



Roj: **SAN 909/2015 - ECLI: ES:AN:2015:909**

Id Cendoj: **28079230042015100046**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/02/2015**

Nº de Recurso: **463/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000463 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05936/2013

Demandante: ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL "RED.ES"

Procurador: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil quince.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 463/2013 seguido a instancia de ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL "RED.ES" que comparece representada por la Abogacía del Estado, contra la Resolución dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. La cuantía de indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de diciembre de 2013 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, de fecha 30 de octubre de 2013 (Rec 482/2013), por la que se estimaba el recurso interpuesto por CONNECTIS ICT SERVICES SA y RIAM INTERLEARNING LAB SL, contra al acuerdo de adjudicación del Órgano de Contratación "RED.ES" dictado en el procedimiento de licitación para la adjudicación del Contrato "Integración de Agrega2 a una plataforma



semántica y la prestación de servicio de uso de la misma en modo SaaS" (Exp. 025/13-SV), que anulamos, con los efectos señalados en el Fundamento de Derecho Sexto, "in fine".

SEGUNDO.- Remitido el expediente se formuló demanda por la Abogacía del Estado el 27 de marzo de 2014, solicitando la anulación de la resolución recurrida. Por escrito de 5 de mayo de 2014 CONNECTIS ICT SERVICES SA y RIAM INTERLEARNING LAB SL, manifestaron su carencia de interés y que se les tuviese por "no personados".

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el 18 de febrero de 2015.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El debate se centra en la interpretación que deba darse al art 63 de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Conforme a dicha norma: "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 tanga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios".

En efecto, de entre las varias cuestiones planteadas por CONNECTIS ICT SERVICES SA y RIAM INTERLEARNING LAB SL en el recurso especial en materia de contratación, una de ellas, en la que ahora debemos centrarnos, consistía en cuestionar la solvencia técnica de UTE EMERGYA SA-EMERGYA INGENIERIA SL. Entre otros motivos porque los proyectos que aportaba para justificar su solvencia técnica habían sido realizados por dos empresas y dos universidades a las que se pretendía subcontratar. Es decir, en opinión de los recurrentes, el 100% de su solvencia técnica se basaba en la solvencia de las empresas que pretendía subcontratar. Añadiendo que desconocían si "aportaban acuerdos de subcontratación".

En el informe emitido por "RED.ES" sostuvo que en relación con la acreditación de la solvencia en relación con la experiencia requerida y a la aportación de proyectos realizados por otras empresas a la que se pretende subcontratar que "la acreditación de la solvencia necesaria para la celebración de un contrato mediante la integración de medios externos es una circunstancia contemplada expresamente por la LCSP en su art. 63 , sin que en el mismo se establezcan restricciones en relación a la solvencia acreditable por esta vía siempre y cuando los requisitos acreditados no se consideren personalísimos (como es el caso que nos ocupa) y se cumplan los requisitos formales para la misma (se presentan en este caso las correspondientes declaraciones de las empresas manifestando su compromiso de colaborar con la adjudicataria poniendo a su disposición todos los medios necesarios para la correcta ejecución del contrato)".

Por su parte, la empresa UTE EMERGYA SA-EMERGYA INGENIERIA SL razonó que la solvencia técnica no estaba basada únicamente en los proyectos realizados, sino también en certificaciones de buenas prácticas aportadas, como la certificación ISO 9001:2008. Y, por otra parte, la parte de Ingeniería Ontológica y desarrollo de aplicaciones semánticas supone menos de la mitad del trabajo total del proyecto, por lo que es adecuado que el 20% de subcontratación sea suficiente para justificar la solvencia técnica requerida al efecto. Es decir, se buscan capacidad en temas concretos: Semántica y Ontología pero no proyectos iguales en volumen en cuanto a su facturación, ya que éste proyecto incluye otros sistemas adicionales, como Red Social, Gestión de Identidades, búsqueda facetada, hosting durante un año, etc. en que las integrantes de la UTE adjudicataria tienen sobrada experiencia. Ese equipo de expertos (20%) es el que acompaña y guía el proyecto para estas partes. Adjuntando documentos en los que las entidades subcontratadas se comprometían al uso de sus medios para la ejecución del contrato.

Planteado el tema en estos términos, el TACRC recuerda que con arreglo al punto 7.2 del Pliego de Condiciones Particulares, relativo a los "requisitos de solvencia técnica y profesional" el licitador "deberá acreditar su experiencia durante los tres últimos años en, al menos dos proyectos similares en cuanto a su objeto al contrato licitado". Entendiéndose por tales "aquellos en los que se hayan realizado servicios de Ingeniería Ontológica sobre grandes volúmenes de datos y el desarrollo de aplicaciones semánticas que exploten dichos datos". Lo que se acreditará mediante la expedición de los correspondientes certificados.

Pues bien, para el TACRC la "experiencia" que puede acreditarse por la vía del art. 63 del TRLCSP es la relativa al "personal o equipo técnico exigible", pero no la referida a la "experiencia en proyectos análogos como criterio de solvencia". Insistiendo el Tribunal en que debe valorarse "de modo prioritario" la "experiencia propia de los licitadores" y solo de forma "complementaria" la "experiencia de los posibles subcontratistas". Lo que de hecho supone que si no se tiene "experiencia propia" no cabe acudir al art 63 TRLCSP , pues la experiencia de los subcontratistas sólo puede ser valorada como "complementaria".



Lo que se sostiene en el recurso por la Abogacía del Estado es que dicha restricción a la hora de valorar la experiencia no encuentra amparo normativo, pues el art. 63 se limita a indicar que "el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades", siempre que "demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios".

En realidad, la literalidad del art. 63 no resuelve el problema planteado, pues se refiere a la "solvencia y medios de otras entidades", expresiones hablar pero que no utilizan el término "experiencia", aunque parece lógico y así lo anticipamos, que si se permite la integración de la solvencia económica, técnica y profesional, parece razonable entender que estas últimas -técnica y profesional-, también comprenden la experiencia, difícilmente separable de aquellas. De hecho, en el Dictamen JCCA 45/02 se sostiene que la integración comprende "la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material de instalaciones y equipo técnico, y de la experiencia exigida pueden ser acreditadas mediante las citadas referencias a medios de otras empresas". Lo que ocurre es que la Resolución del TACRC, sostiene que la "experiencia" a que se refiere el Dictamen 45/2002 es la del personal o equipo técnico, pero no la experiencia en proyectos análogos como criterio de solvencia.

Como la norma indicada es transposición de una Directiva Comunitaria, para interpretar su alcance debemos acudir al ordenamiento jurídico de la Unión.

SEGUNDO. - Establece el art. 48.3 de la citada Directiva, al regular la capacidad técnica y profesional que: "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 para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios".

Por lo tanto, al referirse el art. 63 del TRLCSP a la "solvencia y medios de otras entidades" que intervienen con carácter externo mediante la técnica de la subcontratación, se está refiriendo tanto a la solvencia "económica y financiera" como a la solvencia "técnica y profesional".

El origen de la indicada regulación se encuentra, entre otras, en la **STJCE de 14 de abril de 1994 (C-389/92)**, conforme a la cual "puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona física o jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica"; siempre que "efectivamente [tenga] a su disposición los medios de estas últimas que sean necesarios para la ejecución de los contratos". Doctrina reiterada por la **STJCE de 18 de diciembre de 1997 (C- 5/97)**, insistiendo en que "la autoridad competente está obligada, cuando se acredite que dicha persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada". También por la **STJCE de 2 de diciembre de 1999 (C- 176/98)**, destaca el hecho de que "la posibilidad de que el licitador disponga efectivamente de los medios necesarios para la ejecución del contrato no puede presumirse, cualesquiera que sean sus relaciones jurídicas con los miembros del grupo al que pertenece, y debe ser objeto, por parte del Juez nacional, de un examen minucioso de las pruebas que el interesado está obligado a aportar"; que es posible acudir a la técnica de la "subcontratación"; y que "ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen"; concluyendo que "para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, una sociedad se refiere a las capacidades de organismos o empresas a los que está unida por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe probar que puede efectivamente disponer de los medios de esos organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato". La **STCE de 18 de marzo de 2004 (C- 314/01)**, sostiene que es "posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato".

Por lo demás y como afirma la **STJUE de 23 de diciembre de 2009 (C-305/2008)**, uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible..... [redundando] en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación....A este respecto, es necesario añadir que dicha apertura a la competencia más amplia posible se pretende no únicamente en aras del interés comunitario en materia de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de la propia entidad adjudicadora implicada, que dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la



colectividad pública de que se trate". Añadiendo que "las normas comunitarias no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello".

En esta línea de interpretación, la reciente Directiva 2014/24/CE -aunque no sea de aplicación parece razonable acudir a la misma a efectos de interpretar el alcance de la normativa anterior, tal y como se hace por el Abogado General en el asunto **C- 601/13-**, en su considerando 94 expone que "siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad". Estableciendo en su art. 63.1 al regular el recurso a la capacidades de otras entidades, que con relación a la "la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos 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. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto".

Por lo tanto, los "operadores económicos" pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades, si bien únicamente cuando estas últimas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los que sean necesarias dichas capacidades. En esta línea de interpretación amplia también cabe citar la **SAN (5ª) de 16 de marzo de 2011 (Rec. 71/2010)** o la más reciente **SAN (3ª) de 4 de noviembre de 2013 (Rec 444/2012)**.

La Sala concluye, por lo expuesto, que la Directiva Comunitaria al regular la integración de la solvencia por medios externos, se refiere tanto a la solvencia económica y financiera, como a la técnica y a la profesional, incluida en esta última la experiencia. Tal y como se infiere de la evolución de la jurisprudencia comunitaria y de la actual redacción de la Directiva 2014/24/CE, en la que se hace expresa mención a la "experiencia profesional". Por lo tanto, el TACRC, al realizar una interpretación que condiciona la valoración de la experiencia de las empresas subcontratadas a la previa existencia de experiencia propia, realiza una interpretación contraria la normativa de la Unión. La cual no permite tal condicionamiento y valora de forma amplia la experiencia de otras entidades a las que acuda el operador económico; pues lo esencial es que el operador económico con sus propios recursos o a través de la subcontratación -siempre que presente las garantías adecuadas al efecto- sea capaz de realizar en forma adecuada el conjunto de prestaciones que integran el contrato.

TERCERO.- No procede imponer costas en aplicación del art. 139 LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre y representación de ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL "RED.ES" contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, de fecha 30 de octubre de 2013 (Rec 482/2013), por la que se estimaba el recurso interpuesto por CONNECTIS ICT SERVICES SA y RIAM INTERLEARNING LAB SL, contra al acuerdo de adjudicación del Órgano de Contratación "RED.ES" dictado en el procedimiento de licitación para la adjudicación del Contrato "Integración de Agrega2 a una plataforma semántica y la prestación de servicio de uso de la misma en modo SaaS" (Exp. 025/13-SV), que revocamos por no ser ajustada a Derecho. Sin condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ