



Roj: **STS 2757/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2757**

Id Cendoj: **28079130032021100127**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/06/2021**

Nº de Recurso: **7906/2018**

Nº de Resolución: **886/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 1269/2018,**
ATS 9233/2019,
STS 2757/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 886/2021

Fecha de sentencia: 21/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7906/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 7906/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 886/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 21 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7906/2018 interpuesto por la Unión Temporal de Empresas AGUAS DE SANTOMERA (ACCIONA AGUA S.L. y STV GESTIÓN S.L.), representada por la Procuradora D^a Gloria Messa Teichman, y por el AYUNTAMIENTO DE SANTOMERA, representado por el Procurador D. José Luis Martínez García, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 2018 (apelación 330/2017) en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la mencionada Unión Temporal de Empresas contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia de fecha 19 de enero de 2017 (procedimiento ordinario 289/2013). Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida la entidad FCC AQUALIA, S.A., representada por la Procuradora D^a Ana Rayón Castilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad FCC Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de octubre de 2012 por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012 a favor de la UTE constituida por las entidades Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L., por entender la demandante que una de las empresas integrantes de la UTE no debió ser admitida al proceso de licitación porque no reunía los requisitos de solvencia técnica exigidos en los Pliegos que rigen el contrato.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2017 (procedimiento ordinario 289/2013) en la que, estimando en parte el recurso, anula el acto administrativo y ordena retrotraer las actuaciones administrativas al momento en que se produjo el vicio de nulidad denunciado (tramite de admisión a la licitación), a fin de que se examinen las circunstancias de capacidad y solvencia técnica de la mercantil STV Gestión SL y resuelva la nueva adjudicación, conforme a los criterios establecidos en la cláusula 13,b del presente Pliego en relación con lo dispuesto en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo.

Contra la sentencia del Juzgado, tanto la UTE Aguas de Santomera como el Ayuntamiento de Santomera interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 2018 (apelación 330/2017); siendo ésta la sentencia ahora recurrida en casación.

SEGUNDO.- La sentencia que resuelve el recurso de apelación, en su fundamento de derecho cuarto, centra la cuestión litigiosa en el cumplimiento del requisito de solvencia técnica cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas en un procedimiento público para la contratación de servicios, y, en concreto, si en esos supuestos bastaría con que una de las empresas integrantes de la UTE cumpliera con aquel requisito.

Tras reseñar la sentencia lo dispuesto en las letras f) y h) de la cláusula 15 del Pliego, concluye que debe aceptarse el criterio del Juzgado cuando señala que, dado que una de las empresas que se integraría en la UTE carecía de la más mínima experiencia en la gestión del servicio de que se trata, no puede suplirse con la de otro operador que sí la tiene.

En el citado fundamento de derecho cuarto la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Murcia señala que el criterio mantenido en la sentencia del Juzgado

<< (...) es conforme con el artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual "en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento".



Y añade la sentencia dictada en apelación:

<< (...) No hay, aplicación errónea del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en base a este precepto, en cuanto que la solvencia técnica es exigible a cada uno de los que lo componen, lo cual es compatible con la acumulación, a los efectos de la determinación de la solvencia de la Unión Temporal, debiendo de tenerse en cuenta que, en el caso que nos ocupa, una de las dos empresas no ha acreditado haber prestado servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en población.

En cuanto a la posibilidad de integración de solvencia por medios externos, tal y como permite el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, no cabe entenderla en sentido absoluto, es decir, que la totalidad de la solvencia proceda, como se pretende aquella que le proporcione externamente la otra empresa que integraría la UTE.

Es cierto que nos encontramos en el ámbito de un contrato de servicio, no de obras, donde no se exige la clasificación y cabía aquella integración por medios ajenos, más ello no equivale entender, como se pretende por los apelantes que aquella fuera plena con los medios que le proporciona la otra empresa, sin adicionar nada al conjunto.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 22 de noviembre de 2016 o la de Canarias, en su sede de Las Palmas, en sentencia de 21 de marzo de 2017>>.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia dictada en apelación, prepararon recurso de casación las representaciones procesales de la UTE Aguas de Santomera y del Ayuntamiento de Santomera, siendo admitidos a trámite ambos recursos por auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de septiembre de 2019 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: Si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 59, 62 y 63 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (que se corresponden con los artículos 69, 74 y 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014); el artículo 24 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; y el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública en relación con los artículos 47 y 48 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 de obras, suministro y servicio. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA>>.

CUARTO.- La representación procesal de la UTE Aguas de Santomera (Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L.) formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2019 en el que, tras exponer los antecedentes del caso y las razones en las que fundamenta su impugnación, termina solicitando que, con estimación del recurso de casación, se anule y deje sin efecto la sentencia impugnada y que en su lugar se declare que basta con que Acciona cumpla con los requisitos de solvencia exigidos, acumulándose para STV Gestión S.L., al haber concurrido a la licitación agrupados en forma de UTE.

Por ello interesa que se dicte nueva sentencia por la que, desestimando el recurso contencioso-administrativo que interpuso en su día Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A., se confirme el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de octubre de 2012 por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012 a favor de la UTE formada por Acciona Agua SAU y STV Gestión S.L.

QUINTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Santomera formalizó la interposición de su recurso mediante escrito fechado a 20 de enero de 2020 en el que, expone las razones por las que discrepa de la sentencia recurrida y termina solicitando que se dicte sentencia que case y deje sin efecto la sentencia recurrida; y en su lugar dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo y confirmando el



acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de octubre de 2012 que ratificó la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Cuarta, mediante providencia de 5 de marzo de 2020 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SÉPTIMO.- La representación de FCC Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. formalizó su oposición mediante escrito de fecha 13 de julio de 2020 en el que, tras exponer sus razones en contra de los argumentos aducidos por las recurrentes, termina solicitando que se dicte sentencia <<(…) por la que se confirme íntegramente la resolución impugnada en todos sus términos en relación a su fundamentación jurídica y su fallo por el que se declara la nulidad del Acuerdo de Pleno de 9 de Octubre de 2012 del Ayuntamiento de Santomera de desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de Septiembre de 2012 a favor de la UTE Aguas de Santomera, con expresa imposición de costas a la recurrente y con todos los pronunciamientos favorables a esta mi parte>>.

OCTAVO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de 13 de abril de 2021 se acuerda, de conformidad con el acuerdo de la Presidencia de la Sala de 6 de abril de 2021, que pasen las actuaciones a la Sección Tercera.

NOVENO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 20 de abril de 2021 se declara no haber lugar a la celebración de vista, quedando el procedimiento pendiente de señalamiento para votación y fallo.

DÉCIMO.- Por último, mediante providencia de 13 de mayo de 2021 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 15 de junio de 2021, fecha en que se inició la deliberación que luego continuó en sesiones sucesivas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

En las presentes actuaciones (recurso de casación nº 7906/2018) se examinan de manera conjunta los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la unión temporal de empresas UTE Aguas de Santomera (Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L.) y del Ayuntamiento de Santomera contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 2018 (apelación 330/2017) en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la mencionada Unión Temporal de Empresas contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia de fecha 19 de enero de 2017 (procedimiento ordinario 289/2013).

Como hemos visto en el antecedente primero, la entidad FCC Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de octubre de 2012 por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012 a favor de la UTE constituida por las entidades Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L., por entender la demandante que una de las empresas integrantes de la UTE no debió ser admitida al proceso de licitación porque no reunía los requisitos de solvencia técnica exigidos en los Pliegos que rigen el contrato.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2017 (procedimiento ordinario 289/2013) que, estimando en parte el recurso, anula el acto administrativo y ordena retrotraer las actuaciones administrativas al momento en que se produjo el vicio de nulidad denunciado (tramite de admisión a la licitación), a fin de que se examinen las circunstancias de capacidad y solvencia técnica de la mercantil STV Gestión SL y resuelva la nueva adjudicación, conforme a los criterios establecidos en la cláusula 13,b del Pliego en relación con lo dispuesto en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo.

El criterio del Juzgado es confirmado en la sentencia que resuelve el recurso de apelación -ahora recurrida en casación- en la que se exponen, dicho aquí de forma resumida, las siguientes razones: (i) el criterio mantenido en la sentencia del Juzgado es conforme con el artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; (ii) no hay aplicación errónea del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dado que, con base en el citado artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, la solvencia técnica es exigible a cada uno de los que componen la UTE, lo que es compatible con la acumulación a los efectos de la determinación de la solvencia de la Unión



Temporal, debiendo tenerse en cuenta que en el caso que nos ocupa una de las dos empresas no ha acreditado haber prestado servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en población; y (iii) en cuanto a la posibilidad de integración de solvencia por medios externos, como permite el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, no cabe entenderla en sentido absoluto, es decir, que la totalidad de la solvencia proceda se la proporcione externamente la otra empresa que integraría la UTE.

Siendo ese el criterio recogido en la sentencia recurrida, procede que entremos ya a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de septiembre de 2019. Veamos.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional. Posición de las partes personadas.

Como antes hemos dejado señalado (véase antecedente tercero de esta sentencia), la cuestión en la que se centra el debate casacional consiste en determinar si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas.

Veamos cuál ha sido el posicionamiento de las partes en torno a esta cuestión.

A/ Recurso de la UTE constituida por las entidades Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L.

En el escrito de interposición de su recurso de casación la representación de la Unión Temporal de Empresas comienza señalando que una de las empresas que integran la UTE (Acciona) podría concurrir por sí sola a la licitación; y que la presencia del otro miembro de la UTE (STV) no hace sino proporcionar a la Administración contratante más solvencia.

No nos encontramos, por tanto, en el caso hipotético de que los miembros de la UTE, por sí solos, no tengan la solvencia necesaria para cumplir el contrato, pero unidos en UTE acumulan la solvencia para así poder concurrir a la licitación. No obstante, la recurrente aduce que el Tribunal Supremo también podría resolver este caso "hipotético" a efectos de formar jurisprudencia.

Volviendo al caso real, la UTE recurrente sostiene que cuando -como ocurre en el caso- uno de los licitadores, por sí solo, tiene la totalidad de la solvencia exigida, la suma de otro licitador que añade otros aspectos suplementarios, aún sin disponer este último de la solvencia exigida por el Pliego: a/ Nunca supone un perjuicio para la Administración (al contrario, mejora las condiciones del contrato, añadiendo otro responsable solidario al mismo); B/ No debería perjudicar al licitador que sí tiene la totalidad de la solvencia; y c/ desde la perspectiva del espíritu y finalidad de los preceptos a interpretar, no debiera determinar la exclusión de la UTE.

Frente al parecer de la sentencia recurrida, que cita el artículo 63 TRLCSP para concluir que no cabe "integrar" la totalidad de la solvencia, la recurrente aduce que el precepto aplicable no es el artículo 63 TRLCSP (artículo 75 LCSP) sino el artículo 59 TRLCSP (artículo 69 LCSP), que es la norma que da soporte al 24.1 RGLCAP.

Según la recurrente, la sentencia recurrida comete el error de no tener en cuenta que los preceptos citados se refieren a supuestos distintos. Por un lado, en la licitación bajo la forma de UTE (artículo 59 TRLCSP y artículo 69 LCSP) todos los miembros son contratistas -responden solidariamente- y por ese motivo acumulan sus respectivas condiciones de solvencia, de modo que todo lo que uno tiene aprovecha al resto. El principio de responsabilidad solidaria se crea en beneficio del acreedor, para mejor asegurar el cumplimiento de la obligación. La Administración siempre puede dirigirse directamente contra la empresa que dispone de la solvencia (en este caso, Acciona), porque es adjudicataria del contrato y, además, también puede dirigirse contra quien por sí sola, aisladamente considerada, carece de esa solvencia. No tiene sentido que si el solvente (Acciona) suma a un tercero (STV), esa suma le convierta en insolvente. Aparte de que ello es contrario a la realidad de los hechos, e incluso de la lógica matemática, lo relevante es que, desde el punto de vista jurídico, se estaría interpretando el verbo *acumular* utilizado por el artículo 24.1 RGLCAP en sentido restrictivo, cuando "acumular" tiene un significado de suma, nunca de resta. Y en la interpretación de las normas la regla general es la de "*odiosa restringenda*", que impide extender la norma prohibitiva más allá de sus términos literales y estrictos.

Cuestión distinta es cuando hablamos de "integración" de medios a través de una empresa "externa" (artículo 63 TRLCSP y artículo 75 LCSP) . Como esta empresa nunca adquiere la condición de contratista, la Administración jamás podrá exigirle responsabilidad. De ahí que sea plausible que en estos casos se aplique la tesis de la sentencia de instancia según la cual la solvencia no puede estar radicada en la empresa externa que, no siendo adjudicataria, nunca puede ser considerada contratista, ni responder del contrato.

Por ello la UTE recurrente propone que este Tribunal Supremo declare que, en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas basta con que uno de



los integrantes de la Unión cumpla los requisitos de solvencia exigidos, acumulándose entre sus miembros. Y ello teniendo en cuenta que en estos casos el precepto a considerar no es el artículo 63 TRLCSP/ artículo 75 LCSP, sino el artículo 59 TRLCSP/ artículo 69 LCSP que da soporte al artículo 24.1 RGLCAP.

B/ Recurso de casación del Ayuntamiento de Santomera.

El recurso de casación del Ayuntamiento de Santomera discurre por una línea argumentativa distinta. Sostiene que la sentencia recurrida incurre en vulneración del artículo 63 de Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con los artículos 47 y 48 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 de obras, suministro y servicio, y artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública.

Según la representación del Ayuntamiento, conforme al artículo 63 del TRLCSP, en el tipo de contrato en que nos encontramos, de licitación conjunta en UTE, se acredita la solvencia técnica al amparo de la facultad de integración de la solvencia con medios ajenos, reconocida en dicho artículo, mediante la aportación de un compromiso de adscripción de los medios materiales y personales de otra mercantil que sí reunía la solvencia técnica exigida en el contrato.

Tal facultad de integración de la solvencia del licitador con medios ajenos de otras entidades en la fase de licitación, esto es, como medida para incrementar la solvencia individual del empresario que permita su participación en las licitaciones públicas, cumpliendo los requisitos generales y previos de aptitud mediante la acumulación de su solvencia con la de otras entidades diferentes al licitador, está expresa y actualmente admitida en la legislación contractual con carácter general para todo tipo de licitador y contrato cuya ejecución no requiera clasificación en el artículo 63 del TRLCSP, habida cuenta la trasposición al derecho nacional de la Directiva del Parlamento Europeo 2004/18 CE y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios.

La Directiva admite expresamente y con carácter general la integración de solvencia económica, financiera, técnica o profesional de cualquier licitador y para todo tipo de contratos en los que no se exija clasificación, normativa europea que se dictó como consecuencia de la progresiva y acertada jurisprudencia dictada en la Unión Europea desde el año 1.994 en relación a la citada cuestión, admitida inicialmente para completar la clasificación de empresas pertenecientes a grupos de sociedades extendiéndose posteriormente a todo tipo de personas jurídicas independientes, personas físicas y contratos. La integración de solvencia despliega sus efectos en la fase de selección del licitador, su admisión a trámite a la licitación del contrato, y no sólo en la de su ejecución, habiéndose admitido actualmente dicha facultad con carácter general para todo licitador y contrato salvo que requiera clasificación, artículo 63 del TRLCSP, ampliándose la inicialmente prevista en nuestra legislación para la acumulación de la clasificación entre empresas pertenecientes al mismo grupo (regulada en los artículos 52 de la derogada LCSP de 2007, antiguo artículo 15.1, segundo párrafo, del derogado TRLCAP de 2000, artículo 15.1 de la derogada LCAP de 1995).

No será aplicable dicha integración en los contratos en los que se exija clasificación (en estos contratos se admite la fórmula de la subcontratación de parte del contrato como medida para complementar la solvencia del licitador, art. 65.1 del TRLCSP); pero la limitación no es aplicable en la presente licitación puesto que en los contratos para la gestión de servicios públicos no existe clasificación.

Tampoco podrá predicarse la integración de la solvencia técnica en los contratos administrativos en los que se exijan criterios especiales de solvencia técnica a las empresas consistentes en la aportación de certificados acreditativos del cumplimiento de la normativa en materia de calidad o en materia de gestión ambiental, referidos en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, pero tal supuesto tampoco concurre en la presente licitación pues el pliego de cláusulas administrativas particulares no exige dichos certificados como requisito de solvencia técnica.

Por tanto, en los contratos en los que no se exija clasificación ni existan requisitos especiales de solvencia técnica (certificados acreditativos del cumplimiento de la normativa de calidad y de gestión medioambiental) la acreditación general de la solvencia técnica del licitador mediante integración con medios externos es una facultad que despliega todos sus efectos en la fase de licitación, sin perjuicio de su debida aplicación en la fase de ejecución del contrato, habiéndose admitido por la legislación estatal y europea, así como por unanimidad de la doctrina, entes administrativos y judiciales, de todos los ámbitos autonómicos, estatales y europeos. Se citan como ejemplos: resolución de 3 febrero de 2012 (recurso 17/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), Informes 45/2002, de 28 de febrero de 2.003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, varios informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de las comunidades autónomas de Aragón, Islas Baleares y Cataluña; sentencia la Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección



5ª de la Audiencia Nacional de 16 marzo de 2011 (recurso 71/2010) y sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sección 2ª, de 24 de febrero 2012 (recurso 353/2011).

Según el Ayuntamiento de Santomera, si aceptáramos el criterio de la sentencia recurrida de que las dos empresas miembros de la UTE tienen que tener capacidad y solvencia técnica para poder participar del proceso de licitación estaríamos abocando a que las empresas sin experiencia en el sector jamás pudieran licitar en este tipo de procesos de contratación pública. Solo las empresas ya establecidas en ese ámbito de actividad podrían participar, creándose una suerte de oligopolio en el sector, intención que la normativa europea pretende eliminar con su regulación.

Así pues, concluye el Ayuntamiento su argumentación, a la vista de la Directiva 2004/18 (actual Directiva 2014/24), que consagra el principio de concurrencia y fácil acceso al procedimiento de contratación pública, y de sentencias como la mencionada en la sentencia aquí recurrida (STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-305/2008) no es posible que se realice una restricción a los licitadores de la Administración Pública ya que estaríamos contradiciendo el criterio de libre concurrencia establecido.

C/ Oposición de FCC Aqualia, S.A. (parte recurrida).

De las razones en las que la representación de FCC Aqualia, S.A. basa su oposición destacamos las siguientes:

1.- La cuestión debatida debe enmarcarse en el respeto de todos los principios de contratación pública implicados; no sólo la libertad de acceso y no discriminación de los licitadores sino también el de igualdad de trato, la publicidad y transparencia del procedimiento, unidos a los de imparcialidad y de servicio al interés general que vinculan al órgano de contratación junto con el relativo a la seguridad jurídica.

2.- El Pliego de Cláusulas Administrativas por el que debía regirse el concurso público fue aprobado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 6 de febrero de 2012 y no fue objeto de impugnación por ninguna de las licitadoras. Y, siendo ello así, la cláusula 15.f) del PCA del Pliego delimita de forma expresa las condiciones exigidas, optando por exigir la experiencia como medio de acreditación de la solvencia técnica y profesional, de forma que se condiciona la acreditación de la solvencia a un hecho real y efectivo como es el estar prestando o haber prestado servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en al menos, dos municipios con una población de más de 10.000 habitantes cada uno, exigiendo la aportación de certificados de la Administración Pública que así lo acrediten. El requisito de la experiencia se establece como criterio de admisión y no de valoración, excluyendo de forma expresa a las empresas que no cuenten con esta experiencia.

3.- Por otra parte, la misma Cláusula 15 del Pliego, en su apartado h), determina que "en el caso de que varios empresarios tomen parte en el contrato constituyendo una Unión Temporal de Empresas, cada una de las que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, de la forma que la suma de ambas consiga al menos la exigida en los puntos anteriores...".

4.- En relación con las distintas hipótesis de resolución que plantea la Unión de empresas recurrente se opone lo siguiente: (i) no cabe hipótesis posible ante el hecho indubitado de que Acciona y STV son empresas autónomas que concurrieron con el compromiso de constituirse en UTE de resultar adjudicatarias; (ii) la acumulación o integración de la solvencia exige como premisa que las distintas empresas licitadoras tengan su propio nivel mínimo de solvencia; (iii) que en el concurso examinado en Autos no se suscitan las dos situaciones que interesadamente plantea la contraria; por un lado, no hay "más solvencia" sino solvencias diferentes no aceptables desde la literalidad de la C. 15 del Pliego rector, y por otro, no reviste interés casacional que por el TS se interprete el verbo "acumular" en el caso examinado en autos, ya que el Pliego explicita de forma literal y clara su sentido y alcance en relación a la solvencia requerida para cada licitadora.

5.- Las sentencias citadas por las recurrentes no resultan válidas para sostener la casación de la sentencia recurrida ya que no guardan ninguna similitud fáctica ni jurídica con el supuesto enjuiciado. En particular, la STS de 2 de febrero de 2005 se ciñe a la interpretación del artículo 288 del RGCE, aplicable a un contrato de obras en el que como requisito de admisión se ven implicadas las clasificaciones de diversas empresas que concurren en una Agrupación Temporal de contratistas de Obra Pública del Estado y bajo su condición de empresas cuyo objeto social está vinculado a la actividad de construcción. No existe ninguna similitud con el caso examinado ni mucho menos guardan con este una identidad sustancial que permita su toma en consideración como resolución de contraste.

En cambio, la STS de la Sala Tercera, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 (casación 5188/2011) se refiere a un caso sustancialmente idéntico al aquí examinado y señala, con relación al artículo 24.1 del Reglamento, que el precepto <<(…) exige, sin lugar a dudas, que en las uniones temporales de empresas todas y cada una cumplan los requisitos de capacidad y solvencia. Por tanto, está diciendo la sentencia, basta con que una no lo haga para que falte ese requisito (...) cada una de las empresas de la unión temporal ha de



reunir los requisitos de capacidad y solvencia. Así pues, la Sentencia no infringe los artículos 46.1 de la Ley 30/2007 ni el 24.1 del Real Decreto 1098/2001 >>.

6.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha manifestado reiteradamente en el sentido de que, en las uniones temporales, cada uno de los componentes ha de reunir el requisito de referencia, es decir, tenga que acreditar su propia e individualizada solvencia (cita informe 46/99, de 21 de diciembre).

7.- No se puede alegar la aplicabilidad del contenido del artículo 63 del TRLCSP, que posibilita la integración de la solvencia técnica con medios externos, ya que este artículo se refiere solamente a los casos de disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato, no para los casos en que sea necesario acreditar experiencia en la gestión de un determinado servicio.

8.- Ni el Tribunal Supremo ni la jurisprudencia menor, ni la doctrina contractualista de la Junta Central o del TACRC, ni la Jurisprudencia comunitaria reconocen que dicha solvencia técnica se pueda suplir por completo mediante el recurso a medios externos; siempre, y como presupuesto de admisión, cada empresa ha de estar en posesión en la fase admisión al procedimiento de licitación de un nivel mínimo de solvencia en relación al total de la requerida en el Pliego.

9.- Por todo ello debe concluirse afirmando que la empresa STV Gestión, S.L. no cumple con uno de los criterios de admisión indispensables para ser adjudicataria de este concurso, aunque concurra en UTE con la mercantil Acciona Agua, S.A.

TERCERO.-Marco normativo que debe tomarse en consideración.

A/ Artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

<< Artículo 63. Recurso a las capacidades de otras entidades.

1. 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.

El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

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. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 19, apartado 2, podrán recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades.

2. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos de las contempladas en el artículo 19, apartado 2, por un participante en esa agrupación>>.

B/ artículos 59 y 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<<Artículo 59. Uniones de empresarios.



1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia.
2. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.
3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.
4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

[...]

Artículo 62. Exigencia de solvencia.

1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.
2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Artículo 63. Integración de la solvencia con medios externos.

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>>.

C/ Artículo 24 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

<<*Artículo 24. Uniones temporales de empresarios.*

1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento.
2. Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la unión temporal frente a la Administración será necesario que los empresarios que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de los que la constituyan, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, caso de resultar adjudicatarios>>.

D/ Cláusulas 15.f y 15.h del Pliego de Cláusulas Administrativas aprobado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 6 de febrero de 2012, por el que se rige la licitación.

<< *Cláusula 15.f*

La solvencia técnica o profesional del empresario se acreditará mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto pasivo privado, mediante certificado expedido por este".



Sólo serán admitidos en la licitación aquellos licitadores que estén prestando o hayan prestado servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en al menos, dos municipios con una población de más de 10.000 habitantes cada uno, individualmente o en unión temporal de empresas, debiendo acompañar certificado de las Administraciones Públicas que están prestando o hayan prestado los servicios>>.

[...]

Cláusula 15.h

"En el caso de que varios empresarios tomen parte en el contrato constituyendo una Unión Temporal de Empresas, cada una de las que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, de la forma que la suma de ambas consiga al menos la exigida en los puntos anteriores (...)>>.

CUARTO.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y conclusiones que de ella se derivan.

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.

En esa misma línea pueden verse las SsTJUE de 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14, 2 de junio de 2016 (asunto C-27/15) y 4 de mayo de 2017 (asunto C-387/14).

En esta última sentencia que acabamos de citar -STJUE de 4 de mayo de 2017 (asunto C-387/14)-, referida, como las anteriores, a los preceptos de la antigua Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia hace, en lo que ahora interesa, las siguientes consideraciones,

<< (...) *Sobre la cuarta cuestión prejudicial.*

46 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en sustancia, si el artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), de esta Directiva y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos que figura en el artículo 2 de ésta, debe interpretarse en el sentido de que permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, en el sentido del artículo 48, apartado 3, de la mencionada Directiva, de manera que se sumen los conocimientos y la experiencia de dos entidades, que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considere que el contrato de que se trata es indivisible y debe por tanto ser ejecutado por un único operador.

47 Para responder a esta cuestión, con carácter preliminar es preciso recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante el poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 33 y jurisprudencia citada).

48 Sin embargo, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, las disposiciones de la Directiva 2004/18 no se oponen a que el ejercicio del derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de dicha Directiva se limite en circunstancias excepcionales (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 39 y jurisprudencia citada).

49 En efecto, no puede excluirse que existan obras con particularidades que necesiten una determinada capacidad que no pueda obtenerse uniéndose capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, el poder adjudicador está facultado para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté



relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 40 y jurisprudencia citada).

50 En el presente asunto, como se ha señalado en el apartado 18 de la presente sentencia, las especificaciones del contrato público controvertido en el litigio principal exigían a los licitadores la presentación de al menos dos contratos ejecutados en un ámbito específico.

51 A raíz de la solicitud del poder adjudicador, para probar que disponía de las competencias necesarias para la ejecución del contrato público controvertido en el litigio principal, Konsultant Komputer aportó la experiencia de otra entidad, consistente en dos entregas, como quedan descritas en el apartado 27 de la presente sentencia, efectuadas por Medinet Systemy Informatyczne.

52 Sin embargo, como señala el Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, la cuestión prejudicial se basa en la premisa, comprobada por el órgano jurisdiccional remitente, de que el contrato controvertido en el litigio principal es un contrato indivisible, de modo que el nivel mínimo de la capacidad de que se trata debe ser alcanzado por un único operador económico y no recurriendo a las capacidades de varios operadores económicos. Además, como se desprende de la resolución de remisión, la Krajowa Izba Odwo³awcza (Sala Nacional de Recurso) considera que la exclusión de la posibilidad de basarse en la experiencia de varios operadores económicos está relacionada y es proporcionada al objeto del contrato controvertido.

53 En estas circunstancias, y a la vista de la jurisprudencia recordada en los apartados 48 y 49 de la presente sentencia, el operador económico afectado no puede basarse en las capacidades de otra entidad para probar que dispone de las capacidades exigidas para la ejecución del contrato controvertido en el litigio principal.

54 Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada que el artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), de esta Directiva y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos recogido en el artículo 2 de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos del artículo 48, apartado 3, de la mencionada Directiva, sumando los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considere que el contrato de que se trata es indivisible, en el sentido de que debe ser realizado por un único operador, y que dicha exclusión de la posibilidad de basarse en las experiencias de distintos operadores económicos esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato en cuestión, que, por tanto, debe ser realizado por un único operador.

Muy recientemente, la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-210/20) ha venido a interpretar lo dispuesto en el artículo 63 de la vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que es aplicable en el caso que examinamos; y de la fundamentación jurídica de esta sentencia interesa reproducir ahora el siguiente fragmento:

<< (...) 30 A este respecto, procede recordar que el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 prevé el derecho de un operador económico a recurrir, para un contrato determinado, a las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, con el fin de cumplir tanto los criterios relativos a la capacidad económica y financiera establecidos en el artículo 58, apartado 3, de dicha Directiva como los criterios relativos a las capacidades técnicas y profesionales, contemplados en el artículo 58, apartado 4, de esa misma Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartados 33, 35, 39, 49 y 51, y de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 25).

31 Con arreglo al artículo 59, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 2014/24, interpretado a la luz del considerando 84, párrafo tercero, de esta, el operador económico que pretenda acogerse a ese derecho deberá transmitir al poder adjudicador, en el momento de la presentación de su solicitud de participación o su oferta, un documento europeo único de contratación en el que dicho operador afirme que tanto él mismo como las entidades a cuyas capacidades tiene intención de recurrir no se encuentran en ninguna de las situaciones, contempladas en el artículo 57 de dicha Directiva, de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos.

32 En consecuencia, en virtud del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, corresponde al poder adjudicador comprobar, por una parte, que, con arreglo a los artículos 59 a 61 de esta, las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y, por otra parte, si existen motivos de exclusión, contemplados en el artículo 57 de dicha Directiva, relativos tanto al propio operador económico como a esas entidades.



33 A tenor del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro del que forme parte podrá exigir a este que requiera al operador económico afectado que sustituya a la entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir cuando esta última haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria. Así pues, del tenor de esta última frase se desprende claramente que, si bien los Estados miembros pueden establecer que, en tal supuesto, el poder adjudicador esté obligado a imponer tal sustitución a dicho operador económico, no pueden, en cambio, privar a ese poder adjudicador de su facultad de exigir, por iniciativa propia, tal sustitución. En efecto, los Estados miembros solo disponen de la posibilidad de sustituir la referida facultad por una obligación, para el poder adjudicador, de proceder a tal sustitución.

34 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 45).

[...]

39 En segundo lugar, la pertinencia, a la vista del principio de proporcionalidad, de la interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24 que figura en el apartado 33 de la presente sentencia resulta también del considerando 101, párrafo tercero, de dicha Directiva, a tenor del cual, al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención a este principio. Pues bien, esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48).

40 En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad de que se trate, basándose en todos los elementos pertinentes (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 31, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antreprizã de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 29). A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 52).

[...]

45 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 63 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartado 4, letra h), de dicha Directiva y a la luz del principio de proporcionalidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual el poder adjudicador debe excluir automáticamente a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando una empresa auxiliar, a cuya capacidad tiene intención de recurrir, ha presentado una declaración falsa sobre la existencia de condenas penales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada, sin poder imponer o, al menos, permitir, en tal caso, al referido licitador que sustituya a dicha entidad>>.

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*. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos.

Buen ejemplo de esos 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 los tenemos en la previsions contenidas en distintos apartados de los preceptos que antes hemos transcrito (artículo 63 de la Directiva



2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, artículos 59 y 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y artículo 24 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

El hecho de que la regulación vigente en materia de contratación pública contemple estos mecanismos de colaboración tendentes a facilitar la suma o integración de capacidades no excluye -ya lo hemos señalado- que en determinados casos el propio objeto del contrato o las especificidades de este hagan necesario que la convocatoria incluya los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que en cada caso se consideren necesarios y respecto de los cuales no caben aquellas formas de agrupación o acumulación; sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la solicitud.

Ahora bien, la admisibilidad de esta clase de requerimientos que no pueden ser cumplidos por vía de acumulación no puede ser aceptada sino de forma restrictiva, pues, partiendo de los principios de funcionalidad y de complementariedad de las capacidades a los que antes nos hemos referido, la posibilidad de que existan requisitos de capacidad o solvencia técnica cuyo cumplimiento deba ser necesariamente individualizado, sin que pueda alcanzarse por vía de agrupación o acumulación, ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad, al que también hemos aludido, no resultando aceptables aquellas exigencias que resulten injustificadamente gravosas y, por ello mismo, vulneradoras de los citados principios.

QUINTO.- Interpretación de esta Sala acerca de la cuestión controvertida.

Traslademos ahora las consideraciones expuestas en el apartado anterior al caso que nos ocupa.

Las partes recurrentes se han centrado en el examen de los preceptos legales concernidos (artículos 59, 62 y 63 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011), puestos en relación con el artículo 24.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001). Pero para abordar de manera certera la cuestión debatida en casación es obligado tomar también en consideración lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas, norma rectora del concurso público, que, como destaca la representación de FCC Aqualia, S.A., no fue objeto de impugnación por ninguna de las licitadoras.

Así, de la lectura del párrafo segundo de la cláusula 15.f/ del citado Pliego, que antes hemos transcrito, resulta que sólo serán admitidos en la licitación aquellos licitadores que acrediten estar prestando o haber prestado, individualmente o en unión temporal de empresas, servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en al menos dos municipios con una población de más de 10.000 habitantes cada uno. Y la cláusula 15.h/ señala que, en caso de que concurra a la licitación una Unión Temporal de Empresas, <<(...) cada una de las [empresas] que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, de forma que la suma consiga al menos la exigida en los puntos anteriores>>.

Vemos así que la redacción dada a las cláusulas del Pliego alberga una aparente contradicción pues, de un lado, se establece que en caso de Unión Temporal de Empresas cada una de las empresas que la integran debe acreditar su capacidad y solvencia y que únicamente se admitirán aquellos licitadores que acrediten experiencia en servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en los términos que acabamos de señalar; pero, al mismo tiempo, se contempla la acumulación de capacidades de manera que la suma logre la exigida en los puntos anteriores del mismo Pliego.

Aunque su redacción no es precisamente modélica, tales determinaciones del Pliego de Cláusulas Administrativas no contravienen lo dispuesto en el artículo 24.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, pues también este precepto establece que en las uniones temporales de empresarios "cada uno" de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, pero, al mismo tiempo, el propio artículo 24.1 del Reglamento se refiere a la posibilidad de "acumulación" de las características acreditadas por las empresas que concurren unidas.

La indicación que hace el artículo 24.1 del Reglamento de que en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen <<...debe acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento...>> encuentra explicación si se tiene en cuenta que esos artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 del propio Reglamento a los que se remite el artículo 24.1 se refieren a requisitos y obligaciones que necesariamente ha de cumplir todo empresario que pretenda contratar con una Administración Pública (capacidad de obrar, confidencialidad de los datos, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social,...). No hay duda de que tales requisitos debe cumplirlos de forma individual por cada uno de los empresarios que integran la unión temporal de empresas.



En cambio, a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal el artículo 24.1 del Reglamento admite la acumulación de las características acreditadas para cada una de las empresas integrantes de la unión. Y ello en consonancia con los preceptos de rango superior a los que antes nos hemos referido (artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y artículos 59 y 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), que contemplan esta clase de agrupaciones o uniones temporales de empresarios para contratar con el Sector Público. Y en consonancia, asimismo, con los principios que propugna la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que antes hemos reseñado.

Es cierto, ya lo hemos dejado señalado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos; pero también hemos visto que esta opción ha de ser admitida de forma restrictiva pues sólo resulta admisible cuando el objeto del contrato o las circunstancias del caso lo justifiquen, y operando siempre con observancia del principio de proporcionalidad.

Nada de ello sucede en el caso que examinamos, pues, siendo pacífico que una de las empresas integrantes de la unión temporal de empresas, Acciona Agua S.A., cumple por sí sola y con holgura los requisitos de solvencia técnica exigidos, resulta contrario al principio de proporcionalidad negar que la unión temporal de empresas haya justificado su solvencia técnica por la sola circunstancia de que la otra empresa integrante de la unión - STV Gestión S.L.- no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad.

Atendiendo al objeto del contrato al que se refiere la controversia -gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Santomera- no advertimos ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada de las empresas que integran la unión temporal y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades. Dicho de otro modo, esta Sala considera que negar la posibilidad de que se acumulen o sumen las capacidades técnicas de las empresas que concurren juntas a la licitación resulta carente de justificación y vulnera los principios de funcionalidad, de complementariedad de las capacidades y de proporcionalidad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que ya nos hemos referido, deben imperar en la interpretación de esos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico precisamente para favorecer el acceso de las empresas a la contratación pública.

El auto de la Sección Primera de esta Sala que admitió el presente recurso de casación formula la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en unos términos más amplios que los que corresponden al caso concreto resuelto en la sentencia recurrida, pues, como vimos, el auto de admisión se refiere a la cuestión de <<...si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas>>.

En una cuestión así planteada tendrían cabida supuestos muy distintos. Baste pensar en el caso de que ninguna de las empresas que integran la unión temporal de empresas cumple los requisitos de solvencia técnica requeridos pero sí los cumplen si se las considera de forma conjunta; o en un supuesto en el que, por razón del objeto del contrato, el Pliego de Cláusulas establece especificaciones técnicas muy concretas que han de reunir todas las empresas que pretendan intervenir en la prestación del servicio, aunque concurren agrupadas en una unión temporal. La casuística imaginable es variada, como variado es también el posible objeto de los contratos o el elenco de circunstancias cuya toma en consideración conduciría a que diésemos distintas respuestas a la cuestión planteada. Por ello, no hemos pretendido formular aquí una doctrina interpretativa más amplia, que habría de dar respuesta a una casuística muy variada, y nos hemos limitado a resolver el recurso atendiendo a las circunstancias del caso.

SEXO.- Resolución del recurso de casación.

De conformidad con la interpretación de los preceptos que hemos llevado a cabo en el apartado anterior, resulta procedente que declaremos haber lugar a los dos recursos de casación que aquí hemos examinado de manera conjunta.

Una vez casada la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procede estimar el recurso de apelación que interpusieron las representaciones procesales de la UTE Aguas de Santomera y del Ayuntamiento de Santomera, debiendo por ello ser revocada la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia.

Y, en definitiva, debe ser desestimado el recurso contencioso-administrativo que interpuso la entidad FCC Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. contra el acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de



octubre de 2012 por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012 a favor de la UTE constituida por las entidades Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L.

SÉPTIMO.- Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; y tampoco procede imponer las costas del proceso de instancia ni las de apelación, dado que la controversia planteada presentaba dudas de derecho, como se pone de manifiesto por el hecho de que la sentencia que resolvió el recurso de apelación y la que resolvió el proceso de instancia hayan sido anuladas.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1/ Ha lugar al recurso de casación nº 7906/2018 interpuesto por las representaciones procesales de la Unión Temporal de Empresas AGUAS DE SANTOMERA (integrada por las empresas ACCIONA AGUA S.L. y STV GESTIÓN S.L.) y del AYUNTAMIENTO DE SANTOMERA contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 2018 (apelación 330/2017), que queda ahora anulada y sin efecto.

2/ Queda igualmente anulada y sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia de fecha 19 de enero de 2017 (procedimiento ordinario 289/2013).

3/ Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad FCC Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. contra el acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Santomera de 9 de octubre de 2012 por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del contrato para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado de 6 de septiembre de 2012 a favor de la UTE constituida por las entidades Acciona Agua S.A. y STV Gestión S.L.

4/ No se imponen las costas derivadas del recurso de casación, ni las del recurso de apelación ni las del proceso de instancia a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.