



Expte.: R-38/2016

ACUERDO 40/2016, de 26 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don C.C.G contra su exclusión de la licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía, promovida por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía promovido por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA). En dicha licitación don C.C.G presentó una oferta.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de mayo de 2016 NILSA requiere a don C.C.G que subsane la documentación presentada de la siguiente forma:

a) Información sobre la naturaleza jurídica de los vínculos con la empresa “NORTALUD, S.L.”.

b) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, presentación de un documento en el que “NORTALUD, S.L.” y don C.C.G declaren ser responsables solidarios de la ejecución del contrato.

c) Presentación de un documento en el que “NORTALUD, S.L.” aclare qué compromiso de prestación de servicios tiene con don C.C.G, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE.

Don C.C.G aporta documentación el día 31 de mayo de 2016 y con fecha 7 de junio de 2016 se le notifica su exclusión al no haber acreditado cumplir con los umbrales de solvencia exigidos para poder ser parte del Acuerdo Marco.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de junio de 2016 don C.C.G presenta reclamación en materia de contratación pública que se fundamenta en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Que no se señalan las causas de incumplimiento de los umbrales de solvencia por lo que su exclusión carece de motivación.

b) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) donde se permite la acreditación de la solvencia basándose en la solvencia de otras empresas con independencia de los vínculos que los unen, se ha presentado una declaración responsable del volumen de negocio de “NORTALUD, S.L.” por importe superior a 80.000 euros y dos certificados de dicha empresa por importe superior a dicha cifra, por lo que ha acreditado su solvencia. Además, señala que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE en relación con la responsabilidad solidaria de ambos en la ejecución del contrato puesto que aquella no se ha traspuesto y el efecto directo de las Directivas solo se predica de las obligaciones de los poderes adjudicadores y nunca puede hacerse valer en contra de los derechos de los particulares.

c) Que no es necesaria la presentación de un documento en el que “NORTALUD, S.L.” declare qué compromisos de prestación de servicios tiene con el reclamante puesto que es una regulación de la Directiva 2014/24/UE que no se encuentra traspuesta. Además, en el pliego nada se dice respecto a la subcontratación y aportación de documentación de prestación de servicios por parte de un tercero por lo que exigirlo ahora supondría la vulneración del principio de igualdad de trato. En este sentido cita en su apoyo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 1ª), de 14 de enero de 2016 (Asunto C-234/14), en la que se significa que un poder adjudicador no puede exigir a un licitador que basa su solvencia en las capacidades de otros, a través

del pliego de condiciones, la obligación de suscribir un convenio de colaboración o de constituir con ellos una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato.

En consecuencia, solicita que se anule la exclusión de su oferta, se retrotraiga el expediente al momento anterior a la exclusión y, adicionalmente, la suspensión temporal del procedimiento de licitación hasta la resolución de la reclamación y la declaración de confidencialidad de los currículos y de la certificación bancaria de solvencia.

TERCERO.- Con fecha 14 de junio de 2016 NILSA aporta la documentación del contrato y presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) No es aceptable la alegación del recurrente de que los umbrales requeridos en el condicionado del contrato sean desproporcionados y que es suficiente cierta solvencia, aunque no la requerida, para la ejecución del mismo. Los umbrales de solvencia requeridos en las condiciones reguladoras son adecuados y proporcionados y no han sido impugnados en el plazo correspondiente.

b) Para la acreditación de la solvencia no se pide la aportación de medios sino el cumplimiento de ciertos umbrales de cifra de negocios (solvencia económica) y de un determinado importe ejecutado en servicios de topografía (solvencia técnica) que considera que son propios y personalísimos de cada empresa. Por ello, siguiendo la tendencia de la legislación (Directiva 2014/24/UE), en el caso de que se acredite la solvencia por referencia a otras empresas se debe exigir cierto compromiso por parte de la empresa acreditadora por lo cual se ha exigido información sobre la naturaleza jurídica de los vínculos con la empresa “NORTALUD, S.L.” a lo que el reclamante ha manifestado que no existen sino que se trata de una buena relación profesional.

c) Que dado que el reclamante no ha aportado un documento en el que conste la responsabilidad solidaria con “NORTALUD, S.L.”, que ha considerado desproporcionada, se puede concluir que “NORTALUD, S.L.” no se compromete a ser

responsable de la realización del contrato. Tampoco ha aportado el documento en el que conste qué compromiso de prestación de servicios asume “NORTALUD, S.L.” respecto al Acuerdo Marco, por lo que entiende que no existe compromiso alguno para ello.

Entiende NILSA que ante esta situación y para velar por la correcta ejecución del contrato debe cuestionarse qué valor tiene la referencia a las capacidades de otra empresa cuando no existe ningún compromiso práctico por parte de ésta con respecto a la realización del contrato ni responsabilidad alguna para el caso de una incorrecta ejecución. De admitirse, nos podríamos encontrar ante un “traspaso de solvencias” entre empresas sin que exista ninguna responsabilidad respecto a los contratos sobre los que se presta la solvencia.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 18 de junio de 2016 don C.C.G presenta un nuevo escrito de alegaciones donde reitera las alegaciones presentadas en su reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA) tiene reconocida la condición de ente instrumental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 18 de mayo de 2016, siendo, por tanto, una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a una Administración Pública sometida a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP). Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e) de la LFCP, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de las entidades sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la norma (que satisfagan fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y que la Administración pública tenga influencia dominante sobre ellas), como es el caso de NILSA, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley

Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP, de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de exclusión de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- El primer motivo para la impugnación de su exclusión que aduce el reclamante es que al notificarse la decisión no se señalan las causas de incumplimiento de los umbrales de solvencia, por lo que su exclusión carece de motivación.

Respecto a la motivación de los actos, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de julio de 2010 significa que *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente*

tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".

De este modo, la motivación exigible es aquella que permite conocer, a los propios interesados y a los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar el control de legalidad de los actos, las razones que han conducido a su adopción, para lo cual dichas razones deben expresarse de una forma suficiente para permitir al interesado oponerse mediante la interposición de un recurso fundado.

Analizando la documentación obrante en el expediente observamos que consta un correo electrónico remitido por NILSA al reclamante, de fecha 7 de junio de 2016, en el que se le informa literalmente lo siguiente:

“En relación a la documentación presentada para la subsanación de las dudas detectadas en el “Sobre 1-. Documentación Administrativa del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía”, le comunico que consideramos que no cumple con los umbrales de solvencia exigidos en el punto 4º de las “Condiciones reguladoras del Acuerdo Marco para prestación de servicios de topografía”.

Por ello, lamento comunicarle que su solicitud de participación en la licitación referenciada ha sido rechazada.”

A ello debemos añadir, como se ha recogido en el antecedente segundo, que previamente, con fecha 26 de mayo de 2016, NILSA requirió a don C.C.G que subsanara la documentación presentada en los siguientes términos:

“Revisada la documentación presentada en el Sobre 1 “Documentación Administrativa del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía” se han detectado las siguientes necesidades de aclaración relativas a la acreditación de la Capacidad para contratar y umbrales de Solvencia (Punto 4º de las Condiciones Reguladoras):

- *Nos debe informar sobre la naturaleza jurídica de los vínculos con la empresa NORTALUD, S.L.*

- *ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA. La acreditación se realiza a través de la empresa NORTALUD, S.L.*

Según el art. 63 de la Directiva 2014/24/UE “Cuando un operador económico 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 que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato”

Por lo que, es necesaria la presentación de un documento por el que NORTALUD, S.L. y D. C.C.G declaren ser responsables solidarios de la ejecución del contrato.

- *ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL. La acreditación se realiza a través de la empresa NORTALUD, S.L.*

Según el art. 63 de la Directiva 2014/24/UE “...un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales., o a 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.”

Por lo que es necesaria la presentación de un documento por el que NORTALUD, S.L. declare qué compromiso de prestación de servicios tiene con D. C.C.G.”

Visto lo expuesto, queda patente que la decisión de exclusión no fue debidamente motivada ya que lo único que se dice en la notificación es que se considera *“que no cumple con los umbrales de solvencia exigidos en el punto 4º de las “Condiciones reguladoras del Acuerdo Marco”, sin mayor explicación.*

No obstante, el reclamante conocía el contenido de los requerimientos efectuados y, al no cumplirlos, también el porqué de su exclusión.

Prueba de ello es que en el escrito que presenta en el trámite de subsanación, tras empezar afirmando que *“Dado la situación actual de crisis, intensificada en mayor medida en el sector de la construcción, añadido a un comienzo de actividad profesional “real” a mediados del año 2014, muy duro por las condiciones actuales, el licitador no cuenta con posibilidad de aportar la solvencia técnica y económicas en el volumen recogido en las condiciones reguladoras, por sí mismo”,* y no aportar los documentos que se le exigen, continúa argumentando que una vez examinadas las necesidades de topografía que pudiera demandar NILSA extrae la conclusión de que serían pequeños trabajos a facturar por horas, de carácter puntual, sin continuidad, por lo que, afirma, *“Debido a que el licitador cuenta con personal, equipos fotográficos e infraestructura necesaria, descarta la formación de UTE o subcontratación, por el tipo de trabajo descrito anteriormente, optando por realizar su oferta mediante la acreditación de la solvencia técnica por medios externos, en este caso aportada por NORTALUD, S.L., con la cual no mantiene vínculo jurídico alguno, más allá de una buena relación profesional por haber coincidido y colaborado en otros tiempos, en trabajos de topografía en otras obras y actuaciones, anteriores al inicio de mi actividad como profesional. Esta empresa ha aportado para la ejecución de este contrato específico su capacidad técnica y económica, por si fuera necesario, recurrir a ella, para una correcta ejecución del contrato.”*

En definitiva, la decisión de exclusión se ha comunicado al reclamante sin la necesaria motivación, lo que debiera producir el efecto, en principio, de que la reclamación se estimara, anulándose el acto y ordenándose la retroacción de actuaciones, a fin de que la entidad contratante adoptara y notificara una decisión

debidamente motivada. Pero esta no puede ser la solución justa ya que en realidad el reclamante conocía los motivos de su exclusión aunque, como luego veremos, manifieste que no está de acuerdo con ellos tanto en la contestación al requerimiento de subsanación como en la propia reclamación y, fundamentalmente, por que ha podido interponer una reclamación debidamente fundada, sin sufrir indefensión.

Por ello, amparado además en el principio de economía procesal, este Tribunal desestima este primer motivo de impugnación para continuar con el análisis de los motivos de fondo que sustentan la reclamación.

SEXTO.- Dispone el artículo 10.1 de la LFCP que podrán celebrar contratos públicos aquellas personas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional. A estos efectos, la norma determina que tanto el nivel de solvencia económica y financiera, entendida como la adecuada situación económica y financiera de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de carácter económico o financiero, como el nivel de solvencia técnica o profesional, entendida como la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes, serán específicos para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada (artículos 13 y 14 de la LFCP). En los mismos artículos se establecen los medios que pueden servir para acreditar la solvencia de los licitadores.

Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 1/2014, de 24 de enero (expediente 49/2013), estas disposiciones no son sino fiel transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que en su considerando 39 señala que la verificación de la aptitud de los licitadores y su selección “*deben realizarse en condiciones de transparencia*”. A tal fin, dice la Directiva, “*conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios*

que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato.”

En consonancia con lo expuesto en el considerando citado, el apartado 2 del artículo 44 de la misma Directiva de 2004 dispone que los poderes adjudicadores podrán exigir los niveles mínimos de capacidades que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos *“deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato”* (en el mismo sentido se expresa el artículo 58.1 de la vigente y aun no transpuesta a nuestro ordenamiento interno Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, como luego veremos) y *“se indicarán en el anuncio de licitación”*.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 76/2013, de 17 diciembre, identifica los principios que inspiran toda licitación pública: transparencia, concurrencia y efectiva igualdad de trato, principios que recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de abril de 2013 (Reino de España contra Comisión), cuando afirma: *“...El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que*

se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)”.

En nuestro citado Acuerdo 1/2014 también señalamos que de la normativa y doctrina citada se desprende que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia. A estos efectos, también dijimos que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato.

Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 13 y 14 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias que se pretenda contratar (artículo 14.2 LFCP).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la entidad contratante fijó claramente en las Condiciones Regulatoras de la licitación los umbrales de solvencia exigidos para poder participar en ella (condición 4ª) y estos umbrales fueron aceptados incondicionalmente por el hoy reclamante al presentar su oferta (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005: principio general del derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos), pese a que personalmente no podía cumplir con los mismos,

como admite en la propia documentación que presentó tras el requerimiento de subsanación enviado por NILSA.

No obstante, pese a que el licitador no pueda acreditar la solvencia exigida por sus propios medios esto no quiere decir que no puede participar en el procedimiento en cualquier caso ya que, conforme al artículo 15 de la LFCP, para acreditar su solvencia los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, pero en estos casos, como señala reiterada jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 14 de abril de 1994, asunto C-389/92; de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97; de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98 y de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01), corresponde al poder adjudicador comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y esa disponibilidad no se presume, por lo que el poder adjudicador debe examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador.

Al respecto es bien clara la doctrina expresada en la última de las Sentencias citadas cuando señala que *“corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato. (...) En efecto, una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades”*.

Como ya dijimos en nuestro Acuerdo 41/2015, de 3 de junio, en definitiva lo que se exige es que exista una puesta a disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato y no la simple presentación de un documento donde se señale que su emisor cumple o no los requisitos de solvencia.

SÉPTIMO.- En lo referido a la solvencia técnica o profesional, NILSA requirió al reclamante *“la presentación de un documento por el que NORTALUD, S.L. declare qué compromiso de prestación de servicios tiene con D. C.C.G.”*, y lo hizo, según señaló, amparada en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE (párrafo primero del apartado 1), que establece: *“...un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales..., o a 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.”* Dicho párrafo finaliza señalando: *“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.”*

Como la entidad adjudicadora motiva sus requerimientos en lo dispuesto en la vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y dado que el artículo 90 de la citada Directiva dispone que el plazo de transposición de la misma finaliza el 18 de abril de 2016, habiéndose superado con creces dicho plazo sin que se haya realizado su transposición a nuestro ordenamiento interno, debemos analizar cuales son los efectos jurídicos de esta falta de transposición y si la norma puede servir de amparo para el citado requerimiento.

Conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la directiva, disposición de Derecho derivado, obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Por tanto, necesita para su eficacia un acto expreso de incorporación al ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros, acto para el cual la propia directiva fija un plazo máximo. Pero transcurrido ese plazo máximo otorgado para su transposición y si ésta no se ha realizado, la jurisprudencia comunitaria determina que, cumpliéndose determinados requisitos, la

directiva adquiere efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales.

Como se significa en el documento denominado “*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en reunión celebrada en Madrid, el 1 de marzo de 2016:

“La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea (STJUE de 15 de julio de 1964, Costa-Enel, asunto C-6/64), y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general (STJUE de 5 de abril de 1979, Ratti, asunto C-148/78, y STJUE de 19 de enero de 1982, Becker, asunto C-8/81), como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública (STJUE de 24 de septiembre de 1998, Walter Tögel, asunto C-76/97 y STJUE de 2 de junio de 2005, Koppensteiner, asunto C-15/04). En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado. A continuación se analizan los elementos contenidos en esta definición.

A) Ámbito de aplicación.

El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas

fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

B) Incumplimiento del deber de transposición

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

a) Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre) satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta que el TRLCSP (en Navarra la LFCP) transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la positivización de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP.

b) *Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva.*

Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria (Igualmente, la STJUE de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, asunto C-305/08 y la STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK), asunto C-406/08).

C) Mandato claro, preciso e incondicionado.

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica¹; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los

contratos sujetos a ella (STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, apartados 44 y 46).

D) Prohibición del efecto directo vertical descendente

*El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo “vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado” (STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, asunto C-425/12).*

Consecuentemente, los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no transpuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos.”

En el mismo documento los Tribunales señalamos que el primer párrafo del apartado 1 de la Directiva, que contiene un mandato claro, preciso e incondicionado, tiene efecto directo, si bien su contenido ya está incorporado en el artículo 63 del TRLCSP (en Navarra en el artículo 15 de la LFCP), debidamente interpretado en coherencia con la jurisprudencia del TJUE, en especial la Sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtniesk*, asunto 234/14. Como dijimos, la mención a los títulos de estudios y profesionales se puede dar también por incorporada porque en realidad no es sino un caso específico del criterio general de la necesidad de demostrar la disposición efectiva

de los medios ajenos, ya recogida en el artículo 63 del TRLCSP y en la jurisprudencia (STJUE de 2 de diciembre 1999, *Holst Italia*, asunto C-176/98 y STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG*, asunto C-314/01).

A estos efectos, téngase en cuenta que si bien el artículo 63 del TRLCSP establece que 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*”, el párrafo primero del artículo 15 de la LFCP se limita a decir que para acreditar su solvencia “*los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas*”, sin añadir expresamente la obligación de demostrar que para la ejecución del contrato se dispone efectivamente de esos medios.

Esto no quiere decir que en Navarra no sea exigible dicha disposición de medios ya que el la propia LFCP, en su artículo 21, determina que la norma deberá ser interpretada “*respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria*” y esta (Sentencias de 2 de diciembre 1999, *Holst Italia*, asunto C-176/98 y STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG*, asunto C-314/01) es clara al respecto. En el mismo sentido, debemos recordar de nuevo que la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria.

En consecuencia, para poder basarse en la solvencia y medios de otras entidades, el licitador debe demostrar que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

En el caso que nos ocupa, consta en el expediente, en el Sobre 1 presentado por el reclamante en la licitación, un documento firmado por la representante legal de la empresa “NORTALUD, S.L.”, en el que se dice: “*pongo a disposición del licitador D. C.C.G, con DNI (...) los medios necesarios, para acreditar la solvencia económica y*

técnica, para la ejecución del contrato ACUERDO MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TOPOGRAFÍA, convocado por NILSA (Navarra de Infraestructuras Locales S.A.), y este no se vea afectado por incidencias económicas o técnicas.” A estos documentos se añaden dos certificados de buena ejecución referidos a trabajos realizados por la empresa “NORTALUD, S.L.”.

Por su parte, el licitador afirma en el escrito remitido en contestación al requerimiento de subsanación que *“Debido a que el licitador cuenta con personal, equipos fotográficos e infraestructura necesaria, descarta la formación de UTE o subcontratación, por el tipo de trabajo descrito anteriormente, optando por realizar su oferta mediante la acreditación de la solvencia técnica por medios externos, en este caso aportada por NORTALUD, S.L., con la cual no mantiene vínculo jurídico alguno, más allá de una buena relación profesional por haber coincidido y colaborado en otros tiempos, en trabajos de topografía en otras obras y actuaciones, anteriores al inicio de mi actividad como profesional. Esta empresa ha aportado para la ejecución de este contrato específico su capacidad técnica y económica, por si fuera necesario, recurrir a ella, para una correcta ejecución del contrato.”*

En definitiva, el licitador oferta prestar los servicios por sus propios medios, sin contar con los de “NORTALUD, S.L.” salvo para salvar el trámite de acreditación de la solvencia necesaria o para situaciones extraordinarias. Por ello, si los medios de la empresa aportadora de la solvencia no van a ser utilizados en la ejecución ordinaria del contrato, es claro que se incumplen los preceptos antes citados y, por ello, la exclusión impugnada es ajustada a Derecho dada la falta de solvencia del licitador.

A mayor abundamiento, “NORTALUD, S.L.”, según consta en la documentación, en ningún caso se obliga a aportar determinados medios, ni se compromete a realizar parte alguna de la ejecución del contrato, sino que únicamente los pone a disposición del licitador para ayudarle a evitar el escollo de la solvencia.

Como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 29/2008, de 10 de diciembre:

“En cualquier caso la Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados.

(...) Hay que entender pues, la integración de solvencia con medios externos como una posibilidad admisible únicamente cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato”.

OCTAVO.- Entrando en la última cuestión que se plantea en el expediente, lo que se refiere a la solvencia económica o financiera, consta en el expediente, en el Sobre 1 presentado por el reclamante en la licitación, una declaración responsable de la representante legal de la empresa “NORTALUD, S.L.”, relativa al volumen global de de negocios de la empresa, en la que se significa que supera los umbrales de solvencia exigidos en las Condiciones Regulatoras del contrato.

A la vista de ello, la entidad adjudicadora requirió al reclamante *“un documento por el que NORTALUD, S.L. y D. C.C.G declaren ser responsables solidarios de la ejecución del contrato”*, y lo hizo, según señaló, amparada en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE (párrafo tercero del apartado 1), que establece: *“Cuando un operador económico 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 que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.”*

Como también dijimos los Tribunales en el documento de 1 de marzo de 2016, el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 63 de la Directiva, relativo a la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria del contratista y la entidad en la que radican los medios que integran la solvencia económica y financiera, es claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo y no precisa transposición ya que no es sino un supuesto especial del principio general que establece que la integración de la solvencia con medios ajenos precisa de la acreditación de que se dispone efectivamente de dichos medios.

Como bien afirma NILSA en sus alegaciones, *“debe cuestionarse qué valor tiene la referencia a las capacidades de otra empresa cuando no existe ningún compromiso práctico por parte de ésta con respecto a la realización del contrato ni responsabilidad alguna para el caso de una incorrecta ejecución. De admitirse, nos podríamos encontrar ante un “traspaso de solvencias” entre empresas sin que exista ninguna responsabilidad respecto a los contratos sobre los que se presta la solvencia”*.

Por ello, es lícito exigir el compromiso de responsabilidad solidaria en estos casos.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don C.C.G contra su exclusión de la licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía, promovida por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA).

2º. Notificar este acuerdo a don C.C.G, a “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA) y a cuantos interesados figuren en el expediente y ordenar su

publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 26 de julio de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.