

La Intervención Delegada en la Dirección General de Justicia ha presentado reparo suspensivo frente a la propuesta de adjudicación del contrato del servicio de ayuda a los planes de parentalidad realizada a favor de la Fundación Xilema basada en una causa de nulidad de pleno derecho residenciada en el art. 116.b) LFCP, en relación con el art. 55.8 LFCP, por falta de solvencia técnica o profesional del contratista.

Concretamente, la Intervención Delegada aduce que la citada empresa no ha acreditado, conforme a lo requerido en los pliegos que regulan el contrato, la solvencia técnica o profesional exigida para la prestación del objeto del contrato, principalmente, porque:

- No ha justificado un mínimo de solvencia con medios propios, procediendo a subcontratar la totalidad de la prestación del objeto del contrato.
- No ha acreditado, además, la disposición efectiva de los medios de otras entidades, que no se puede presumir, al no presentar el requerido documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, porque no es suficiente una mera declaración.

En conclusión, considera que la Mesa de Contratación debió excluir de la licitación a la empresa Xilema por falta de solvencia técnica y profesional, exclusión que resultaba obligada y ajustada a las normas de contratación pública, y no haciéndolo así la adjudicación del contrato realizada a la citada empresa resulta a todas luces ilegal.

Como fundamento de sus consideraciones refiere los requisitos de solvencia establecidos en las cláusulas 12 y 19 del contrato, en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de julio de 2016, en la sentencia 2757/2021 del Tribunal Supremo, y en la doctrina emanada de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 393/2016 y 1090/2017; y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid 252/2015 y 164/2017.

### DISCREPANCIA

La Dirección General de Justicia emite discrepancia motivada frente al reparo suspensivo de la Intervención Delegada por entender, en primer lugar, que el art. 18 LFCP no establece prohibición ni límites a la subcontratación en la solvencia ni tampoco se fijó límite alguno en el Pliego regulador.

En segundo lugar, considera que la Fundación Xilema, en cuanto al requisito exigido en los pliegos de personal adscrito a la ejecución del contrato, acredita la solvencia mediante la subcontratación, presentando el compromiso formal de cada uno de los 5 profesionales, mediante el escrito en el que cada uno de ellos hacen constar lo siguiente: *"Me comprometo a ejecutar el contrato correspondiente al Servicio Navarro de ayuda a los planes de parentalidad a través de la Fundación Xilema"*, y se ha acreditado la titulación, experiencia, formación y conocimientos de cada profesional cumpliendo lo exigido en el pliego como solvencia técnica.

En tercer lugar, entiende que el art. 107 LFCP, que regula la subcontratación en fase de ejecución de contrato, una vez formalizado, que permite la subcontratación de prestaciones accesorias, no resulta aplicable porque el caso que se examina se trata de una subcontratación en fase de solvencia.

En cuarto lugar, señala que la Fundación Xilema tiene un mínimo de solvencia exigida al acreditar la realización de trabajos análogos y recurrir a completar la solvencia de los medios materiales que acredita suficientemente con los compromisos formales y vinculantes de disposición efectiva, asegurando su intervención en la ejecución del contrato. Por tanto, considera que no es acertada la referencia que hace la Intervención Delegada a la doctrina de las Resoluciones y del TS.

En apoyo de sus consideraciones invoca el Acuerdo 52/2021, de 8 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, al analizar la justificación de la disposición efectiva de medios de terceros.

En conclusión, el órgano discrepante sostiene que el acuerdo de la Mesa de Contratación de admitir a la licitación a la Fundación Xilema resulta correcto porque ~~se~~ ha acreditado sus requisitos de solvencia exigidos en el pliego justificando el mínimo de solvencia y completando el resto por referencia a otros profesionales cuya disposición efectiva ha garantizado con sus compromisos formales, y no por una mera declaración, en contra de lo manifestado con la Intervención, por lo que no se observa impedimento legal para la propuesta de adjudicación a la citada licitadora.

### CUESTIÓN PLANTEADA

La discrepancia planteada se refiere a dos cuestiones muy concretas:

- Si la propuesta presentada por la Fundación Xilema incluye una justificación mínima de solvencia con medios propios.
- Si los documentos justificativos de la solvencia aportada por medios ajenos acreditan suficientemente la disponibilidad de tales medios para la ejecución del contrato.

Para analizar las dos cuestiones antes mencionadas es muy relevante el contenido de la sentencia 2757/2021 del Tribunal Supremo y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016 en el asunto C-406/14.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 2757/2021, en el Fundamento de Derecho TERCERO, como marco normativo a tener en consideración recoge el contenido literal del apartado 1 del artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. En ese apartado se señala:

Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, 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 que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), 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. **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.**

En la misma Sentencia, en el Fundamento de Derecho CUARTO, que analiza la jurisprudencia del TJUE se contiene lo siguiente:

Es cierto, como señalan las partes recurrentes en casación, que la normativa sobre contratación pública, tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el plano de la legislación interna, tiene entre sus fines el de favorecer la libre concurrencia y el fácil acceso al procedimiento de contratación pública; y en consonancia con ello, a fin de favorecer el acceso a la licitación de los contratos, se contemplan mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa.

De todo ello es consciente la sentencia que resolvió el recurso de apelación, ahora recurrida en casación, que cita expresamente la STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-305/2008), en la que se establece como criterio interpretativo, referido allí a los artículos 47 y 48 de la anterior Directiva 2004/18 pero trasladable a la vigente Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, el de facilitar la participación de diversos licitadores ya que **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.**

Y más adelante, en el mismo Fundamento de Derecho CUARTO señala:

A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (*principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad*), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que **en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad.**

En un párrafo anterior la Sentencia define el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Esa interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24 contribuye, además, a garantizar el respeto del principio de proporcionalidad por parte de los poderes adjudicadores, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva. **En efecto, de ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva.**

Del contenido de la Sentencia cabe concluir que cualquier análisis sobre las cuestiones objeto de discrepancia, que se refieren a la posibilidad de adjudicar un contrato a un operador económico cuya solvencia tiene un fuerte componente ajeno a su propia organización debe realizarse bajo un planteamiento de no plantear más exigencias que las estrictamente necesarias para favorecer el mecanismo de licitación como fórmula para adjudicar contratos, evitando interpretaciones injustificadamente restrictivas que puedan afectar negativamente al buen fin del proceso. La aplicación de este principio de proporcionalidad alcanza, obviamente, a la fiscalización del expediente, que debe realizarse considerando el marco regulador en el que se deben desenvolver las actuaciones de gestión.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016 en el asunto C-406/14 responde a dos cuestiones prejudiciales que afectan a un contrato de obras. En la primera de ellas, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de obras objeto del mismo. Sobre esta cuestión el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara lo siguiente:

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, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 2083/2005, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, debe interpretarse en el sentido de que **un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo**

Antes de analizar la situación en el marco jurídico señalado anteriormente, conviene describirla de acuerdo a lo que recoge la oferta planteada en relación con lo que se define en el Pliego. Según este documento, para la ejecución del contrato se exige la configuración de un Equipo Técnico para el que señala una dotación MÍNIMA de cuatro personas, previendo la posibilidad de incorporar nuevos miembros, bien por sustitución de los anteriores o bien para asegurar la adecuada respuesta a la demanda que se produzca por aumentos de usuarios. En todo caso, las características que debe reunir el equipo técnico deben ser las siguientes:

- Al menos uno de los profesionales debe tener titulación en Derecho, y otros tres podrán tener, indistintamente, titulación en Psicología, Pedagogía o Trabajo Social.
- Cuatro profesionales deben deberán contar con formación en materia de prevención de violencia contra las mujeres acreditada por un organismo oficial.
- Dos miembros deberán contar con experiencia mínima acreditada de 3 años en atención a menores de edad.
- Un miembro del equipo deberá acreditar conocimiento de euskera Nivel C1 por organismo validado para ello.
- Todos los miembros del equipo deberán contar con habilidades comunicativas, y experiencia acreditada de, al menos 3 años, en el trabajo con familias, en el campo de las relaciones y de la resolución de conflictos familiares.

Para el funcionamiento de este Equipo Técnico el Pliego prevé la necesidad de que uno de sus miembros realice labores de coordinación y supervisión del resto de miembros. Son funciones de la persona Coordinadora del Equipo las siguientes:

- Impulsa el procedimiento en su fase inicial, recibiendo la documentación del caso a tratar. Cuando los profesionales han realizado la valoración, el Coordinador emite un informe para determinar si la derivación es apta o no para su asunción por el servicio; dicho informe, si es apto contendrá la propuesta de objetivos específicos a trabajar en

cada caso y el nombre del profesional asignado/a para ese caso concreto. Si fuera No Apto, se emitirá igualmente informe razonado al respecto.

- Asume la responsabilidad del correcto funcionamiento del Servicio y se encargará de dirigir y supervisar las actuaciones del equipo técnico, con objeto de que se ajusten a la correcta ejecución del contrato.
- Mantendrá reuniones periódicas con la Jefa del Negociado de Trabajo Social del Servicio Social de Justicia que actuará como interlocutora entre los Órganos Judiciales y el Servicio Navarro de Ayuda para la Implementación del Plan de Parentalidad.
- Realizará cuantas acciones de coordinación sean necesarias con otros servicios comunitarios que formen parte en los procesos de las familias intervenidas.

Como responsabilidades de la entidad adjudicataria, ajenas a los cometidos asignados al Equipo Técnico, el Pliego señala las siguientes:

- Gestiona sustituciones y ampliaciones de miembros del Equipo Técnico
- Controla el cumplimiento de las condiciones por parte de las personas profesionales: incompatibilidades y causas de abstención, recusación u otras previstas en la legislación.
- Controla la calidad técnica de los trabajos y de las prestaciones y servicios realizados, siendo responsable de todos los daños y perjuicios que se deriven como consecuencia de las omisiones o negligencias del personal a su cargo, o de una deficiente organización de los trabajos.
- Proporciona los servicios profesionales necesarios para el correcto cumplimiento del objeto del contrato (asistencia a reuniones explicativas, información al público, etc.)
- Elaboración de la memoria cuantitativa y cualitativa.
- Proporcionar a la Administración, a solicitud expresa de ésta, todos los datos, cálculos, procesos y procedimientos empleados en la prestación de los servicios objeto del contrato, lo que requiere establecer unos mecanismos de seguimiento de la actividad del equipo y de la actuación del Coordinador, así como de la marcha de cada uno de los procesos específicos que se aborden.

Así, en relación con las cuestiones objeto de discrepancia cabe señalar lo siguiente:

**Si la propuesta de la Fundación XILEMA incluye una justificación mínima de solvencia con medios propios:**

La propuesta de la Fundación Xilema incluye, como justificación de la solvencia exigida en el Pliego, su propia experiencia, así como el recurso a la subcontratación de cinco personas, cuyas capacidades para la conformación del Equipo Técnico no han sido cuestionadas. El análisis de la cuestión del alcance de la insuficiencia de medios propios, en cuanto a que

pueda constituir una deficiencia que merezca la interposición de un reparo, se concreta en los siguientes aspectos:

- La subcontratación no es completa, pues las prestaciones recogidas en el Pliego requieren el desarrollo de funciones de organización, coordinación, gestión económica y actividades administrativas auxiliares, que no se puede inferir que vayan a realizarse necesariamente por los miembros del Equipo Técnico, máxime cuando la propia entidad adjudicataria ha acreditado solvencia suficiente, en los términos recogidos en el Pliego.
- La normativa comunitaria prohíbe que un poder adjudicador establezca la exigencia en un pliego de condiciones de un contrato de obras que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo. No cabe señalar como deficiencia en un expediente una circunstancia que, de haberse pretendido impedir desde el propio Pliego, habría dado lugar a una irregularidad en la aplicación de la normativa comunitaria.

**Si los documentos justificativos de la solvencia aportada por medios ajenos acreditan suficientemente la disponibilidad de tales medios para la ejecución del contrato:**

La Fundación Xilema, atendiendo el requerimiento formulado el 7 de septiembre por la Secretaria de la Mesa de Contratación, aportó un documento, firmado por cada una de las personas subcontratistas señaladas, en el que se recoge el compromiso de la persona firmante para ejecutar el contrato correspondiente al Servicio Navarra de ayuda a los planes de parentalidad a través de la Fundación Xilema. Sobre la capacidad demostrativa de este documento para reflejar la existencia de un compromiso, en los términos exigidos por la normativa cabe señalar lo siguiente:

- El documento presentado responde a la exigencia recogida en la Cláusula 19 del el Pliego regulador de la contratación.
- El documento no puede entenderse como una mera declaración, ya que cabe suponerle un carácter vinculante para el firmante para realizar las prestaciones recogidas en el Pliego, perfectamente determinadas.
- El compromiso inequívoco del subcontratista responde plenamente al ejemplo que recoge el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 como forma permitida para demostrar que el licitador dispone de los medios para ejecutar el contrato.

Por último, y a modo de consideración final, no puede olvidarse la obligada aplicación del principio de proporcionalidad en todo el proceso de fiscalización del expediente. En aplicación de este principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, y por tanto debe ser aplicable con carácter general, el nivel de exigencia de los requisitos debe ser compatible con el mantenimiento de los objetivos de la Unión en materia de contratos públicos, que persigue ampliar al máximo la participación de licitadores, a fin de conseguir las mejores condiciones en los contratos. En este caso concreto, referido a un contrato ciertamente poco habitual, no puede obviarse que solamente se ha presentado una propuesta, lo cual no es achacable, en principio, a un diseño inapropiado o sesgado del procedimiento. La aplicación de criterios excesivamente exigentes en cuanto a la interpretación de la solvencia mostrada

por la Fundación Xilema para la ejecución de este contrato no implicaría la selección de otro licitador participante en el mismo proceso, sino que éste quedara desierto, lo que supondría claramente un perjuicio para que la contratación de estos servicios – que necesariamente deberán realizarse cuando los Tribunales lo demanden – se realice con arreglo a un procedimiento de licitación.

Por todas las consideraciones señaladas, debe resolverse la discrepancia formulada al reparo de la Intervención Delegada en el sentido de considerar que la propuesta formulada por la Fundación Xilema para la realización de las prestaciones objeto de contratación se ajusta a la normativa de contratación aplicable y al propio Pliego, por lo que no ha lugar la interposición de reparo.

EL DIRECTOR GENERAL DE INTERVENCIÓN



Ignacio Arrizabalaga Rodríguez