

Informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Integración de la solvencia de un licitador que concurre en UTE con medios externos. Alcance de la integración y repercusión de la misma en la delimitación subjetiva del contrato.

I. ANTECEDENTES

El Gerente del Servicio Aragonés de Salud se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 7 de diciembre de 2017 (entrada en el Registro de la Junta Consultiva de 12 de diciembre) del siguiente tenor literal:

«El Servicio Aragonés de Salud licitó un expediente de Contratación para el "SERVICIO DEL TRANSPORTE SANITARIO TERRESTRE URGENTE DE PACIENTES EN ARAGÓN. EXPT_ 9 DG/17" siendo la normativa aplicable el 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.

El contrato se licita por un periodo de cuatro años prorrogable por otros dos, y tiene un valor estimado de 117.749.27,54€ y un valor de licitación de 77.315.543,34C Se trata de un contrato que además precisa de varios meses de tiempo para su puesta en marcha considerando las obligaciones para aportar vehículos carrozados de acuerdo con las prescripciones de los pliegos técnicos.

En los pliegos administrativos se establecían dos vías para acreditar la solvencia técnica:

Justificar Servicios prestados incluidos en el ámbito de la actividad objeto del contrato (transporte sanitario urgente) en cada uno de los cinco últimos años cuyo importe mínimo debe ser igual o superior a la anualidad media del presupuesto de licitación (19.328.885,75 anuales). Acreditar la Clasificación de la empresa ante la Junta Consultiva de Contratos del Ministerio de Hacienda.

La UTE Acciona-Ambunova elige esta segunda opción en la forma de declaración responsable, y dice que cuenta con la certificación correspondiente, señalando la inscripción concreta (20272).

Posteriormente tras la apertura de los sobres 2 (técnica) y sobre 3 (económica) la UTE Acciona-Ambunova obtiene la máxima puntuación, de manera que se la propone como adjudicataria y se le solicita que justifique documentalmente lo indicado mediante declaración responsable.

En este momento la UTE Acciona-Ambunova no justifica que cuenta con la Clasificación del Ministerio de Hacienda (que indica ha sido revocada), sino que justifica que dispone de la solvencia técnica mediante otras vías:

- *Justificación de un volumen de negocios de 20.072.627,53€ en los últimos cinco años (en el pliego se exigía en cada uno de los últimos cinco años) integrando los servicios prestados por el Grupo empresarial en el que está integrada Ambunova (es decir acredita la cifra mediante la actuación de empresas que no integran la UTE Acciona-Ambunova) e Justificación de la solvencia mediante los contratos de otras empresas del Grupo Empresarial en el que está incluida Ambunova.*

El órgano de contratación teniendo en cuenta que en el DEUC se alega una clasificación que luego indica que ha sido revocada, es decir cambia la vía para justificar la solvencia entre el momento de presentación del DEUC y el momento para presentar documentación como adjudicatario, y que acredita una cifra de negocio, con las empresas del Grupo Ambunova de 20.072 627,53€ en los últimos cinco años, no en cada uno de los cinco últimos años como exigía el pliego, resuelve no adjudicar con la UTE Acciona-Ambunova y procede a solicitar documentación al segundo adjudicatario.

La UTE Acciona-Ambunova recurre y el TACPA resuelve mediante Acuerdo 118/2017 en el que concluye: "Estimar el recurso especial, interpuesto por D. Emilio Jesús Arce Alonso, en nombre y representación de ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., contra la adjudicación del contrato denominado «Servicio de transporte sanitario terrestre urgente de pacientes», promovido por el Servicio Aragonés de Salud — Dirección Gerencia, teniendo por acreditada la solvencia técnica o profesional del recurrente debiendo retrotraer las actuaciones al trámite previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP, para que el órgano de contratación proceda, tras valorar -el cumplimiento del requerimiento realizado a la UTE ACCIONA y AMBUNOVA, a acordar la formalización del contrato".

El argumento que concluye el TACPA para lo anterior es el siguiente:

"En todo caso, la integración de la solvencia en este tipo de contratos de servicios, necesariamente requiere acreditar, como se ha indicado anteriormente, que dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato, acreditación que en el presente caso viene dada por la pertenencia al grupo empresarial a la que se ha añadido el compromiso obrante en el expediente y

aportado en el plazo de los diez días hábiles concedidos en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP de ambas empresas dominadas por AMBUNOVA de cesión de su solvencia técnica al amparo del artículo 63 del TRLCSP. En consecuencia, debe estimarse el recurso considerando acreditada la solvencia requerida mediante la integración de los medios propios de las empresas pertenecientes al grupo empresarial de AIVIBUNOVA, lo que permite tener en cuenta el importe de los servicios prestados por esta empresa en los últimos cinco años, para alcanzar así la cifra de la anualidad media del presupuesto de licitación requerida por el anexo II del PCAP."

En definitiva, el TACPA considera que:

La acreditación de los servicios prestados debe realizarse en el cómputo de la suma de los últimos cinco años, no en cada uno de los últimos cinco años como indican los pliegos. Que pueden integrarse la solvencia de las empresas que integran el Grupo Empresarial en el que se integra Ambunova.

Recibida la resolución del TACPA, el órgano de contratación procede a analizar la solvencia técnica presentada y se comprueba que el Grupo Empresarial en el que se integra Ambunova aporta una relación de servicios prestados en el sector del Transporte Sanitario Urgente por las siguientes mercantiles:

- *Ambulancias Transa SL • Ambulancias do Salnés SL Ambulancias Blanch •*

Al respecto indicar que en la declaración de la UTE ACCIONA Y AMBUNOVA, referido al Grupo Empresarial en el que se integra Ambunova solamente se menciona a las dos primeras y no a Ambulancias Blanch como integrante del Grupo Empresarial'.

Los empresarios que concurren en una unión temporal deben indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno. En el Compromiso de UTE incluido por la UTE ACCIONA y AMBUNOVA se indica que: "Esta agrupación está constituida por un porcentaje de participación de 80% de la empresa ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y del 20% de la empresa AMBUNOVA SERVICIOS SANITARIOS S.L., y se nombra representante de dicha agrupación a ACCIONA FACILITY SERVICES S.A.". Sin hacer mención en ningún caso a la posible participación de otras empresas en la UTE a constituir.

En el punto D de la Parte II (Información sobre el operador económico) de los DEUC que han aportado ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y AMBUNOVA SERVICIOS SANITARIOS S.L. ambas mercantiles manifiestan que no tienen la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros.

En definitiva, AMBUNOVA SERVICIOS SANITARIOS S.L. integra la solvencia mediante la acreditación de los medios derivada de la pertenencia al Grupo Empresarial y que no aparecen en el DEUC como integrantes de la UTE.

Vistos los antecedentes antes mencionados se someten a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las siguientes cuestiones:

Cuestión primera: ¿La integración de solvencia debe tenerse en cuenta, exclusivamente, a efectos del cumplimiento de los requisitos de solvencia exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas para la admisión de la oferta a licitación o trasciende a la ejecución del contrato, esto es, parte del contrato deberá ser ejecutado por las empresas cuya solvencia pretende integrar el licitador?

Cuestión segunda: ¿Deben formar parte del contrato, aun cuando no integren la UTE que formula la oferta, aquellas empresas (operadores económicos) cuya solvencia se ha integrado a efectos de completar la solvencia técnica o profesional? En caso afirmativo, ¿a qué título? ¿debe especificarse en el contrato la parte del mismo que se ejecutará por dichas empresas cuya solvencia se integra?

Cuestión tercera: Aun cuando no formen parte del contrato, ¿procede hacer algún tipo de mención indicativa a la solvencia integrada en el contrato y de que ésta se hace en base a la existencia de un grupo empresarial, toda vez que, si bien el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la contratación permitía hasta un 15 % de subcontratación, la UTE licitadora indica en el DEUC su intención de NO subcontratar?.

Cuestión cuarta: ¿Cabe la posibilidad de que la solvencia integrada, es decir, la porción del contrato que la UTE licitadora pretende ejecutar con los medios integrados por empresas de su mismo grupo empresarial, alcance a elementos esenciales del contrato? ¿Se considera un elemento esencial la organización del servicio? ¿Y la contratación a su cargo y por su cuenta del personal que realiza la prestación efectiva de los servicios contratados de transporte sanitario urgente?

De conformidad con el artículo 3 2 del Decreto 81/2006, de 4- de abril del Gobierno de Aragón, por

el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, le corresponde a ese organismo, informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa_

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en el ejercicio de legitimación activa que reconoce el artículo 6.d) del citado Reglamento de Funcionamiento de la JCCAAR se ruega emita el informe solicitado.»

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

En primer lugar hay que señalar que no es competencia de esta Junta pronunciamientos sobre expedientes de contratación concretos como el que se plantea, que además ya ha sido objeto y resuelto por un Acuerdo del TACPA que se cita (Acuerdo 118/2017). Pero no existe inconveniente en que esta Junta se pronuncie sobre cuestiones suscitadas que tienen un alcance general, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Así, de la solicitud de informe podemos deducir como cuestiones de alcance genérico las que se refieren a la posibilidad de admitir la integración de solvencia con medios de terceros en caso de un licitador que concurre en UTE a una licitación, y en concreto con medios de empresas del mismo grupo empresarial; así como la repercusión que tal opción debe de tener en el contrato y en la ejecución del mismo. Otra de las cuestiones que se plantean es la compatibilidad de esta posibilidad con la declaración del licitador de no subcontratar, planteando por lo tanto la distinción conceptual entre una y otra figura.

El Gerente del Servicio Aragonés de Salud es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.d) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La integración de la solvencia con medios externos. Origen y evolución de su regulación.

La posibilidad de referirse a capacidades de otras sociedades para completar la propia del licitador ha sido reconocida desde hace años por la jurisprudencia europea. Así la Sentencia más emblemática en este sentido, la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998), Host Italia, manifestó al respecto que: *«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 pertenecen, 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.»*

En aplicación de este criterio, se ha venido reconociendo esta posibilidad en las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos; así, el artículo 47.2 de la Directiva 2004/2018 del Parlamento Europeo y del Consejo recoge esta posibilidad en los siguientes términos:

«En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.»

En el mismo sentido el artículo 48.3 se pronuncia para la capacidad técnica y profesional; previsiones todas ellas que se mantienen y se siguen recogiendo en la Directiva 2014/24/UE.

Por su parte, el artículo 63 TRLCSP transpuso el artículo 47.2 de la Directiva 2004/18 bajo la rúbrica “integración de la solvencia con medios externos” estableciendo:

“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. “

Esta figura de la integración de la solvencia por medios externos ha sido ya objeto de análisis por esta Junta en ocasiones anteriores. Así fue objeto de un primer informe 29/2008; y con posterioridad en el informe 1/2010, a cuyas conclusiones integras nos remitimos. En ellos se puso de relieve que en esta figura se destacan como elementos necesarios:

-el objeto de la integración, es decir, lo que el tercero pone a disposición del licitador son los medios necesarios para la realización de la prestación (ya sean personales, materiales, económicos, etc..)

-esta puesta a disposición puede articularse por cualquier forma o vínculo jurídico.

-es preciso acreditar y asegurar la disponibilidad de los medios durante la ejecución.

Por último y para completar la exposición de la regulación de esta materia, debemos reproducir el tenor literal de la regulación prevista- que próximamente entrará en vigor- sobre esta materia en la 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, de 26 de febrero de 2014. Así establece el artículo 75 de la citada ley:

«1. 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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esas solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1, o a la experiencia profesional pertinente, las empresas 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.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

3. 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.

4. 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.»

Como analizaremos a continuación, la nueva regulación mantiene esta posibilidad con los mismos elementos expuestos, pero además completa la

regulación dando expresa respuesta a algunas de las cuestiones planteadas en la solicitud de informe.

III. La integración de solvencia por medios externos en el supuesto de licitadores que concurren en UTE a una licitación.

En la solicitud de informe se presenta, como posible elemento distorsionador de la aplicación de esta posibilidad del artículo 63 TRLCSP, el hecho de que la entidad licitadora que pretende completar de esta forma su solvencia concorra a la licitación en UTE con otra empresa; y que los medios con los que completa su solvencia pertenezcan a entidades no integradas como componentes de esa UTE.

Dicho planteamiento resulta a juicio de esta Junta incorrecto, por cuanto confunde la figura de la integración de la solvencia con medios externos, con la participación en UTE a una licitación. En las propuestas de UTE, precisamente las empresas se unen para poder acumular y acreditar la solvencia requerida en el contrato. Sin embargo, ello no es óbice para que cada uno de los licitadores integrantes de la misma deba acreditar una cierta solvencia, y para ello pueda utilizar la posibilidad del artículo 63 TRLCSP. De modo que si la solvencia se acredita con los medios de otra empresa integrante de la UTE ya no estamos en el supuesto de acreditación con medios externos.

Precisamente sobre el alcance de este precepto en orden a completar la capacidad y solvencia de los licitadores que concurren a la licitación bajo compromiso de UTE, se ha pronunciado el TACRC en Resolución 607/2014, señalando:

“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberán acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la ley y 9 a 16 de este reglamento⁹, 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 (...). Ello no

obstante, junto a este principio general, ha de tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, el artículo 63 TRLCSP, en línea con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE permite servirse de los medios de otras empresas para justificar la solvencia requerida con tal de que, efectivamente, acredite contar con aquellos.”

En esta Resolución el TACRC refiere también expresamente la admisión de tal posibilidad por el TJUE, citando la sentencia de 10 de octubre de 2013 (Asunto c-94/12), que señaló: *“Luego debe admitirse, en principio, que para acreditar su clasificación los licitadores que concurren en UTE no solo pueden completar su clasificación y solvencia acumulativamente teniendo en cuenta la de todos los componentes de la UTE, sino que incluso pueden recurrir la de los empresarios con los que pretenden subcontratar la prestación.”*

Asimismo, el Acuerdo 118/2017 del TACPA, sobre el contrato que ha suscitado la solicitud de informe, ha admitido dicha integración de la solvencia de una de las empresas que concurre en UTE a través de los medios de una tercera empresa.

Pues bien, precisamente esta solución expuesta y planteada ya en el ámbito doctrinal, es la que se ha previsto expresamente en la regulación legal de próxima entrada en vigor, previendo el artículo 75.1 segundo párrafo de la ley 9/2017 de Contratos del Sector público que *“en las mismas condiciones, 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.”*

Ello sin perjuicio de que esta amplia posibilidad puede quedar limitada en el supuesto de que los pliegos así lo contemplen al amparo de la naturaleza especial de alguna prestación, como expresamente se prevé en el artículo 75.4 Ley 9/2017, al que nos referiremos en el apartado siguiente.

IV. Sobre los límites y el alcance de la integración de la solvencia con medios externos.

Respecto del alcance del artículo 63 TRLCSP, es decir, que aspectos de la solvencia (técnica, económica) puede un licitador integrar por medios externos, han existido en la doctrina diversas posiciones, algunas ellas restrictivas limitando tal posibilidad únicamente a aquella solvencia que no puede ser calificada como personalísima como pudiera ser la solvencia económica y financiera. En este sentido se ha pronunciado tanto la Junta Consultiva de Contratación administrativa del Estado, como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que han señalado la existencia de ciertos límites en la utilización de esta posibilidad del artículo 63 TRLCSP. Así podemos citar el informe JCCA 45/2002 de 28 de febrero de 2003, que negó la posibilidad de integrar por referencias externas la solvencia financiera.

Sin embargo, tanto esta Junta como el TACPA mantienen una interpretación amplia que resulta acorde con la jurisprudencia europea y las directivas, donde no se prevén límites para la utilización de dicha posibilidad siempre que quede acreditada la disponibilidad. Y esta circunstancia considera el TACPA en su acuerdo 118/2017-resolviendo el recurso sobre el contrato en el que encuentra origen la solicitud de informe- que queda especialmente acreditada en los supuestos de integración a través de medios de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. Y ello en virtud de la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los integrantes del grupo empresarial, de conformidad con su regulación, artículo 42 del Código de Comercio. De modo que este supuesto, fue el primero de acogió el TJUE como ejemplo de integración de solvencia con medios externos.

Además esta opinión también ha sido compartida en la jurisprudencia de nuestros tribunales, refiriéndose además expresamente a los supuestos de entidades integrantes de grupo empresarial (sentencia de 16 de marzo de 2011 de la Audiencia Nacional).

Este criterio del alcance amplio de la solvencia que puede integrarse con medios externos y que ha reflejado en la doctrina y la jurisprudencia, se ha plasmado en la regulación actual que como vemos reconoce expresamente ya la integración por medios externos en lo relativo a la solvencia económica y financiera; pero que por otro lado en cuanto a la ejecución de determinadas partes del contrato, permite que los pliegos establezcan la naturaleza especial de dichas partes de la prestación a los efectos de ser consideradas una condición intrínseca y personalísima que debe de concurrir en el licitador, sin que sea posible en esos casos la acreditación mediante medios externos.

Reza el artículo 75.4 Ley 9/2017 de contratos del Sector público:

«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 esta nueva regulación, si se quiere limitar dicha posibilidad de integración de solvencia por medios externos en algún aspecto como los que se plantean en la solicitud de informe, deberá preverlo así el pliego justificando la especial naturaleza de dichas prestaciones o partes de la misma.

V. La repercusión en el contrato de la integración de solvencia con medios de terceros. Diferencia con la figura de la subcontratación en la ejecución.

Otra de las cuestiones genéricas que pueden extraerse de la solicitud de informe, es si en estos casos de integración de solvencia con medios externos es preciso que el tercero que completa la solvencia o los medios, ya sean personales o materiales, quede integrado como elemento subjetivo del contrato, en la medida en que completa la solvencia del licitador y por lo tanto forma parte del “operador económico” con el que contrata la administración.

Sobre este particular ya se pronunció también la Junta no solo en el anteriormente citado informe 1/2010, sino también en el Informe 23/2013 de 25 de noviembre, relativo a la viabilidad jurídica de las propuestas contenidas en una proposición no de ley sobre subcontratación en obra pública; así como en la Recomendación 2/2013 relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación.

Así, en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “*suerte de subcontratación en fase de solvencia*”, sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.

Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: *“La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso- a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución- la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la*

ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato.”.

De modo que es precisamente esta proyección que debe de tener la integración de la solvencia en la configuración del elemento subjetivo del contrato, uno de los elementos que permiten separar y distinguir la figuras de la integración de la solvencia con medios externos de la subcontratación en la ejecución.

Finalmente esta proyección en el contrato de la integración de la solvencia por medios externos se prevé manera expresa, en la regulación del nuevo artículo 75 de la ley 9/2017 de Contratos del sector público, en lo relativo a la integración de la solvencia económica y financiera, con el siguiente tenor literal:

« 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.»

Aunque esta nueva previsión se limita a los supuestos de integración de solvencia económica y financiera, y dicha exigencia de responsabilidad conjunta por el órgano de contratación se configura además con carácter potestativo, a juicio de esta Junta dicha proyección de los medios externos en el contrato debe alcanzar a todos los supuestos de solvencia completada por cuanto tales elementos externos quedan integrados en el operador económico con el que contrata la Administración. De modo que es necesario que el órgano de contratación tenga garantizado que los medios del operador económico que viene a integrar la solvencia estén a disposición del licitador durante la ejecución, habiendo señalado la jurisprudencia del TJUE antes citada, que esta disposición no puede presumirse sino que debe basarse en compromisos vinculantes.

III. CONCLUSIONES.

- I. La integración de la solvencia por medios externos regulada actualmente en el artículo 63 TRLCSP puede ser utilizada por los licitadores que concurren a un contrato en UTE, completando su solvencia con medios externos ajenos a los integrantes de la misma. Esta posibilidad está expresamente prevista en la nueva regulación de esta figura en el artículo 75 de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público.
- II. 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.
- III. 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.

Informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018.