cuando el órgano de contratación ha elegido la medida menos restrictiva de las libertades. Es obligado motivar la necesidad presente en el caso concreto, para proteger un bien de interés público.

Sobre la integración de la solvencia por medio de terceros, y la posibilidad de la subcontratación, indispensable la jurisprudencia reiterada del TJUE que advierte que son mecanismos que facilitan el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

Y lo más importante, cuando se pretenda restringir o limitar alguna de estas opciones -la integración por medios externos o la subcontratación-, es que en ningún caso podrá quedar prohibida de manera abstracta o carente de justificación. Se debe incluir una motivación sobre la necesidad de la restricción, y que ésta quede acreditada en el expediente, junto a las razones por las cuales será eficaz la limitación en el caso concreto.

Referencias

FUENTES I GASÓ, J.R, *La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

GIMENO FELIU, J.M.^º, “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, REALA. Nueva Época, núm. 7, 2017, p. 45 y ss.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., “Integridad en la contratación pública: patologías al uso. A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^º, GALLEGU CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A., en *Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, núm. monográfico especial, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 253 a 263.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «Una Ley de contratos públicos para tiempos de crisis», *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 38, septiembre 2021, p. 31 a 41.

MEDINA ARNÁIZ, T. “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^º, GALLEGU CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J.A., *Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, núm. monográfico especial, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 383 y ss.

MORENO MOLINA, J.A., “Globalización en el derecho de la contratación pública”, en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol. II, Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 1.743 y ss.

NICOLÁS LUCAS, A., “Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia”, *REALA* núm. 12, 2019, p. 26 a 51.

PINTOS SANTIAGO, J. (Dir.), *El nuevo instrumento Next Generation UE*, Aranzadi, 2022.

PINTOS SANTIAGO, J. y FERNÁNDEZ UCEDA, M.^ºD., «Requisitos de solvencia en unión temporal de empresarios: Individuales, acumulativa y externa», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 30, 2022, p. 247 a 256.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^º, “Los principios generales de la contratación pública”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 181 y ss.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *Contratación práctica* núm. 177, Wolters Kluwer, 2022, pp. 1 a 10.

VILLAR ROJAS, F.J., “La potestad de secuestro o de intervención del servicio público”, en *Revista de Administración Pública* núm. 212, 2020, pp. 87 a 112, DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.03>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRANCO ESCOBAR, Susana Eva. La elección de los criterios de solvencia económica y financiera, técnica o profesional por los órganos de contratación en el Estado español: algunas prevenciones para evitar incurrir en desproporcionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 11-37, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1718.
