

Recomendación 5/2001, de 9 de noviembre, sobre la justificación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Una de las cuestiones que suelen plantear mayores dudas en los expedientes de contratación en general y a las Mesas de contratación en particular es la referente a la justificación por los licitadores de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Consciente la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de las dificultades que este tema puede presentar a los órganos gestores de la contratación, ha creído conveniente reunir en un solo documento las cuestiones más relevantes que pueden plantearse al respecto y efectuar una recomendación, a modo de resumen, sobre las mismas.

La reciente aprobación del nuevo Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, obliga a remitirnos a las prescripciones que sobre la materia contiene esta norma, aún cuando su entrada en vigor no se producirá hasta dentro de seis meses.

Delimitación del concepto

Las cuestiones que se tratan en este documento son las relativas a la acreditación de la solvencia por los medios contemplados en los artículos 16 a 19 del TRLCAP y no a su acreditación mediante la clasificación exigida para los contratos de obras y servicios, cuando proceda por razón de su cuantía.

Las Directivas 92/50CEE, 93/36CEE y 93/37CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministros y obras, dedican cada una de ellas un capítulo a los criterios de selección cualitativa en los que se especifican la forma de justificar la capacidad financiera y económica y la técnica de las empresas, criterios que hay que distinguir de los que en capítulo distinto dedican a los de adjudicación del contrato. Estos criterios han tenido su reflejo en los artículos 16 a 19 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) que regulan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional; en el artículo 82 que regula la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo en la subasta y en artículo 86 sobre los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación en el concurso.

Esta distinción queda claramente confirmada en la STJCE de 20 de septiembre de 1988, "Gebroeders Beentjes contra Estado de los Países Bajos", (aps. 15 y 17) al diferenciar entre la verificación de la aptitud de los contratistas y la adjudicación del contrato al ser dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público, y que el objeto de los artículos que prevén la verificación de la aptitud de los contratistas por los poderes adjudicadores con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica, no es delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad requeridos para participar en los diferentes contratos públicos, sino determinar cuáles son las referencias comprobatorias o medios de prueba que pueden aportarse para justificar la capacidad y que de ello se deriva que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica.

En definitiva, y utilizando la terminología de nuestra Ley de Contratos, solvencia y criterios de adjudicación de los contratos son cuestiones distintas sujetas a normas distintas, en la primera, la constatación de la aptitud recae sobre el empresario, en los segundos, sobre la oferta presentada, por eso, y a título de ejemplo, la experiencia será una condición que podrá exigirse a los empresarios pero no que contenga la oferta.

Los medios utilizables para comprobar la aptitud de las empresas son los expresamente contenidos en los artículos 16 a 19 del TRLCAP, que son transcripción casi literal de los contenidos en las respectivas Directivas, pero para cada contrato el órgano de contratación ha de fijar el nivel de capacidad, es decir, los criterios de selección, en la dicción del artículo 15.3 del TRLCAP.

Es necesario destacar la trascendencia de este asunto, pues, la remisión genérica a los referidos artículos sin concretar el nivel de capacidad necesaria para cada contrato, obliga a la Administración a la aceptación como capaz de cualquier contratista por la simple presentación de unos documentos (certificados bancarios, balances, etc.), sin que pueda ejercer una función crítica sobre ellos.

Supuestos de exigencia

El artículo 15.3 del TRLCAP establece que, en los casos que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los criterios de selección en función de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19. Esta misma prescripción se reitera en el artículo 11 del RGLCAP, debiendo fijarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los referidos criterios de selección.

La primera cuestión que se plantea es la de saber cuáles son los casos en que se ha de justificar la solvencia, y para ello hay que acudir a lo que dice el párrafo 1º del artículo 15, que expresamente establece que "Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten la solvencia económica, financiera y técnica

o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible". El inciso final de la disposición reseñada nos remite al artículo 25, en el que se preceptúa que, para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas, será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación.

De la interpretación conjunta de las disposiciones citadas se deduce con claridad que sólo es exigible la clasificación en aquellos contratos de obras y servicios que alcancen el citado importe, y que operando la clasificación como sustitutiva de la acreditación de la solvencia, no podrá exigirse por los órganos de contratación el cumplimiento de ningún otro requisito por dicho concepto.

Y, a sensu contrario, habrá que concluir que en todos los demás contratos no incluidos en el párrafo anterior, así como en el supuesto previsto en el artículo 25.5 del TRLCAP para el caso de no haber concurrido ninguna empresa clasificada a los procedimientos de adjudicación, se habrá de acreditar la solvencia, entre los que se incluyen, además de los contratos típicos de obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, los contratos de naturaleza administrativa especial y los contratos privados; estos últimos en virtud de la aplicación de normas de Derecho administrativo a su preparación y adjudicación, y a su consideración de actos jurídicos separables de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del TRLCAP.

Por lo que se refiere a los contratos menores hay que decir que, si bien el artículo 56 del TRLCAP sólo exige para la tramitación del expediente la aprobación del gasto y la factura, y para el de obras el presupuesto, la disposición final primera en su párrafo tercero dispone que dichas exigencias tendrán la consideración de mínimas, por lo que órgano de contratación podrá exigir cuando lo considere oportuno la acreditación de la solvencia.

La falta de acreditación de la suficiente solvencia produce el efecto de la imposibilidad de contratar con la Administración conforme establece la letra k) del artículo 20, y en caso de producirse la adjudicación en tal circunstancia la nulidad de pleno derecho según el artículo 22.

La nacionalidad de las empresas licitadoras incide en la acreditación de la solvencia. De una interpretación conjunta de los artículos 23.1, 24.2 y 25.2, se puede concluir que las empresas extranjeras comunitarias pueden justificar su solvencia bien acreditando la clasificación o, en defecto de esta, la solvencia económica, financiera y técnica o profesional; mientras que las demás empresas extranjeras deberán acreditar siempre la clasificación cuando ésta sea exigible.

Criterios de selección

La determinación de los criterios de selección en función de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19, exige del órgano de contratación, en primer lugar, escoger de entre los medios que se relacionan en los citados artículos aquéllos que mejor sirvan para averiguar las condiciones de solvencia de los licitadores en relación con el contrato en concreto que se oferte, y ello por cuanto la determinación de los medios de justificación corresponde al órgano de contratación y no a los licitadores como claramente se desprende el artículo 15.3 del TRLCAP al expresar que "los órganos de contratación precisarán en el anuncio...", y que en virtud de tal facultad podrán escoger uno, varios o todos los que se especifican en los citados artículos; en segundo lugar, determinar qué condiciones mínimas han de alcanzar los licitadores en cada medio escogido que servirán como criterio para que el órgano de contratación efectúe la selección.

Tanto los medios de acreditación como los criterios de selección han de consignarse en el correspondiente Pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio al objeto de que sean conocidos por todos los licitadores, de no hacerlo así no podrá acordarse exclusiones de licitadores en base a criterios no establecidos previamente, no considerándose ajustado a los preceptos citados la remisión genérica a los artículos reguladores de la solvencia que habitualmente se hacen en los Pliegos.

La solvencia y los procedimientos de adjudicación

La acreditación de la solvencia, que en los procedimientos abiertos queda circunscrita a la fase de comprobación de la capacidad de los licitadores, requiere para los procedimientos restringido y negociado hacer algunas matizaciones.

En el procedimiento restringido se introduce una previa selección de empresarios en base al cumplimiento de unos criterios objetivos de entre los establecidos en los artículos 16 a 19, según corresponda a cada contrato, tal como dispone la letra a) del artículo 91.1 del TRLCAP, y ello independientemente de que se haya acreditado la clasificación o el cumplimiento de las condiciones de solvencia, tal como exige la letra c) del mismo artículo.

Los distintos medios para justificar la solvencia del empresario tanto económica como técnica, operan en el procedimiento restringido, en dos momentos; en el primero, como condición mínima según la dicción de las Directivas, para acreditar la solvencia que para cada contrato proceda, la cual podrá ser sustituida por el certificado de clasificación; y en el segundo, para conocer la situación del empresario al objeto de su selección, para lo que el órgano de contratación podrá concretar como criterios objetivos las circunstancias

específicas que han de concurrir en el empresario para la realización del objeto del contrato en concreto.

En los procedimientos negociados, en los que la adjudicación se resuelve sin la existencia de una verdadera licitación como sucede en los concursos y subastas, y sin que exista una diferenciación entre la fase de selección de los licitadores en función de su capacidad y la posterior fase de adjudicación en la que se valora las ofertas presentadas, la acreditación de la solvencia, de la que no queda eximida por imperativo del artículo 15.1 del TRLCAP, puede quedar subsumida en la constatación de la capacidad que para la realización del objeto del contrato se exige a las empresas a las que se solicite su oferta según establece el artículo 92.1 del TRLCAP.

Solvencia económica y financiera

Del análisis de los medios que se indican en el artículo 16 para justificar la solvencia económica y financiera, se pueden hacer las siguientes consideraciones.

En los informes emitidos por instituciones financieras el órgano de contratación deberá ponderar el valor de los mismos en atención a las circunstancias que concurren tanto respecto del tipo de contrato como en el licitador.

Los seguros de indemnización por riesgos profesionales, si bien pueden exigirse para cualquier tipo de contrato, dado que en el artículo 16.1 a) del TRLCAP no se hace diferenciación alguna, están especialmente recogidos en la Directiva 92/50 CEE para los contratos de servicios, siendo válidos principalmente para actividades profesionales.

Este tipo de seguros se enmarca dentro de los denominados seguros contra daños, regulados en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en los artículos 73 a 76 referidos al seguro de responsabilidad civil.

El seguro deberá estar contratado previamente a la presentación de las proposiciones y el asegurado será el propio licitador, debiendo exigirse, además de estar suscrito por la cuantía mínima que se determine, la vigencia del seguro durante todo el tiempo de duración del contrato.

Hay que diferenciar estos seguros contemplados en el artículo 16.1 a), que garantizan la solvencia económica, de los que puedan exigirse en el Pliego al que sea adjudicatario, con la finalidad de cubrir los riesgos que pueda correr el objeto del contrato, o las responsabilidades derivadas de su ejecución a que se refiere el artículo 97 del TRLCAP al concretar la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, o por la responsabilidad por vicios ocultos a que se refiere el artículo 148.

El análisis de las cuentas anuales nos dará un reflejo de la situación económica y financiera de las empresas licitadoras y, por tanto, podremos saber si dispone de recursos suficientes para la iniciación de la ejecución del contrato, al menos durante los primeros noventa días, debido al sistema de certificaciones mensuales y pago dentro de los dos meses siguientes a su emisión de acuerdo con el artículo 99.4 del TRLCAP.

Con carácter orientativo se exponen a continuación algunos medios que pueden utilizar los órganos de contratación para realizar dicho análisis. El valor que haya que darle a cada uno de ellos dependerá del tipo de contrato en concreto que sea objeto de licitación.

El análisis de determinadas magnitudes, contenidas en las cuentas anuales, puede servir para conocer en qué situación se encuentra la empresa respecto del cumplimiento de sus obligaciones en el momento de acudir a la licitación.

Del análisis de los fondos propios (capital, reservas y resultado del ejercicio) puede obtenerse información sobre la capacidad de la empresa para hacer frente a las inversiones iniciales para la ejecución del contrato, pudiendo considerarse, con carácter general, a una empresa como solvente para la ejecución del contrato, cuando sus fondos propios representan al menos el veinte por ciento del importe del contrato.

También, la capacidad de la empresa para hacer frente a los compromisos que le vayan venciendo, puede contrastarse mediante la aplicación de los ratios de solvencia, tesorería y liquidez.

La solvencia total de la empresa estaría determinada por la relación entre estas dos magnitudes: activo total y pasivo exigible (suma de las partidas de acreedores a largo, medio y corto plazo). La expresión de este ratio es la siguiente:

$$\text{Solvencia total} = \text{Activo total} / \text{Pasivo exigible}$$

Si el valor de la ratio es superior a la unidad, quiere decir que el activo de la empresa es superior a su pasivo exigible, y puede considerarse que las deudas de la empresa están suficientemente garantizadas

por sus bienes.

Si el valor es igual a la unidad, nos encontraríamos ante un supuesto límite de garantía, y por último, si ese valor es inferior a la unidad, la situación sería de quiebra, puesto que con la totalidad del activo no puede hacer frente a las obligaciones

No obstante, el que esta ratio sea superior a la unidad, no significa que la empresa pueda hacer frente a sus obligaciones en el momento de su vencimiento, puesto que puede tener una liquidez insuficiente.

El denominado coeficiente de solvencia corriente relaciona el activo y el pasivo circulantes, es decir:

$$\text{Solvencia corriente} = \text{Activo circulante} / \text{Pasivo circulante}$$

El activo circulante se compone de disponible, es decir, valores inmediatamente líquidos, y realizable, cuya liquidez puede conseguirse a corto, medio o largo plazo. El pasivo circulante puede estar compuesto de obligaciones cuyo vencimiento puede ser mayor o menor.

Este coeficiente nos da una idea aproximada de la capacidad de la empresa para hacer frente a sus compromisos en el momento del vencimiento.

Otra aproximación a la aptitud de la empresa para cumplir con sus obligaciones a su vencimiento, puede obtenerse mediante la ratio de tesorería, que relaciona el disponible (Caja, Bancos) más el realizable a corto plazo (clientes, almacén, materias primas, deudores varios) con el exigible en el mismo periodo (acreedores a corto plazo), siendo su expresión la siguiente:

$$\text{Tesorería} = (\text{Disponible} + \text{Realizable a corto}) / \text{Exigible a corto}$$

Por último, la liquidez indica en qué medida es fácilmente convertible en dinero el activo de la empresa y, por tanto, en qué plazo va a ser capaz de hacer frente a sus obligaciones. Para determinar la liquidez, se relaciona la suma del disponible y realizable a corto plazo de la empresa con su activo total, es decir

$$\text{Liquidez} = ((\text{Disponible} + \text{Realizable a corto}) / \text{Activo total}) \times 100$$

esta ratio refleja cuántas pesetas de cada cien de activo se encuentran en situación líquida.

La declaración referente a la cifra de negocio global puede obtenerse a través de la declaración anual de operaciones con terceras personas (modelo 347) regulada en el Real Decreto 2027/1995, de 22 de diciembre de 1995 y en la Orden de 24 de noviembre de 2000. También en este caso se puede exigir una cifra mínima anual.

Finalmente hay que indicar que el artículo 16.2 prevé para la solvencia económica y financiera la posibilidad de que cuando el licitador no pueda justificar su solvencia por los medios determinados por el órgano de contratación, pueda hacerlo utilizando otros medios, que en todo caso habrán de ser considerados como suficientes por la Administración. Esta previsión no se contempla para la solvencia técnica.

Solvencia técnica

Para establecer los criterios de selección en función de los medios de acreditación de la solvencia técnica, se ha de partir de la concreción del objeto del contrato, es decir qué tiene que hacer el contratista, para después especificar qué medios personales, materiales o de experiencia ha de reunir para el cumplimiento correcto de la prestación debida.

El órgano de contratación deberá elegir y especificar en el pliego, de entre los medios que se indican en los artículos 17 a 19 en atención al tipo de contrato, aquéllos que mejor sirvan para acreditar su aptitud así como los criterios para la selección.

Se insiste en que los medios no han de ser acreditados con carácter genérico, sino que han de ser los que disponga para la ejecución del contrato en concreto. De nada sirve acreditar un número determinado de técnicos, si cuando se inicia la ejecución del contrato dichos técnicos no están disponibles por estar ocupados en la realización de otro contrato.

La disposición adicional octava, apartado primero, contiene una regla que podrán señalar los órganos de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares con la finalidad de decidir la adjudicación, en los casos de igualdad de las proposiciones, con preferencia a favor del licitador que en el momento de acreditar la solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100.

La solvencia en las uniones temporales de empresas y grupos de sociedades

Para la determinación de la solvencia de las uniones temporales de empresarios el artículo 24 del RGLCAP contempla la acumulación de las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma.

El párrafo segundo del artículo 15.1 del TRLCAP contempla el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, en estos casos los medios de que dispongan las sociedades del grupo se podrán tener en cuenta para acreditar la solvencia de la sociedad dominante siempre que estén efectivamente a su disposición.

Modificaciones subjetivas

Del sistema contenido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se desprende claramente la preocupación que la misma tiene para que la solvencia exigida se mantenga en los casos de modificaciones subjetivas, siendo claros ejemplos de ello los supuestos regulados en los artículos 79.4, 112.6 y 114.2 c).

Las modificaciones que afecten tanto a la personalidad jurídica como al patrimonio de las empresas durante la tramitación de los expedientes de contratación y antes de la adjudicación determina que, la que suceda en su posición en el procedimiento, habrá de acreditar su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con lo previsto en el artículo 79.4 del TRLCAP.

Previsión similar, pero ya en la fase de ejecución del contrato, a la que se contempla en el artículo 112.6 del TRLCAP referente a la aplicación de las causas de resolución en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma, en los que la empresa subrogada podrá continuar el contrato siempre que mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación.

Por último en los supuestos de cesión de contratos el cesionario deberá acreditar la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, o la clasificación si esta se hubiera exigido.

Recomendación

Tanto los medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, como los criterios de selección han de consignarse en el correspondiente Pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio al objeto de que sean conocidos por todos los licitadores, de no hacerlo así no podrá acordarse exclusiones de licitadores en base a criterios no establecidos previamente, no considerándose ajustado a lo establecido en el artículo 15.3 del TRLCAP la remisión genérica a los artículos reguladores de la solvencia que habitualmente se hacen en los Pliegos.