

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	010/2019
Materia	Integración de solvencia a través de medios externos
Solicitante	Consortio Túnel Bielsa-Aragnouet
Fecha de solicitud	06/03/2019
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículos 74 y 75 de la Ley 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 y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

CONSULTA

Desde el **Consortio Túnel Bielsa-Aragnouet** se consulta a la Oficina de la Contratación Pública acerca de la posibilidad de integrar la solvencia por medios externos en el caso de una empresa extranjera de un Estado miembro de la Unión Europea.

RESPUESTA

Antes de contestar a la consulta planteada, resulta apropiado exponer el marco que configura la integración de la solvencia a través de medios externos. Como recordaba la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su informe 2/21018, el reconocimiento de esta posibilidad cuenta con respaldo en la jurisprudencia de la Unión Europea desde hace años. A este respecto, cabe citar la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998), en la que se señalaba que «el objetivo de las Directivas consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones, se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le perteneces, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas a él. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato».

Partiendo de estas primeras sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido perfilando los contornos de esta opción. De forma paradigmática, cabe citar, entre otras, la sentencia de 7 de abril de 2016, Asunto C-324/2014, «según jurisprudencia reiterada, los

artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33). Dicha interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de las entidades adjudicadoras. Además, igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34 y jurisprudencia citada). De las consideraciones anteriores resulta que, dada la importancia que reviste en el marco de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, el derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la citada Directiva constituye una regla general que los poderes adjudicadores deben tener en cuenta cuando ejercen sus competencias de verificación de la aptitud del licitador para ejecutar un determinado contrato. En este contexto, la circunstancia de que, con arreglo al artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, un operador económico pueda basarse en las capacidades de otras entidades «en su caso», no puede interpretarse, como parece sugerir en particular el órgano jurisdiccional remitente, en el sentido de que ese operador sólo puede recurrir con carácter excepcional a las capacidades de entidades terceras. Siendo ello así, es necesario precisar, en primer lugar, que, si bien es libre para establecer vínculos con las entidades cuyas capacidades invoca y para elegir la naturaleza jurídica de esos vínculos, el licitador debe aportar, no obstante, la prueba de que efectivamente dispone de los medios de tales entidades que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución de un determinado contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 29 y jurisprudencia citada). Así pues, con arreglo a los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, un licitador no puede basarse en las capacidades de otras entidades para reunir de manera meramente formal los requisitos exigidos por el poder adjudicador. En segundo lugar, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, las disposiciones de la Directiva 2004/18 no se oponen a que el ejercicio del derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de dicha Directiva se limite en circunstancias excepcionales (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 36). En efecto, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada por ello para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44,

apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate (sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 35). Además, no puede excluirse que, en circunstancias particulares, habida cuenta de la naturaleza y de los objetivos de un contrato determinado, las capacidades de que dispone una entidad tercera, y que son necesarias para la ejecución de un contrato, no puedan transmitirse al licitador. Por consiguiente, en tales circunstancias, el licitador únicamente puede basarse en esas capacidades si la entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del contrato de que se trata. (...) Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera, quinta y sexta que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que: – reconocen el derecho de todo operador económico a basarse, en relación con un determinado contrato, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre al poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución de dicho contrato; – no se excluye que el ejercicio del citado derecho pueda ser limitado, en circunstancias particulares, habida cuenta del objeto del contrato de que se trate y de la finalidad perseguida por éste. Así sucede en particular cuando las capacidades de que dispone una entidad tercera, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato».

Hay que tener en cuenta, como advierte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia 14 de septiembre de 2017, Asunto C-233/16, que el artículo 63 de la Directiva 2014/24 ha introducido algunas modificaciones respecto al artículo 48.3 de la Directiva 2004/18, lo que ha repercutido también 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 y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). No obstante, estos cambios, en principio no tendrían incidencia en el supuesto objeto de consulta, a tenor de la información suministrada.

Por lo tanto, cabe aplicar al presente caso la doctrina general que resumía la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su informe, señalando estos puntos: «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; y es preciso acreditar y asegurar la disponibilidad de los medios durante la ejecución». Todo ello tiene reflejo en el artículo 75 de la LCSP. El hecho de que la empresa matriz sea francesa en principio no supone óbice para que integre la solvencia de la filial, siempre y cuando garantice que de forma efectiva le dotara de los medios

necesarios para la ejecución del contrato. La acreditación por medios externos es concebida de forma generosa, como se ha podido ver, a pesar de los cambios introducidos en la última generación de Directivas, pero tiene un límite infranqueable y es el que dichos medios puedan estar disponibles de forma real y no de manera meramente hipotética o formal. De forma particular, en los casos donde la aportación se produzca en una relación entre empresas matrices y filiales, la resolución 167/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, explica que «».

En cuanto a la forma en que debe hacerlo, de acuerdo con el artículo 141 de la LCSP, deberá remitir dos declaraciones responsables emitidas siguiendo el modelo del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), una para el licitador y otra para la empresa de la que se sirve de medio externo (en otro caso donde hubiera más medios externos, debería presentar tantas declaraciones como medios). Además, deberá hacer constar en su DEUC que va a hacer uso de dichos medios externos. El artículo 75.2 de la LCSP indica que 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. Este compromiso se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

Oficina de Contratación Pública