

Nº 16
Cuarto trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 16. Diciembre 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LOS MEDIOS PERSONALES DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS Y LAS POSIBILIDADES DE VALORACIÓN DE LOS MISMOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN.

D ^a Aitana P. Domingo Gracia	15
---	----

EL CASO ESCOCÉS Y LAS CONSECUENCIAS DE UNA EVENTUAL INDEPENDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿LECCIONES PARA CATALUÑA?

D. Diego Montes Noblejas	59
--------------------------------	----

INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS: EVOLUCIÓN Y REQUISITOS. DIFERENCIAS CON LA SUBCONTRATACIÓN. PRÁCTICAS COLUSORIAS.

D ^a Victoria Eugenia Morín Luna	123
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y ESPECIAL REFERENCIA COMPARATIVA CON LA LEY 9 DE 2017 (ESPAÑA).

D. Hans Leonardo Neira Gaitán	149
-------------------------------------	-----

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.

D. Roberto Mayor Gómez 201

RECENSIONES

“LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL LITORAL COSTERO EN ESTADOS UNIDOS”. Autor: D. Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis, Cuenca, 2006.

D. Jesús Punzón Moraleda 247

“EL TURISMO COMO ÁMBITO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA”. Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis, Cuenca, 2012.

D. Javier Miranzo Díaz 255

BASES DE PUBLICACIÓN265

EDITORIAL

Se conmemoran los 40 años de la Constitución Española y desde la revista Gabilex queremos sumarnos de forma sentida a su merecido homenaje.

El reconocimiento de nuestra Constitución debe ir acompañado y ser inherente al de la Transición, por ser aquella su principal fruto. Nos encontramos en tiempos turbulentos en los que desde algunos sectores se intenta deslegitimar tanto la Transición como la propia Constitución Española, obviando que la Constitución Española está asentada en fundamentos y derechos universales, en valores europeos por lo que deslegitimar la Transición y la C.E. es ir contra dichos principios.

Hay que tener en cuenta y ser conscientes que casi todos los procesos constituyentes han implicado cambios políticos radicales, a menudo revolucionarios y en la mayor parte de las ocasiones violentos. El pasar de un régimen dictatorial a un estado democrático sin un desarrollo violento, y sacar adelante un texto constitucional desde puntos de vistas antagónicos y radicales es sin duda un éxito de la sociedad española de la época, y ese debe ser el camino o el espejo para afrontar, en su caso, una reforma de la Constitución que debiera contar con un amplio consenso en la voluntad de iniciar y culminar la reforma.

Actualmente se plantea desde diversos ámbitos la posibilidad de reforma de nuestra Constitución para lo que resulta necesario la consecución de un amplio consenso en el arco parlamentario siendo ello no solo

una exigencia formal que exige la propia Constitución, sino en aras de obtener la mayor legitimación posible de la reforma que se lleve a cabo en aras de su mayor perdurabilidad.

El pensar ¿cómo, por qué y para qué? es fundamental y no pensar en el ¿para quién?. Dicho lo anterior, sí que parece que resulta necesario acometer la reforma de la C.E como ya han hecho otros países de nuestro entorno. El ser norma superior o suprema de un ordenamiento jurídico no le debe eximir de la necesidad de adaptación o reforma si el contexto y/o las circunstancias sociales, económicas o jurídicas así lo requieren. Han transcurrido 40 años y la C.E no ha sido reformada salvo en supuesto puntuales (1992 y 2011), y parece coherente y necesario adaptarse a los cambios de la realidad social y política legitimándose con ello ante las nuevas generaciones. El problema que se puede generar de no afrontar la reforma de la C.E a tiempo es petrificar y desactualizar la C.E y que acaben "reventándose las costuras", a través de una revolución o proceso constituyente.

Son muchas y diversas las propuestas que se han planteado para reformar la Constitución, y desde Gabilex planteamos para su debate, entre otras, las siguientes:

1ª) *Reforma del modelo de organización territorial.* La delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido fuente de una gran conflictividad resuelta por el Tribunal Constitucional, por lo que resultaría necesario la clarificación de las competencias exclusivas del Estado y dejar las restantes a las comunidades autónomas, sin perjuicio de algunas cláusulas generales como la prevalencia; 2ª) *Incorporación en la Constitución Española de una cláusula europea de reconocimiento constitucional de la pertenencia a la Unión Europea;* 3ª) *Búsqueda de fórmulas de mayor conexión con la ciudadanía para*

mejorar de forma real y efectiva la participación en los asuntos públicos; 4ª) Vertebrar mayor participación de las comunidades autónomas en las decisiones e instituciones del estado; 5ª) Incorporación de nuevos derechos fundamentales. Se puede estudiar y analizar el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en nuestra Constitución como el: derecho a la salud, derecho de acceso a la información pública, derecho a la protección de datos y derecho a la transparencia; 6ª) No discriminación en el acceso a la Jefatura del Estado, eliminando la preferencia del varón sobre la mujer (artículo 57.1 CE), con equiparación terminológica de las referencias al rey y al Príncipe, a la Reina o a las Princesa; 7ª) Fomentar en todos los ámbitos educativos el conocimiento de la Constitución Española y particularmente del marco jurídico y social que nos ha permitido y nos permite vivir en sociedad de forma pacífica y democrática.

En definitiva, se trata de una serie de propuestas abiertas cuyo objetivo sería apuntalar y cimentar nuestro texto constitucional adaptándolo a la actual realidad social, sin perder nunca de vista que la Constitución nos ha dado a la sociedad española el periodo de mayor paz y prosperidad de nuestra historia.

Felicidades, gracias y que cumplas muchos más!

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

Gabilex
Nº 16
Diciembre 2018
<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS:
EVOLUCIÓN Y REQUISITOS.
DIFERENCIAS CON LA
SUBCONTRATACIÓN. PRÁCTICAS
COLUSORIAS.”**

“INTEGRATION OF EXTERNAL MEANS: EVOLUTION
AND REQUIREMENTS. DIFFERENCES WITH
SUBCONTRACTING. COLLUSIVE PRACTICES.”

Victoria Eugenia Morín Luna

Letrada del Área de Contratación Pública del
Ayuntamiento de Eivissa, Illes Balears, del Consorcio
Eivissa Patrimonio de la Humidad, Patronato Municipal
de Deportes, Patronato Municipal de Música

Resumen: El presente trabajo se centra en la evolución del concepto de la integración de medios externos para acreditar la solvencia en los contratos que les sea exigido por Ley, así como una crítica a la falta de regulación en la Ley 9/2017, de 8 noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) en cuanto a posibles cesiones de los contratos, o bien en la falta de regulación relacionada entre las figuras de la integración de medios externos y la subcontratación y la diferencia entre ambas figuras. Por último, se hace mención a posibles prácticas colusorias en la integración de medios externos.

Abstract: The present work focuses on the evolution of the concept of integration of external resources to prove the solvency of the contracts required by law, as well as a criticism of the lack of regulation in Law 9/2017 on november 8 of Contracts of the Public Sector (onwards LCSP), regarding possible assignments of contracts, or in the lack of related regulation between the figures of the integration of external resources and the subcontracting and the difference between both figures. Finally, mention is made of possible collusive practices in the integration of external media.

Palabras clave: integración medios externos en Unión Europea y en España, diferencias subcontratación, prácticas colusorias.

Key words: Integration of external media in European Union and Spain, differences with subcontracting, collusive practices.

SUMARIO: 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA INTEGRACION DE MEDIOS EXTERNOS.- 1.1 Regulación de la solvencia en el ordenamiento jurídico interno del Estado español en la actualidad.- 1.2 Incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español: ausencia de regulación de solvencia en transposiciones anteriores.- 1.3 Concepto de la integración de medios externos: origen.- 1.4 Diferencias entre la regulación de integración de medios externos: Directiva 2004/2018/CE y Directiva 2014/24/CE.- 2. REQUISITOS Y LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS.- 2.1 Límites previstos en la jurisprudencia del TJUE.- 2.2 Prácticas colusorias en la integración de medios externos.- 2.3 Primer informe sobre contratación pública española en 2017 de la Junta Consultiva de Contratación estatal: sobre la integración de medios externos.- 3. DIFERENCIA ENTRE LA

INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS Y LA SUBCONTRATACIÓN.- 4. CONCLUSIONES.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA INTEGRACION DE MEDIOS EXTERNOS.

1.1 Regulación de la solvencia en el ordenamiento jurídico interno del Estado español en la actualidad.

De otro lado el artículo 74 de la LCSP regula la obligación de los empresarios de acreditar las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica para poder celebrar contratos con el sector público.

No obstante lo anterior, a día de hoy no será exigible al contratista que acredite dicha solvencia (económica o técnica) en adjudicación de contratos de obras con valor estimado inferior a ochenta mil euros, ni a los de valor estimado de menos de treinta y cinco mil euros para los contratos de servicios o suministros de acuerdo con el artículo 159.6 de LCSP y el artículo 11 del Real decreto 1098/2001 12 octubre que regula el Reglamento general de Ley de Contratos de las Administraciones públicas en lo que siga vigente, modificado por el Real decreto 773/2015 28 agosto. Los contratos que no alcancen o superen este valor no les será exigible solvencia alguna al contratista.

A pesar que el artículo 118 de la LCSP no recoja nada al respecto, se debe entender que tampoco será exigible al contratista solvencia (financiera o técnica) respecto de

contratos menores, esto es obras de valor estimado inferior a cuarenta mil euros o servicios y suministros inferior a quince mil euros.

Respecto a la clasificación, que sustituye los medios de acreditación de solvencia entre otros, únicamente será exigible al contratista en contratos de obras de valor estimado de igual o superior a quinientos mil euros de acuerdo con el artículo 69 y 77 de LCSP. No obstante, a pesar de darse el requisito cuantitativo para exigir la clasificación en obras, estarán exentos, de encontrarse clasificados, los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia según los artículos 69 y 78 de LCSP.

Los medios de solvencia y requisitos mínimos se encuentran regulados en los artículos 87 a 92 de LCSP y, en su caso, el artículo 11 RD 1098/2001 12 octubre tanto para los contratos de obras, como de servicios y suministros. Si bien, para todos los tipos de contratos, la solvencia económica y financiera del empresario puede acreditarse por uno o varios de los medios previstos en el artículo 87, a elección del órgano de contratación y según se recojan uno o varios medios en los pliegos de cláusulas administrativas generales o particulares, salvo la exigencia de seguro de responsabilidad de riesgos profesionales únicamente exigible en pliegos para contratos objeto de servicios profesionales.

En cambio la solvencia técnica-profesional varían los medios a exigir su acreditación según el objeto del contrato.

Por ejemplo, la experiencia profesional del contratista, o la indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, o la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa, es posible exigir, uno o varios, como medios de solvencia para todo tipos de contratos. En cambio únicamente en el contratos de obras o servicios se podrá exigir como medio de solvencia técnica-profesional la indicación y aportación de títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.

Como luego veremos, esta última cuestión es importante respecto a la diferencia de posibles integraciones de capacidades de otras entidades para acreditar la solvencia del contratista, de los contratos de obras y servicios respecto del de suministros; así como de la limitación de los medios a integrar en pliegos respecto a cada tipo de contrato. De partida ya vemos que en el contrato de suministro es diferente.

1.2 Incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español: ausencia de regulación de solvencia en transposiciones anteriores.

Si bien a pesar de las exigencias legales actuales para contratar con el Sector Público, éstas no fueron exigidas en el artículo 4 del Decreto 923/1965 que aprueba el Texto Articulado de Ley de Contratos del Estado (BOE núm.97, de 23 abril de 1965), si no que fueron treinta años más tarde cuando se comenzó a solicitar la acreditación de la solvencia a los empresarios que

contratasen con las Administraciones públicas (ahora Sector Público); esto es según el artículo 15 de la Ley 13/1995 que derogó el Decreto 923/1965 y por el que “traspuso” incorrectamente las Directivas 77/62/CEE y 71/305/CEE y 92/50/CEE.

1. No era exigido el requisito de la solvencia a empresarios en España no porque no estuviese regulado por el derecho comunitario aplicable, sino porque el Estado incumplía los plazos de transposición de las Directivas mencionadas, o bien su transposición era incorrecta o parcial. Es por ello que mediante la Sentencia 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se sancionó a España por incumplir obligaciones impuestas por ejemplo por la Directiva 77/62/CEE del Consejo, 1 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (artículos 17,22 -24). Nada más y nada menos que un incumplimiento que duró treinta años.¹

Así durante ese largo período en España, las Administraciones públicas (ahora Sector Público) no exigía al contratista que acreditara la solvencia económica-financiera y la técnica-profesional y la clasificación en su caso, es decir que se ejecutaban obras, servicios o suministros para un fin público sin conocer si la empresa disponía de medios personales, experiencia, equipo técnico directivo, etiquetas de calidad necesarias, etc.

¹ PINTOS SANTIAGO, JAIME.” Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental”, Colección monográfica, INAP, junio 2017.

1.3 Concepto de la integración de medios externos: origen.

La posibilidad de acreditar la solvencia económica y/o técnica del empresario a través de la experiencia, medios o solvencia económica de un tercero con el fin de contratar con el Sector Público la ejecución de una obra, servicio o suministro tiene origen en la jurisprudencia europea, es decir como fuente del Derecho comunitario con primacía en su aplicación en el ordenamiento jurídico del Estado español.

Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998) caso "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 pertenece, 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"*.

A raíz de esta Sentencia, se reconoció expresamente el derecho a la integración de medios externos, para acreditar tanto solvencia económica como técnica, a

través del artículo 47 y 48 de la Directiva 2004/2018 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Así vemos como, desde 1999, no es necesario que el empresario licitador disponga el mismo de medios propios personales, materiales o solvencia económica sino que, en la contratación que liciten los Estados Miembros de la Unión Europea, se permite que el licitador acredite la solvencia a través de los medios de una tercera entidad o empresario persona física. La integración o puesta a disposición puede articularse de cualquier forma o vínculo jurídico (y como luego veremos cabe mencionarlo dentro del plazo de presentación de ofertas) y además será preciso acreditar y asegurar la disponibilidad de los medios durante la ejecución del contrato en cuestión.

1. En una situación parecida tiene cabida la integración de medios externos pero respecto a acumulación de clasificación en capacidades de las empresas del mismo grupo, esto es una interpretación más restrictiva en un momento inicial según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de abril de 1994, caso Ballast Nedam Groep I,²

A raíz de dicha sentencia se recogió la modificación en el artículo 15.1 de la Ley 13/1995 de 18 mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

² GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos". Revista contratación administrativa núm.139, septiembre 2015, editorial La Ley.

1.4 Diferencias entre la regulación de integración de medios externos: Directiva 2004/2018/CE y Directiva 2014/24/CE.

De un lado el artículo 48.3 de la Directiva 2004/18CE regulaba la integración de medios externos de forma genérica, sin establecer expresamente las modalidades según un licitador (operador económico) podría integrar las capacidades de otras entidades en un procedimiento de contratación pública. De ahí la consideración al respecto en la Sentencia de TJUE de 7 de abril de 2016, Apelski Dariusz, C-324/2014.

Posteriormente, el Considerando 2 de la Directiva 2014/24 aclara conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, como la Sentencia de 7 de abril de 2016 TJUE, Partner Apelski Dariusz, C-324/14.4

El actual artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 (y a su vez el artículo 75 LCSP) añade cambios sustanciales a la hora de invocar la integración de medios externos donde los operadores económicos sólo pueden *«basarse en las capacidades de otras entidades cuando éstas realicen las obras o los servicios para los que se requieran dichas capacidades»*.

El artículo 63 mencionado introduce nuevas condiciones no previstas en artículo 48 de la Directiva anterior, por ejemplo permite limitar en pliegos que ciertos trabajos se ejecuten de forma personalísima por el adjudicatario o por algún integrante de una unión temporal, restringiendo así el uso de la integración de medios externos.

A su vez el artículo 75 y 69 LCSP ha detallado dichas nuevas condiciones como es el deber de integrar medios de un tercero donde éstos vayas a prestar directamente contrato, no basta una simple invocación.

Respecto a los contratos de defensa, excluidos de la Directiva 2004/18CE y de la actual Directiva 2014/24/CE, la sentencia del TJUE 17 de marzo de 2011, asunto C 95/2010 Strong Segurança S.A, considera que el derecho intrínseco de integración de medios externos que recoge las Directivas ,a favor de licitadores, se vería eliminado o reducido ya que no es de obligada aplicación los preceptos 47.2 de la primera ni el 63 de la segunda al no ser Derecho derivado de obligado imposición a ciertos tipos de contratos excluidos de su ámbito, como el de defensa.

Son contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública, y se considera que la acreditación de solvencia por medios externos no deriva del principio de "competencia efectiva" ni del de "igualdad". Es decir, al aplicarse a éstos el Derecho originario como es el Tratado de Funcionamiento de la UE o de Constitución de la UE, éstos no regulan la integración de medios externos y de otro modo tampoco se permite la misma en aplicación de las Directivas (derecho secundario) al encontrarse excluidos de las mismas ciertos contratos.³

³ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de los contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública 2006, 179/02.

2. REQUISITOS Y LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS.

2.1 Límites previstos en la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 75 de la LCSP regula la integración de medios externos respetando el contenido del artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE de contratación pública.

De otro lado, la sentencia de 5 de abril de 2017 de TJUE, C298-2015, viene exigiendo que la presentación de ofertas conjuntas en Unión Temporal de Empresas (UTE) permita acreditar solvencia, a través de aportación de las mismas por cada uno de ellos, para cumplir los requisitos aplicables en materia de capacidades profesionales que corresponda, proporcionalmente, a la parte de la prestación que efectivamente llevará a cabo cada una de ellas si se le adjudica el contrato en cuestión. Es decir que se tenga en cuenta la naturaleza de las tareas que debe realizar cada licitador en Unión y las capacidades técnicas de cada uno a la hora exigidas proporcionalmente a lo que vaya a prestar. Por lo tanto concluimos que la integración de solvencia por medios externos puede ser utilizada por los licitadores que concurren en UTE, completando su solvencia con capacidades ajenas a los integrantes de las mismas, solvencia que se exigirá en relación proporcional a su participación en la UTE que ejecute el contrato en su caso.

La jurisprudencia de TJUE más reciente, además, aún en caso de fuerza mayor, una vez presentada la oferta, no cabe cambiar la empresa con la que se integra la solvencia si ésta pierde capacidades tras la adjudicación, como podría ser una clasificación. Es decir, aceptar una

nueva empresa después de ser el contrato adjudicado sería considerar una nueva oferta, fuera de plazo, y que altera un elemento sustancial del contrato: las partes.

Según las sentencias 4 de mayo de 2017 y 14 de septiembre de 2017 del TJUE, tampoco permiten, a posteriori, que el licitador presente una declaración o compromiso firmado con una entidad ajena al procedimiento si no lo expuso o manifestó en el plazo de presentación de ofertas, ya que se consideraría un cambio sustancial en la oferta al intentar integrar a un tercero ajeno conculcando así los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y transparencia que rige la contratación pública. Es decir, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador.

Respecto a la posibilidad de combinar la experiencia de dos entidades, la Sentencia 4 de mayo de 2017, C 387/2014, no lo consideró viable dado que en un contrato donde los pliegos exijan una solvencia técnica basada en la experiencia de mínimo ejecución de dos contratos de ciertos suministros en los 3 años anteriores a la licitación y por un valor cada uno de mínimo 150.000€, no puede aceptarse que se sumen los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, por separado, no poseen los conocimientos y experiencia exigidos por el poder adjudicador, cuando dicha experiencia sea indivisible, y por lo tanto el requisito de solvencia debe cumplirse un mismo licitador.

Así mismo la citada sentencia, señala que para basarse en la experiencia de un grupo de operadores económicos (condición de grupo según el artículo 42.1 de Código de Comercio español) no es posible que un licitador del grupo invoque la solvencia del resto de miembros del grupo (participen o no en el procedimiento) ya que sólo

puede basarse en la experiencia propia y efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de parte del contrato que se le asignó internamente dentro de la agrupación.

No obstante lo anterior, las observaciones anteriores hacen referencia a una situación en la que un operador económico presenta diversos suministros efectuados por un grupo de operadores específicamente como experiencia propia, cuestión no es válida si no acredita haber prestado efectivamente trabajo en tal contrato y dentro del tal grupo. Pero esta limitación debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que un operador económico se base en las capacidades de terceros según artículo 63 de Directiva 2014/24/CE y artículo 75 LCSP.⁴

2.2 Prácticas colusorias en la integración de medios externos.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 3 julio de Defensa de la Competencia prohíbe las prácticas colusorias a través de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional .

⁴ BOBEK, MICHAEL, Abogado general de TJUE. Conclusiones presentadas el 24 noviembre de 2016 sobre sentencia TJUE de 4 de mayo de 2017 , C 387/2014

La misma Ley considera nulos de pleno derecho los acuerdos que se adopten en virtud de estas prácticas colusorias.

Se puede entender que existe una conducta colusoria y con ánimo de falsear la competencia cuando, en fase de licitación, el licitador aporta capacidades de terceras empresas para acreditar la solvencia técnica o financiera, cuando la tercera entidad podría por sí misma presentar su oferta individual en el mismo procedimiento ya que cumple igualmente con la capacidad de obrar, aptitud, solvencia, etc., exigida en el pliego del contrato en cuestión.

El artículo 150.1 de la LCSP establece que las Mesas de contratación puedan trasladar, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación. La remisión de información de prácticas colusorias provocará la suspensión del procedimiento de licitación.

Si bien, no existe, a día de hoy, reglamento que desarrolle tal potestad. Ni su consideración como causa de exclusión directa en la LCSP.

De otro lado el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, permite a los poderes adjudicadores excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando tenga indicios suficientemente plausibles de que aquél ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

Así se ha pronunciado la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, en el informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, e indica que, hasta que se apruebe la nueva ley y el reglamento que la desarrolle, no podrá considerarse una causa de exclusión de forma automática.⁵

Cuestión distinta sería en fase de ejecución del contrato, y en virtud de la figura de la subcontratación, que se constataste que existe una práctica colusoria por parte del contratista. Así, en pliegos puede recogerse expresamente una causa de resolución por incurrir de forma sobrevenida en causas de resolución, como sería el caso de haber sido sancionado de manera firme, por falseamiento de la competencia, en la comisión de una infracción grave.

En este caso, el contratista incurriría en prohibición de contratar con el Sector público, previa su declaración, además de conllevar la nulidad de la adjudicación del contrato.

Es por ello que se deben incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato en cuestión, unas cláusulas anticolusorias así como incluir un compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias en virtud de la Ley de Defensa de la Competencia en la declaración responsable, o bien en anexo al documento europeo único de contratación, que sustituye documentación recogida en el artículo 140 a

⁵http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Informe_11-2016.pdf consultada en mayo de 2018.

141 o bien 159.4 de la Ley 9/2017 8 noviembre de Contratos del Sector Público.⁶

Respecto a los motivos u objetivos de estas prácticas colusorias suelen ser la fijación del precio o presupuesto ofertado y/o el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.)⁷

2.3 Primer informe sobre contratación pública española en 2017 de la Junta Consultiva de Contratación estatal.

De acuerdo con el Artículo 328.4 LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado elaborará y remitirá a la Comisión Europea cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales que, respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada.

⁶ LOPEZ MIÑO, ANTONIO Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, *"Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública"*, diciembre 2012, en IPN/CNMC/011/15 Anteproyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los Sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁷ <http://www.competencia.euskadi.eus>, consultada en mayo 2018.

Pues bien, se ha emitido el primer informe exigido en el citado precepto, y respecto al artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE y del derogado artículo 63 del Real decreto legislativo 3/2011 14 noviembre (ahora artículo 75 LCSP), se deja en evidencia que se han generado problemas de interpretación (forma de acreditar la disposición efectiva de la solvencia y medios de otras entidades, tanto de la solvencia técnica y profesional como de la económica y financiera) en la citada regulación.⁸

Así mismo manifiesta que, en la regulación actual, hay incertidumbre sobre este asunto en relación con la exigencia de Certificados de Calidad y/o Gestión medioambiental.

3. DIFERENCIA ENTRE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS Y LA SUBCONTRATACIÓN.

De un lado, diremos que la figura de la integración de medios externos para acreditar la solvencia es un derecho del licitador que ha de ser ejercicio en una fase inicial, es decir en el momento de presentar las ofertas. Es una figura que posibilita acreditar los criterios de selección exigidos para poder contratar con el Sector Público, siempre que esta sea exigible; contratos de suministros o servicios de valor estimado igual o superior a 35.000 euros o 80.000 euros para contratos de obras. El licitador

⁸ Primer informe (2017) de supervisión de la contratación pública en España de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. <https://contrataciondelestado.es/>, consultada en mayo 2018.

puede ejercer su derecho previsto directamente en la legislación.

En cambio la subcontratación, diremos que es una posibilidad que podrá ejercer el contratista siempre que lo haya recogido expresamente el pliego de cláusulas administrativas según el artículo 215 y siguientes de la LCSP. Así la subcontratación entra en juego en fase de ejecución el contrato, una vez adjudicada.

Respecto a la figura de la subcontratación la jurisprudencia del Tribunal europeo, en las Sentencias del TJUE 18 de diciembre de 1997, C5-1997, o la de 2 diciembre de 1999, C-176/1998, o de 18 de marzo de 2004, C-314/2004, reconoció la existencia de un derecho de aportar medios recurriendo a la subcontratación con terceros y no solo a la integración de medios por sociedad dominante sobre el grupo de empresas al que perteneciese. A raíz de dicha jurisprudencia se modificó la Ley 30/2007 30 octubre de Contratos del Sector Público.

A diferencia de la subcontratación, se puede considerar que la acreditación de capacidades por la integración de los medios externos es una posibilidad intrínseca del licitador y de difícil limitación en los pliegos, dado que, excepcionalmente, se podrá prohibir la integración de otras capacidades por considerarse expresamente en pliegos que las prestaciones han de ejecutarse de forma personalísima, por el adjudicatario, en ciertas obras o servicios complejos.

Ni la ley, ni directiva ni la jurisprudencia han definido cuando puede considerarse obras o servicios complejos para exigir que la experiencia o personal titulado sea o esté contratado por el licitador de forma personal o

propia. Así prácticamente, en pliegos, no se puede limitar la acreditación de solvencia por medios externos. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TJUE de 10 octubre de 2013, C-94/2012.

En cambio en la subcontratación si puede prohibirse directamente en pliegos sin justificar dicha limitación en los documentos contractuales.

De otro lado, es causa de resolución si se cambia un subcontratista inicialmente indicado en la oferta del licitador y siempre que se haya exigido en los pliegos, de conformidad con el artículo 215.2 a) LCSP, así la sentencia del TJUE de 13 de abril de 2010, Wall, C 91-2008, consideró que sería una modificación sustancial contratar a otro subcontratista diferente al inicialmente previsto si las prestaciones en cuestión fueron determinantes en la celebración del contrato.

4. CONCLUSIONES

- La integración de medios externos para acreditar la solvencia del licitador ha sido una figura jurídica creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con efectos en la contratación por los Estados Miembros de la Unión Europa.
- La interpretación de la integración de medios externos es de carácter amplio y no cabe limitar, per se, en pliegos que el licitador ha de acreditar un mínimo de solvencia para sólo poder acreditar la otra parte a través de capacidades de terceros. La Sentencia de Audiencia Nacional 4 de noviembre de 2013, desplaza el criterio que venía siguiendo el tribunal administrativo central en materia de

contratos en años atrás en cuando ahora no puede exigirse de manera automática un mínimo de solvencia propia al licitador, ya que excepcionalmente podrá limitarse si la prestación ha de hacerla con carácter personalísimo el adjudicatario.

- Es necesaria una regulación más clara o concreta y vinculada entre las figuras de la integración de los medios externos (operable en fase de licitación) respecto de la subcontratación (operable en fase de ejecución) previstos en el artículo 75 y 215 a 216 de la Ley 9/2017 8 noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Es necesaria una regulación más concreta y expresa en la LCSP sobre la prohibición de subcontratar en caso de haber limitado la integración de medios externos para acreditar la solvencia técnica o profesional en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan una contratación. No es congruente prohibir excepcionalmente la integración de medios y de otro lado permitir la subcontratación en los documentos contractuales del mismo contrato.
- El artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE y artículo 69 LCSP, deben interpretarse en el sentido de que un operador económico que ha ejecutado un contrato como miembro de un grupo de operadores económicos únicamente puede invocar como experiencia propia la experiencia efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de ese contrato. Esa conclusión se entiende sin perjuicio de que el operador económico pueda basarse en las capacidades de terceros en las condiciones previstas en artículo 75 LCSP.

- El novedoso papel de las Mesas de contratación u órgano de contratación en cuanto al control de posibles infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia en las prácticas colusorias que pueden darse de aceptar integración de medios externos de ajenos cuando éstos mismos por sí solos podrían presentarse a la licitación con una oferta propia.

BIBLIOGRAFÍA:

PINTOS SANTIAGO, JAIME. " Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental", Colección monográfica, INAP, junio 2017.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos". Revista contratación administrativa núm.139, septiembre 2015, editorial La Ley.

Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de los contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública 2006, 179/02.

BOBEK, MICHAEL, Abogado general de TJUE. Conclusiones presentadas el 24 noviembre de 2016 sobre sentencia TJUE de 4 de mayo de 2017 , C 387/2014

http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Informe_11-2016.pdf , consultada en mayo de 2018.

LOPEZ MIÑO, ANTONIO Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, "*Insuficiencia del Derecho español para*

impedir y corregir la colusión en la contratación pública”, diciembre 2012, en IPN/CNMC/011/15 Anteproyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los Sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

<http://www.competencia.euskadi.eus>, consultada en mayo 2018.

Primer informe (2017) de supervisión de la contratación pública en España de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. <https://contrataciondelestado.es/>, consultada en mayo 2018.