

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 160

Acreditación de la solvencia técnica por las uniones temporales de empresas

La acreditación de la solvencia de los miembros integrantes de las uniones temporales de empresas es una cuestión bastante debatida y aun siguen existiendo diversidad de criterios. La reciente Sentencia 1663/2023, de 12 de abril de 2023, discrepa del criterio de la ACUMULACIÓN de los requisitos de solvencia que aplica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la adjudicación de un contrato a una UTE en la que no todos los miembros disponían de una acreditación mínima.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) dictó resolución número 34/2021, de 8 de enero de 2021 (Recurso 1098/2020) estimando parcialmente el recurso interpuesto por la empresa IMGESÉ¹ contra el Acuerdo de 23 de septiembre de 2020, de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco de servicios de auxiliares de servicio y control (ASC) para el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos”, anulando el acto de adjudicación y acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al Acuerdo de la Junta en el que se acepta la documenta-

ción aportado por la UTE OADE para acreditar su solvencia técnica.

La razón de la anulación radica en el entendimiento de que, a efectos de solvencia de uniones temporales de empresas, el criterio general es el de la acumulación², *lo que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma, considerando como prius lógico de esa acumulación que “todas y cada una de las empresas que conforman la UTE ostenten alguna solvencia mínima vinculada al objeto del contrato, ya que, en otro*

¹ Todos los nombres son ficticios.

² Esta afirmación del TACRC se apoya en lo establecido en el artículo 24 del RGLCAP, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP).

caso, su participación en la UTE no estaría justificada conforme a su razón de ser, y obedecería a fines en fraude de ley”³.

Este criterio es el mantenido por el TACRC en resoluciones anteriores, ejemplo de las cuales cita, la Resolución 34/2021, otra anterior número 556/2013, de 29 de noviembre, en la que se asentó una doctrina que después se ha sostenido en resoluciones posteriores, como son la Resolución número 913/2016, de 4 de noviembre, la Resolución número 337/2016, de 29 de abril, y la Resolución número 686, de 23 de diciembre de 2014, con cita de la Resolución 607/2014, y citada a su vez por la Resolución número 34/2017, de 20 de enero.

Esta doctrina parte de la configuración de la UTE como un “sistema de agrupación de empresas” que da lugar a un ente sin personalidad jurídica propia, lo que determina que los requisitos de capacidad, solvencia y clasificación han de referirse a los miembros que la conforman, pudiendo unos completar la de otros pero siendo

necesario en todo caso que todos acrediten algún tipo de solvencia⁴.

Recurrida la Resolución del TACRC en vía contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional, en su Sentencia SAN 1663/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1663, recuerda que el Tribunal Supremo⁵ ya ha afrontado en debate casacional si “en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas”.

Para resolver tal cuestión, el Alto Tribunal⁶, de conformidad con el marco jurídico aplicable, sentó los siguientes criterios interpretativos:

- a) El Derecho europeo se propone favorecer el acceso a la licitación, contemplando a tal fin mecanismos que permitan integrar o sumar

³ Lo correcto, afirma el TACRC, de acuerdo con la LCSP y las Directivas comunitarias que transpone y el RGLCAP, es acumular a los efectos de la determinación de la solvencia técnica de la UTE exigida a los licitadores en el PCAP, la acreditada por cada uno de los integrantes de la misma, aun cuando alguna de las empresas que la integran no alcance las condiciones mínimas de solvencia exigidas en el pliego a todos y cada uno de los licitadores, pues, en definitiva, la que han de poseer es la correspondiente a su participación en la UTE, de manera que si acumulada la solvencia de las empresas su sumatorio alcanza los niveles requeridos en el PCP, la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego.

⁴ Dichos criterios se encuentran ratificados por Resoluciones números 13/2016, de 12 de enero, 217/ 2016, de 20 de mayo y 555/2016, de 8 de julio.

⁵ En la sentencia de 21 de junio de 2021 -casación 7906/2018.

⁶ Tomando en consideración el marco normativo aplicable, a saber, además de las disposiciones comunitarias, los preceptos correspondientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto, los artículos 59, relativo a “Uniones de empresarios” -precedente del artículo 69 de la vigente LCSP-, 62, sobre “Exigencia de solvencia” y 63, “Integración de la solvencia con medios externos” - coincidentes, en lo sustancial, con los actuales artículos 74 y 75 de la vigente LCSP-, así como el artículo 24.1 del Reglamento General de Contratación, y las cláusulas de interés del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato que allí regía la licitación. Tras ello, destaca la jurisprudencia europea que incidiría en el tema, como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009 (C-305/2008), de 7 de abril de 2016 (C-324/2014), de 2 de junio de 2016 (C-27/15) y de 4 de mayo de 2017 (C-387/14), transcribiendo diversos apartados de esta última, así como de la sentencia de 3 de junio de 2021 (C-210/20).

capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad); mecanismos cuyo uso - por el poder adjudicador- debe regirse por el principio de proporcionalidad⁷.

- b) El hecho de que la regulación vigente en materia de contratación pública contemple estos mecanismos de colaboración tendentes a facilitar la suma o integración de capacidades no excluye que en determinados casos el propio objeto del contrato o las especificidades de éste hagan necesario que la convocatoria incluya los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que se consideren necesarios y respecto de los que no quepa acumulación⁸. Ahora bien, esta posibilidad - que excluye el cumplimiento vía acumulación - sólo puede aceptarse de manera restrictiva⁹.

A la vista de lo anterior, la Audiencia Nacional señala que *la licitadora respecto de cada lote es la UTE, no cada uno de sus miembros, pese a que todos ellos deban cumplir unos requisitos entre los que, en el caso, no cabe incluir la solvencia técnica, acreditada suficientemente por una de las entidades que integran la agrupación.*

Considera por tanto que, en la medida en la que una de las entidades de la UTE ha acreditado suficientemente su solvencia técnica, esto basta, “haciendo innecesario acudir al régimen de acumulación, sin que (...) sea exigible que dicha solvencia técnica también se acredite, al menos en un mínimo, por todas las sociedades que componen la unión”.

A esto añade que, en este caso concreto, “las sociedades de la Unión temporal forman parte del mismo grupo de empresas, sin que valga exigir que las proporciones de participación en la agrupación tengan su reflejo en las condiciones de intervención en la licitación o en la misma ejecución del contrato, pudiendo recordarse a este último respecto que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *la Directiva sobre contratación pública se opone a una normativa nacional por la que la empresa representante de una agrupación de operadores económicos que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público debe cumplir los criterios establecidos en el anuncio de licitación y ejecutar las prestaciones de dicho contrato en una proporción mayoritaria*, dado que de esta manera se introduce un requisito más riguroso que el previsto en la recuerda que el Tribunal Supremo¹⁰.”

⁷ Aunque señala que “esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos”.

⁸ Sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la solicitud.

⁹ Pues partiendo de los principios de funcionalidad y de complementariedad de las capacidades, la posibilidad de que existan requisitos de capacidad o solvencia técnica cuyo cumplimiento deba ser necesariamente individualizado, sin que pueda alcanzarse por vía de agrupación o acumulación, ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad, al que también hemos aludido, no resultando aceptables aquellas exigencias que resulten injustificadamente gravosas y, por ello mismo, vulneradoras de los citados principios.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308.

Por ello la SAN estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UTE, anula la Resolución del TACRC por ser contraria al ordenamiento jurídico y reconoce el derecho de la recurrente a la adjudicación de los lotes 2 y 3 del Acuerdo marco.

Ante la imposibilidad de materializar dicha adjudicación, la Sentencia reconoce el derecho de la UTE recurrente a ser indemnizada en la cantidad de doscientos setenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta cinco euros con cuarenta y siete céntimos (279.455,47 €).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.