

# El nuevo régimen de la subcontratación como pieza fundamental de los principios de concurrencia y fomento del acceso de las PYMEs a la contratación pública

**Nicolás Martín Alonso**

*Abogado*

*Director de HQS Consultores*

*Master en Derecho de la Unión Europea*

*Diplomado Experto Universitario en Contratación Pública*

**RESUMEN:** El presente artículo aborda el régimen normativo de la subcontratación que se consagra con la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, según el cual permitirle ha pasado de ser una simple facultad la Administración a ser un derecho de los licitadores que deriva directamente los principios y libertades fundamentales de la contratación pública.

**PALABRAS CLAVE:** *subcontratación, contratos del sector público, concurrencia, libertad de establecimiento, tareas críticas*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSTURA TRADICIONAL SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN. 3. LA POSTURA ACTUAL: LA SUBCONTRATACIÓN COMO DERECHO DEL LICITADOR QUE FOMENTA LA LIBRE CONCUERRENCIA, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4. LA SUBCONTRATACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS DENOMINADAS TAREAS “CRÍTICAS” O “ESENCIALES”. 5. LA PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATAR Y EL RECUSO A MEDIOS DE TERCEROS. 6. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA 21/2018, DE 31 DE MAYO. 7. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La figura de la subcontratación ha dado un giro copernicano que, sin embargo, ha pasado relativamente inadvertido en los análisis que se han realizado sobre la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Y la causa de ello es la lógica desde la que debe entenderse la subcontratación actualmente: ha pasado de ser una mera facultad del órgano de contratación sin mayor trascendencia en fase de licitación, a ser uno de los pilares para el fomento de la competencia y de un mayor acceso de las pymes a la contratación pública, objetivos confesos del nuevo régimen normativo.

Curiosamente juega un papel tanto o más relevante a estos efectos que una de las medidas “estrella” que trajo la Directiva 2014/24/UE: la división del objeto del contrato en lotes.

No en vano, ya se han anulado pliegos por el mero hecho de no justificar en el expediente el motivo por el que no se permite la subcontratación (Resolución de la Comisión Jurídica de Extremadura 7/2017, de 2 de marzo, que analizaremos más adelante).

De ahí la importancia de conocer el alcance del nuevo régimen aplicable a esta figura y de cómo articularla correctamente en los pliegos de contratación.

## 2. LA POSTURA TRADICIONAL SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN

Como punto de partida, conviene referir que el Considerando 32 de la Directiva 2004/18/CE ya aludía a la subcontratación en clave de acceso de pymes a la contratación pública:

*Con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación.*

Sin embargo el art. 25 de la referida Directiva simplemente decía:

*En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.*

*Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.*

El TJUE se pronunció sobre dicho precepto en su Sentencia de 10 de octubre de 13, asunto C-94/12, apartado 31, en los siguientes términos:

*Dicha constatación se ve corroborada por varias disposiciones de la Directiva 2004/18. De ese modo, el artículo 48, apartado 2, letra b), de ésta contempla el recurso a personal técnico u organismos técnicos, indistintamente, ya estén éstos integrados o no en la empresa del operador económico de que se trate, pero de los que dispondrá para la ejecución de su obra. Del mismo modo, la letra h) del citado apartado 2 menciona la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá el contratista para realizar su contrato, sin limitación alguna en cuanto al número de entidades que facilitarán dichos medios. También en el mismo sentido, el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva autoriza a las agrupaciones de operadores económicos a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos sin establecer limitación alguna en cuanto a la acumulación de capacidades, al igual que el artículo 25 de la citada Directiva contempla el recurso a la subcontratación sin mencionar ninguna limitación a este respecto.*

Es decir, relacionándolo con los derechos de los licitadores a hacer uso de medios de terceros.

A nivel interno sin embargo la perspectiva de la subcontratación era distinta: la subcontratación no es tanto un derecho de los operadores económicos, sino que permitirla o no es una facultad del órgano de contratación, que no requería de mayores justificaciones.

Así, por ejemplo, la RTACRC 187/2012, de 6 de septiembre,

*Sobre la cuestión aquí discutida (prohibición de subcontratar) este Tribunal ya se ha pronunciado en su resolución 158/2012 de 30 de julio (recurso 139/2012), señalando que: “Al margen de ello, es cierto que de permitirse la subcontratación habría podido facilitarse el principio de libre concurrencia. Sin embargo, la Ley faculta a la Administración contratante para no permitir la subcontratación al decir el artículo 227.1 de la Texto Refundido antes citado que “el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario”. En consecuencia al no permitir la el pliego de cláusulas administrativas particulares, a través de su cuadro de características del Anexo 1, no ha hecho sino recoger una facultad legalmente reconocida al órgano de contratación...*

Con meridiana claridad, la RTAC de Castilla y León 95/2014, de 30 de diciembre, recoge,

*...la posibilidad de que el PCAP no admita la subcontratación se encuentra amparada en el artículo 227 del TRLCSP.*

Es cierto que podemos encontrar algún pronunciamiento más acorde con la lógica comunitaria, por ejemplo, en la Recomendación 2/2013 de la JCCA de Aragón, de 25 de noviembre de 2013,

*La subcontratación es un derecho del contratista a contratar externamente la ejecución de parte del contrato; pero tal derecho, en el ámbito de la contratación pública, no es absoluto, por cuanto en aras del interés público en la ejecución, la ley habilita a la Administración contratante para que prohíba en ocasiones la subcontratación. Esta decisión en todo caso deberá estar suficientemente motivada en la resolución de inicio del expediente, por tratarse de una excepción a la regla general.*

*El artículo 227.1 TRLCSP, además de prever la posibilidad de prohibición expresa de la subcontratación en el contrato o en los pliegos, prevé también una segunda excepción a la regla general de admisión de la misma en los supuestos de contratos que «por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario». Este supuesto parece incluir necesariamente aquellos contratos en el que el adjudicatario lo sea por su condición personalísima. No obstante, ante la indeterminación de este segundo bloque de supuestos, y para evitar dudas interpretativas sobre su naturaleza, resulta recomendable la exclusión expresa en los pliegos de la posibilidad de la subcontratación, si esa es la voluntad del órgano de contratación.*

Si bien no parece que haya sido la línea seguida por el TACRC, que por ejemplo en su Resolución 1172/2015 –ya publicado el nuevo paquete de Directivas comunitarias de contratación pública– se pronunció al respecto en los siguientes términos:

*En cuanto a la subcontratación, señala el artículo 227.1 del TRLCSP que “el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario”. Sobre la cuestión prohibición de subcontratar este Tribunal ya se ha pronunciado en sus Resoluciones nº 158/2012, de 30 de julio, y nº 520/2013, de 14 de noviembre.*

*Así dijimos en nuestra Resolución nº 520/2013: “En consecuencia, es posible afirmar que la Ley con carácter general admite la posibilidad de subcontratar, pero siempre que la subcontratación no aparezca expresamente vetada en los PCAP (...) o en el contrato, o que resulte implícita la prohibición por deducirse de su naturaleza y condiciones que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el contratista, (...).*

*Cuestión distinta es que para aquellos casos en los que de la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que el mismo no tenga necesariamente que ser ejecutado directamente por el adjudicatario, resulte aconsejable –que no obligatorio– que se permita la subcontratación.*

*De forma análoga, entiende este Tribunal que, dada la posición favorable que inspira la normativa comunitaria (así por ejemplo, en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica 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), resulta igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley” En el presente caso pues, sin perjuicio de la conveniencia, que reiteramos, de justificar en el expediente la prohibición total de contratación, nada obsta a que pueda establecerse al ser una facultad del órgano de contratación.*

Motivos que reproduce en su posterior resolución 1030/2017, de 3 de noviembre.

Para el TACRC parece aconsejable –que no obligatorio– permitir la subcontratación, y resulta conveniente –que no obligatorio– justificar en el expediente la prohibición total de subcontratar.

Y con relación al posible efecto restrictivo de la competencia, dice la citada Resolución 1172/2015:

*...como ya pusimos de manifiesto al transcribir la Resolución nº 657/2014, de 12 de septiembre, al igual que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma una restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre pueden concurrir en unión temporal de empresas, igualmente no es un obstáculo la prohibición de subcontratación por existir aquella posibilidad de asociación temporal.*

### **3. LA POSTURA ACTUAL: LA SUBCONTRATACIÓN COMO DERECHO DEL LICITADOR QUE FOMENTA LA LIBRE CONCURRENCIA, PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Anunciábamos antes que se habían llegado a anular pliegos por no justificar debidamente en el expediente la prohibición de subcontratar, con cita en la Resolución 7/2017, de 2 de marzo, de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Se trata de un procedimiento para la contratación

del servicio de impresión y personalización de títulos universitarios oficiales, del suplemento europeo al título y sus copias digitales auténticas.

Pues bien, los pliegos que rigen la contratación del referido servicio son impugnados por considerar el recurrente que sus cláusulas restringen la libre competencia y la igualdad de trato entre los licitadores, al establecer que la empresa que quiera licitar debe ser prestador de servicios de certificación. Además de tener que encontrarse inscrita en el Registro de Entidades Certificadoras, los servicios inherentes a la autoridad de certificación no pueden ser subcontratados, de tal manera que solo pueden ser ofertados por una empresa concreta.

La Comisión, tras citar los vigentes artículos 71.2 y 63.2 de la Directiva 2014/24/UE, y con base en el criterio interpretativo que del apartado 1 del artículo 227 del TRLCSP hace la Sentencia de 7 de mayo de 2014 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, a la que alude la Resolución 94/2014, de 30 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, y la Resolución 398/2015, de 17 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, dispone:

*“es cuestión pacífica que permitir (la Subcontratación) es la regla general tal y como se deduce del artículo 227.1 del TRLCSP pues fomenta la competitividad y la libre concurrencia, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública.*

*De esta manera prohibir lo que es regla general cabe en dos supuestos: que el contrato o los pliegos establezcan esa prohibición o que la imposibilidad de subcontratar venga dada porque el contrato, por razón de su naturaleza y condiciones, deba ser directamente ejecutado por el adjudicatario”.*

*“(…) Por tanto, del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está determinada ex lege –que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada –que lo prevea el contrato o los pliegos-, pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego*

*contrastable”.*

Y continúa:

*Sin embargo no emite argumentación justificativa sobre la prohibición de subcontratar el órgano de contratación en el informe evacuado en trámite de alegaciones, y no efectúa ninguna motivación sobre la prohibición de subcontratar, en la documentación preparatoria del contrato.*

Para terminar concluyendo:

*En consecuencia con todo lo anterior, este Tribunal considera que no se encuentra justificado y se infringe, por ello, lo dispuesto sobre subcontratación en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y en el apartado 1 del artículo 227 del TRLCSP, siendo contrario a lo resuelto en la Sentencia de 7 de mayo de 2014 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, suponiendo una restricción del principio de libre concurrencia y discriminatorio para la igualdad de trato entre los licitadores.*

A diferencia de las anteriores resoluciones del TA-CRC, la Comisión extremeña parece exigir una motivación reforzada en el expediente sobre la prohibición de subcontratar, si bien cuando se refiere a que no emite argumentación justificativa sobre la prohibición de subcontratar el órgano de contratación en el informe evacuado en trámite de alegaciones, y tampoco efectúa ninguna motivación sobre la prohibición de subcontratar en la documentación preparatoria del contrato, parece dejar la puerta abierta a que pueda subsanarse esa falta de motivación en el expediente posteriormente, en sede de alegaciones ante la interposición de un recurso.

A ello se ha referido la Resolución 147/2017, de 10 de mayo, del TACP de la Comunidad de Madrid, cuando dice:

*Si bien las explicaciones que ofrece el órgano de contratación sobre la pertinencia de la subcontratación, no constan en el expediente administrativo, sino que se ofrecen en el informe preceptivo remitido al Tribunal, es cierto que no es necesaria una justificación preventiva tan exhaustiva como la ofrecida.*

*Ahora bien aunque nada se indica en el expediente al respecto, este Tribunal considera suficientemente justificado el carácter principal de la prestación de certificación de los títulos oficiales, inescindible de la propia emisión de los mismos, por lo que por economía procedimental debe considerarse suficientemente justificada la prohibición de subcontratación, sin necesidad de retrotraer el procedimiento para incorporar la justificación al expediente y sin que la exigencia se revele en este caso como restrictiva de la libre concurrencia.*

En mi opinión estas dudas –necesidad o no de motivación, y que conste en el expediente o en alegaciones posteriores– han quedado despejadas con la entrada en vigor de la LCSP, cuyo art. 215.2.e) ahora dispone:

*De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en 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 órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.*

#### **4. LA SUBCONTRATACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS DENOMINADAS TAREAS “CRÍTICAS” O “ESENCIALES”**

La citada Resolución 7/2017 de la Comisión Jurídica de Extremadura se refería a las “tareas críticas” en los siguientes términos:

*Esta excepción [prohibición de subcontratar] sería lo que la nueva Directiva expresa con el término “tareas críticas” y por ello deberán ser ejecutadas directamente por el propio licitador justificándose todo ello por el órgano de contratación en los pliegos y en el expediente de contratación.*

Refiriéndose al art. 63.2 de la Directiva 2014/24/UE:

*En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, 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 de las contempladas en el artículo 19, apartado 2, por un participante en esa agrupación.*

El TARC de Castilla y León también ha acogido esta postura. Así, en su Resolución 8/2015, de 21 de enero, dice:

*...de modo que lo que sí resulta posible es que el órgano de contratación establezca en los pliegos una limitación cualitativa a la subcontratación que afecte a una serie de partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas...*

Resultan de gran interés al respecto 2 importantes pronunciamientos del TJUE, que en mi opinión son las verdaderas delimitadoras del nuevo régimen aplicable:

- Sentencia de 14 de julio de 2016, asunto C-406/14.

Se plantea al TJUE la validez de una cláusula contenida en los pliegos de condiciones que establece que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios medios un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo (apartado 30).

En primer lugar, el Tribunal recuerda (apartado 32) que según la Sentencia de 10 de octubre de 2013, C94/12, la Directiva 2004/18 contempla mediante dicho artículo el recurso a la subcontratación sin mencionar ninguna limitación al respecto. Asimismo (apartado 33) el artículo 48, apartado 3, de dicha Directiva, en la medida en que establece la posibilidad de que los licitadores demuestren que reúnen unos niveles mínimos de capacidades técnicas y profesionales fijados por el poder adjudicador recurriendo a las capacidades de terceros –siempre que acrediten que, si el contrato se les adjudica, dispondrán efectivamente de los recursos necesarios para la ejecución del contrato que no son propios suyos– consagra la posibilidad de que los licitadores recurran a la subcontratación para la ejecución de un contrato, y ello, en principio, de manera ilimitada, sin perjuicio de lo cual (apartado 34) el poder adjudicador podrá prohibir el recurso a subcontratistas cuyas capacidades no haya podido comprobar al examinar las ofertas y al seleccionar al adjudicatario, para la ejecución de partes esenciales del contrato.

No obstante, con relación a la predeterminación de

un porcentaje en abstracto, dice (apartado 35):

*Sin embargo, una cláusula como la controvertida en el litigio principal tiene otro alcance, al imponer limitaciones al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría. Por todo ello tal cláusula resulta incompatible con la Directiva 2004/18, pertinente en el marco del litigio principal.*

Es decir, es la vocación de generalidad que supone establecer un porcentaje de la prestación a ejecutar por el contratista, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría, lo que resulta incompatible con el Derecho de la Unión.

En mi opinión esta sentencia supuso la ilegalidad sobrevenida del art. 227.2.e) del TRLCSP, que expresamente decía:

*Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.*

Ya que según concluía el Tribunal en el apartado 37 de la sentencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo.

- Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto C-298/15.

Esta sentencia trae causa, entre otras, de una previsión del derecho nacional lituano que disponía:

*Los documentos de la licitación deberán exigir a los candidatos o licitadores que indiquen en su oferta los subcontratistas [...] propuestos y podrán exigir*

*a los candidatos o licitadores que indiquen en su oferta la parte del contrato que el candidato o licitador tenga intención de subcontratar [...]. Cuando la subcontratación se refiera a la realización de obras, el adjudicatario estará obligado a realizar las obras principales tal y como las defina la entidad adjudicadora. [...]*

Pues bien, el TJUE considera que la citada previsión puede prohibir, obstaculizar o hacer menos atractiva la participación de operadores económicos establecidos en otros Estados miembros en el procedimiento de adjudicación o en la ejecución de un contrato público como el controvertido en el litigio principal, puesto que les impide, bien subcontratar con terceros todas las obras que la entidad adjudicadora califica de «principales» o parte de ellas, bien proponer sus servicios como subcontratistas para esa parte de las obras. Por tanto, dicha disposición constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (apartados 49 y 50).

No obstante continúa (apartados 51 a 56):

*Dicho esto, una restricción de este tipo puede justificarse en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que observe el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, EU:C:2005:644, apartado 25, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, apartado 44).*

*En el litigio principal, de los autos de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende, por una parte, que el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública pretende garantizar la correcta ejecución de las obras. En consecuencia, esta disposición se adoptó para impedir una práctica existente consistente en que los licitadores se basasen en determinadas capacidades profesionales con la única finalidad de hacerse con el contrato controvertido, no con la intención de ejecutar por sí mismos las obras, sino de confiar la mayoría o la casi totalidad de ellas a subcontratistas, práctica que afectaba a la calidad de las obras y a su adecuada ejecución. Por otra parte, al limitar la*

*subcontratación a las obras calificadas de «accesorias», el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública pretende incentivar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública como colicitadores dentro de agrupaciones de operadores económicos más que como subcontratistas.*

*Por lo que respecta, en primer lugar, al objetivo relativo a la correcta ejecución de las obras, hay que considerarlo legítimo.*

*No obstante, aunque no se excluye que tal objetivo pueda justificar determinadas limitaciones a la subcontratación (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom, C314/01, EU:C:2004:159, apartado 45, y de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C406/14, EU:C:2016:562, apartado 34), hay que considerar que una disposición de una normativa nacional como el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, en la medida en que prohíbe subcontratar, con carácter general, las obras que la entidad adjudicadora califique de «principales».*

*En efecto, esta prohibición se aplica cualesquiera que sean el sector económico afectado por el contrato controvertido, la naturaleza de las obras y la clasificación de los subcontratistas. Además, tal prohibición general no deja lugar a una apreciación casuística por parte de la citada entidad.*

*Es cierto que la entidad adjudicadora sigue siendo libre para definir las obras que deben calificarse de «principales». Sin embargo, no es menos cierto que está obligada a establecer, para todos los contratos, que el propio licitador llevará a cabo todas esas obras. Así, el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública prohíbe subcontratar dichas obras, incluso en los supuestos en que la entidad adjudicadora pueda verificar las capacidades de los subcontratistas interesados y estime, tras tal verificación, que una prohibición de este tipo no es necesaria para la adecuada ejecución de las obras habida cuenta, en particular, de la naturaleza de las tareas que el licitador pretende delegar en dichos subcontratistas.*

El TJUE admite que limitar la subcontratación con

el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato debe considerarse legítimo. No obstante el juicio es de proporcionalidad, es decir, que no se adopten más restricciones que las necesarias para conseguir el objetivo perseguido.

El análisis de esta sentencia debe realizarse con sumo cuidado, pues una interpretación apresurada podría resultar distorsionadora; a priori puede parecer que la previsión del derecho lituano recoge precisamente lo querido por el Derecho de la Unión: que el órgano de contratación defina las tareas “principales” [entiéndase igualmente esenciales o críticas] que debe ejecutar el licitador y que por tanto no pueden ser subcontratadas.

Pero el problema no es ese, sino que la normativa nacional –tal como fue interpretada al resolver la cuestión prejudicial– exige que siempre y en todo caso, en los contratos de obras, el órgano de contratación deba establecer qué tareas se consideran esenciales para que las ejecute el contratista, aunque no sea necesario para garantizar la adecuada ejecución del contrato (incluso en los supuestos en que la entidad adjudicadora pueda verificar las capacidades de los subcontratistas interesados y estime, tras tal verificación, que una prohibición de este tipo no es necesaria para la adecuada ejecución de las obras habida cuenta, en particular, de la naturaleza de las tareas que el licitador pretende delegar en dichos subcontratistas).

Es decir, como dijimos al inicio, el principio general es el de la permisibilidad de la subcontratación sin limitación alguna, y no solo como medida para fomentar la concurrencia y la participación de las pymes en la contratación pública, sino porque afecta incluso a una de las libertades fundamentales consagradas en el Tratado de la Unión Europea, como es el de libertad de establecimiento.

Por tanto y a modo de conclusión, cualquier excepción a la regla anterior requiere de una especial motivación, y además de un juicio de proporcionalidad, no pudiéndose restringir el derecho a subcontratar más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la correcta ejecución del contrato.

Y para ello es necesaria la concreción de las tareas críticas, esenciales o principales que según el órgano de contratación –de forma motivada– es preciso

que realice el adjudicatario del contrato, que puede perfectamente no ser ninguna.

##### 5. LA PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATAR Y EL RECUSO A MEDIOS DE TERCEROS

Nos planteamos en este apartado si cualquier uso de medios de terceros distintos del adjudicatario constituye un supuesto de subcontratación, es decir, si en la tesis en que se hubiera prohibido la subcontratación totalmente, cualquier uso de medios ajenos supone vulnerar esta prohibición, y en concreto si un licitador complementa su solvencia con la de terceras empresas.

Es el caso estudiado en la Resolución 18/2014, de 29 de enero, del TACP de la Comunidad de Madrid.

La misma comienza recordando que la posibilidad de referirse a capacidades de otras sociedades fue reconocida por la jurisprudencia europea, y con cita en la STJUE de 02.12.99, C-176/98, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en un 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. Dicha previsión es igualmente válida en sede de clasificación (arts. 63 y 65.2 TRLCSP).

Pues bien, resulta que la clasificación acreditada por un licitador viene integrada con la de una empresa de su mismo grupo y con la de otra empresa ajena al mismo.

El Tribunal, –bajo una concepción tradicional de la figura de la subcontratación como facultad del órgano de contratación- entiende que en este caso, en virtud del 227.2.e) TRLCSP, el PCAP, al prohibir la subcontratación, ha establecido que el porcentaje de prestaciones subcontratadas no puede superar el 0%.

La integración de solvencia con medios de la empresa de su grupo no es problemática, ya que de conformidad con el art. 227.2.e, párrafo 2º, para el cómputo del porcentaje máximo subcontratable no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

El problema se plantea con la integración de solvencia con medios de la empresa que no forma parte del grupo empresarial, pues si bien es cierto que el art. 63 TRLCSP permite a un empresario basarse en la solvencia y medios de otras entidades ajenas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellos y siempre que demuestre que para la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de tales medios,

*[no] se comprende cómo se puede se pueden utilizar los medios de una empresa ajena cuyos medios se dicen poner a disposición sin que esa ejecución con medios ajenos constituya un supuesto de subcontratación no permitida en el PCAP, cuando se trata de empresas que no pertenecen al mismo grupo.*

Y concluye:

*Por lo tanto, no es aceptable la cesión la clasificación de Consenur con puesta a disposición de los medios con que cuenta la empresa clasificada y ello a su vez suponga subcontratación expresamente prohibida en el PCAP, como pretende argumentar la recurrente, en consecuencia la actuación de la Mesa de contratación de la Universidad Complutense de Madrid se ajusta a Derecho.*

Aunque la redacción es un poco confusa, lo que quiere decir es que no es aceptable que se ceda la clasificación de una empresa con puesta a disposición de sus medios en favor de otra sin que ello a su vez suponga una subcontratación –en el caso, expresamente prohibida-.

Es decir, cualquier integración de solvencia con medios externos es en realidad una subcontratación, que si está prohibida, solo podrá realizarse con empresas del grupo.

En nuestra opinión es más ajustada a la realidad del tráfico jurídico la respuesta que ofrece la Resolución 92/2016, de 26 de julio, del TOARC de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En ella se estudia un contrato de suministro y distribución de productos dietéticos para los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que se puntuaba como criterio de adjudicación un “Plan de distribución y logística”.

En el caso, la subcontratación había sido prohibida

(simplemente con la mención “SUBCONTRATACIÓN (si/no): No.”

Para uno de los recurrentes, el hecho de que otros licitadores contrataran con terceras empresas las labores de suministro y logística (el transporte de mercancías), suponía una vulneración de la prohibición de subcontratar contenida en los pliegos.

Pues bien, dice el Tribunal:

*El TRLCSP no contiene una definición expresa de lo que entiende por subcontratación. No obstante, de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto (aunque para atender a finalidades ajenas a la contratación pública) se ha hecho doctrinal y jurisprudencialmente en otras ramas jurídicas (ver, por ejemplo, el artículo 1.597 del Código Civil y el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores) se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos del TRLCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal.*

Y continúa:

*Por lo que se refiere a la alegación del recurso, es relevante destacar de esta definición que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa; dicho de otro modo, no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.*

Para terminar concluyendo:

*A la vista de esta consideración, lo que plantea NESTLÉ en su recurso, y este órgano debe dirimir, es si acudir a terceras empresas para la materialización de la entrega debe ser considerado subcontratación por suponer una realización parcial del objeto del contrato o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad externalizada por el contratista que no puede incluirse en esta figura*

*por carecer de la nota de especificidad que la caracteriza. A juicio de este OARC / KEAO, la opción correcta es la segunda, lo que lleva a la desestimación del motivo de impugnación...*

Como podemos observar la cuestión no es baladí, y una concepción más o menos estricta del concepto “subcontratar” puede ser decisiva a la hora de excluir a un licitador o de instar una resolución por incumplimiento.

Además, una misma circunstancia puede ser o no ser una subcontratación, según la regulación que de la misma disponga el contrato. En la Resolución que venimos citando, con referencia a la anterior 41/2015, recoge respecto al acto de la entrega de un contrato de suministros:

*En el contrato que nos ocupa la prestación sobre la que pesa la prohibición de subcontratar es la del suministro y la entrega de unos productos dietéticos concretos; ahora bien, dicha entrega es algo consustancial al contrato de suministro (art. 292.1 TRLCSP), hasta el punto de que este OARC/KEAO señaló en su Resolución 41/2015) que «(...) resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no se figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación. Por ello, el artículo 292.1 TRLCSP establece que “el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas” y, en consecuencia, el artículo 297.1 TRLCSP añade que “salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.”».*

*Por otro lado, el PPT no especifica ninguna singularidad respecto a la entrega que diferencie este acto dentro del objeto contractual o le otorgue una sustantividad o relevancia que cualifique su ejecución por un tercero como una subcontratación en sentido estricto; por el contrario, en diversos apartados del PPT se observa que este documento se limita a cumplir con lo dispuesto en el art. 292.1 del TRLCSP, especificando los lugares de entrega del suministro (cláusula 3 y Anexo II del PPT), pero sin que esta prestación tenga las notas de autonomía y sustantividad propias distintivas de la*

*subcontratación, sino de un servicio auxiliar que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación “característica” del contrato, que es el suministro de los bienes demandados.*

*En este sentido, es irrelevante que el PCAP valore como un criterio de adjudicación el «Plan de Distribución y Logística», pues, entre otras razones, éste no se refiere únicamente a la entrega de bienes, pues en el mismo se demanda también información sobre aspectos como la capacidad global del licitador para entender y satisfacer los requerimientos, los medios para la preparación de los pedidos, la descripción de controles antes de la distribución, el control de entregas (que no la tiene por qué realizar el distribuidor) o el stock de los productos y plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, lo que indica que mediante este criterio se valoran en gran medida aspectos que afectan al suministro.*

Es decir, el acto en sí de la entrega es co-sustancial al suministro y no contiene ninguna nota de autonomía y sustantividad propia que lo distinga. Pero, ¿y si la tuviera? Imaginemos unos pliegos donde la regulación de las condiciones de entrega fueran tales que se considerasen parte esencial de contrato, debido a su trascendencia para la correcta ejecución del mismo.

Queremos decir con ello que habrá que estar al caso concreto para analizar qué tareas constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, o tiene las notas de autonomía y sustantividad propias distintivas de la subcontratación.

Como suele ocurrir, la flexibilidad juega en contra de la seguridad jurídica. No obstante, nos reiteramos en que la postura del Tribunal vasco es más acertada y ajustada a la realidad del tráfico jurídico y económico que la rígida postura del Tribunal madrileño, según el cual cualquier uso de medios de terceras empresas –incluso por el mero hecho de complementar solvencia poner sus medios a disposición del licitador– supone una subcontratación.

De la postura del TOARC participa también el TA-CRC, como puede comprobarse por ejemplo en si Resolución 187/2012, de 6 de septiembre:

*Finalmente interesa reseñar que la prohibición de subcontratación contenida en el PCAP no es con-*

*tradictorio con el hecho de que deba admitirse la existencia en la red de oficinas/unidades de reparo de algunas que no sean propiedad del licitador, pues la prestación del servicio a través de una red de oficinas puede realizarse, por ejemplo, mediante arrendamiento de las instalaciones necesarias para ello. La prohibición de subcontratar impide al adjudicatario encomendar a terceros la realización de algunas de las prestaciones que integran el contrato, pero en absoluto supone una prohibición de utilizar instalaciones de terceros, siempre que, en este último caso, la ejecución del contrato siga estando a cargo del adjudicatario, lo cual es posible como se ha señalado mediante el arrendamiento de las instalaciones.*

## **6. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA 21/2018, DE 31 DE MAYO**

Para terminar nos gustaría referirnos a esta interesante Resolución en que la Comisión Jurídica de Extremadura ha debido resolver sobre un supuesto relativo al tema que venimos tratando.

Se trata de un “Contrato mixto de suministro mediante arrendamiento sin opción de compra y servicio de mantenimiento de aparatos y dispositivos de uso médico-asistencial, con destino al nuevo Hospital de Cáceres”.

El recurrente considera que los pliegos vulneran los principios de la contratación pública (principalmente el de concurrencia) porque ni prevén la división del contrato en lotes ni permiten la subcontratación. Constan en el expediente justificación de ambas decisiones.

Centrándonos en la segunda (prohibición de subcontratar), la Comisión comienza estableciendo que

*En términos generales, las previsiones sobre la subcontratación están reguladas en los arts. 227 a 228 bis del TRLCSP que la admiten salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario, o que por su naturaleza o condiciones se deduzca que el contrato sólo puede ser ejecutado por el adjudicatario.*

*En definitiva, limitar la subcontratación, es una cuestión sobre la que el órgano de contratación tiene libertad de decisión –discrecional, que no arbitraria– y que deberá decidir en función de las*

*características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación, realizando su previsión en los pliegos.*

Y tras referirse al informe justificativo del órgano de contratación, concluye

*“(…) Por tanto, del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está determinada ex lege –que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada –que lo prevea el contrato o los pliegos-, pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego contrastable”.*

*Esta excepción sería lo que la nueva Directiva expresa con el término “tareas críticas” y por ello deberán ser ejecutadas directamente por el propio licitador justificándose todo ello por el órgano de contratación en los pliegos y en el expediente de contratación”.*

*En el presente caso el órgano de contratación motiva que no se permita la subcontratación, partiendo de la premisa de ser una contratación que afecta a un servicio público esencial para los ciudadanos, como es la asistencia sanitaria, básicamente en la necesidad de evitar “elementos que puedan añadir complejidad a la ejecución como pudiera ser la fragmentación de la prestación mediante subcontratación o subcontrataciones”.*

Con relación a los efectos restrictivos de la competencia, la Comisión abunda en 2 ideas: (i) el recurrente debe justificar por qué considera que se produce tal restricción, y (ii) cuando las empresas están interesadas en una licitación por estar capacitadas para realizar algunas prestaciones objeto de la contratación, pueden concurrir en UTE.

*Finalmente, indicar que el recurrente no refiere, ni siquiera indiciariamente, de qué manera se considera perjudicado o se menoscaba su derecho con la previsión en el PCAP de no permitir la subcontratación, limitándose a mostrar su oposición de manera genérica, y a este respecto nos hacemos eco de la posición mantenida por el TACRC en diversas resoluciones, cuando manifiesta que la prohibición de subcontratar no implica en sí mis-*

*ma una restricción a la competencia en cuanto las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre pueden concurrir en unión temporal de empresas.*

Y he aquí la parte más interesante de la Resolución: el contrato básicamente se reduce a 2 obligaciones esenciales: proveer al nuevo hospital del equipamiento sanitario exigido y mantenerlo disponible para su utilización efectiva. Es más, una vez suministrados los equipos, la obligación esencial es la de mantenerlos.

Resulta obvio que equipar un hospital completo supone proveerse de varias casas comerciales, que muy probablemente lleven el mantenimiento de sus equipos suministrados. Lo reconoce el propio órgano de contratación cuando dice:

*“(…) no se está exigiendo que el operador realice toda la actividad con sus propios medios, sino que no puede “encomendar a terceras empresas partes específicas y diferenciadas del contrato”. La participación de otras empresas, de mayor o menor tamaño, no queda en absoluto prohibida, máxime en un contrato de esta naturaleza donde el adjudicatario -tal y como se hizo constar en el informe justificativo-, actúa como un intermediario en la prestación del servicio, eso sí, como responsable único y directo de la ejecución del contrato”, sino (...) “para poder ejecutar determinadas tareas”. (...) la medida de prohibir la subcontratación (...) responde a un adecuado juicio de proporcionalidad y afecta a las tareas que se han considerado esenciales, que en todo caso se ven limitadas bajo la fórmula de encomendar “partes específicas y diferenciadas” del objeto del contrato a terceros, pero no bajo otras fórmulas de colaboración”.*

El órgano de contratación se basa en la Resolución del TOARC de la CA de Euskadi 092/2016, antes citada, cuando señala que “no se da esta figura jurídica (la de la subcontratación) cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación”.

Para la Comisión Jurídica resulta relevante seña-

lar la confusión y aparente contradicción que crea el órgano de contratación emitido con ocasión del recurso, que si bien se ratifica en la decisión de mantener la prohibición de subcontratación, abre la puerta a la participación de medios externos, no para la ejecución de “*las partes específicas y diferenciadas*” del objeto del contrato, y señala para el contrato que nos ocupa,

*... lo decisivo para que no se de subcontratación es que se trate de servicios auxiliares que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación “característica” del contrato, en nuestro caso, el mantenimiento de los equipos, pero si habrá subcontratación si estas tareas suponen la realización parcial del objeto del contrato. En esta misma línea se manifiesta el TACRC, en su Resolución nº 1099/2015, de 27 de noviembre de 2015, cuando manifiesta que en un contrato que incluya mantenimiento “las intervenciones a realizar presencialmente (...), es decir el montaje y visitas de mantenimiento preventivo y de incidencias en los equipos a suministrar” constituyen “actuaciones todas ellas que forman parte del mantenimiento a realizar durante tres años, (...)”, y por tanto habría subcontratación.*

Por ello lanza una advertencia:

*Es cierto que en el informe no se identifican que tipo de tareas serían las que admitirían esas otras formas de externalizar los servicios mediante fórmulas distintas a las de la subcontratación, pero entendemos que es trascendente que el órgano de contratación valore adecuadamente estos aspectos a fin de no permitir, posteriormente, actuaciones contrarias a los propios pliegos.*

Es decir, en un contrato que básicamente resultará ser de mantenimiento, permitir externalizar precisamente las intervenciones a realizar presencialmente (...), es decir el montaje y visitas de mantenimiento preventivo y de incidencias en los equipos a suministrar (lo que será casi obligado salvo que el licitador/adjudicatario sea Servicio Técnico Oficial de todas las marcas suministradas) supondrá permitir contravenir los propios pliegos.

## 7. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, es obligado replantearse el concepto de la subcontratación que aún mantienen

muchas administraciones, según el cual permitirla o no es mera una facultad del órgano de contratación.

Muy al contrario, la figura de la subcontratación responde a los principios ya consolidados de la contratación pública, y en especial al de concurrencia, e incluso a una de las libertades fundamentales de los Tratados de la Unión Europea, la libertad de establecimiento.

Por ello, cualquier limitación de la misma debe basarse en una motivación reforzada que debe constar en el expediente –en mi opinión, en el informe de necesidad-, y además ser resultado de un juicio de proporcionalidad, no restringiendo la posibilidad de subcontratar más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la correcta ejecución del contrato.

Para lo cual es preciso que el órgano de contratación defina, de forma motivada, las “tareas críticas” que deben ser ejecutadas necesariamente por el adjudicatario, no pudiendo ser objeto de subcontratación.

No es desde luego una tarea sencilla, pero su omisión puede ser –como se ha comprobado- motivo de nulidad de los pliegos de contratación.