

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MELCHIOR WATHELET

presentadas el 4 de junio de 2015 (1)

Asunto C-234/14

Ostas celtnieks SIA

contra

Talsu novada pašvaldība,

Iepirkumu uzraudzības birojs

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Letonia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3 — Operador económico que se basa en las capacidades de otras entidades — Obligación de celebrar un contrato de colaboración con otras entidades o de constituir una sociedad colectiva — Cláusula de responsabilidad individual y solidaria del licitador y de otras entidades»

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 12 de mayo de 2014, se plantea en el marco de un litigio que enfrenta, por una parte, a Ostas celtnieks SIA (en lo sucesivo, «Ostas celtnieks») y, por otra parte, a la Talsu novada pašvaldība (Gobierno de la comarca de Talsi; en lo sucesivo, «Gobierno») y al Iepirkumu uzraudzības birojs (Organismo de Vigilancia de la Contratación Pública; en lo sucesivo, «Organismo»).

2. El Gobierno inició un procedimiento de contratación pública para la mejora de la infraestructura de carreteras con el objeto de facilitar el acceso a Talsi. El pliego de condiciones de la licitación iniciada por el Gobierno establecía, en particular, que, en el supuesto de que un licitador se basara en las capacidades de otras entidades, éste debería celebrar un contrato de colaboración con dichas entidades o constituir una sociedad colectiva antes de la celebración del contrato. En concreto, el contrato de colaboración debería establecer la responsabilidad individual y solidaria del licitador y de las otras entidades.

3. Ostas celtnieks impugna la legalidad de estos requisitos del pliego de condiciones.

4. Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación 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. (2) Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si dicha Directiva se opone o no a la introducción en un pliego de condiciones de requisitos como los previstos en el litigio principal.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. El considerando 45 de la Directiva 2004/18 expone lo siguiente:

«La presente Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan listas oficiales de contratistas, proveedores o prestadores de servicios o una certificación realizada por organismos públicos o privados, así como los efectos de este tipo de inscripción o certificación en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos en otro Estado miembro. Por lo que se refiere a las listas oficiales de operadores económicos autorizados, es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos en que un operador económico que forme parte de un grupo utilice la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de validez de la inscripción. A efectos de esta inscripción, un Estado miembro puede por lo tanto determinar los niveles de exigencia que deban alcanzarse, y en particular, por ejemplo, cuando dicho operador se valga de la capacidad financiera de otra sociedad del grupo, el compromiso, si es necesario solidario, de esta última sociedad.»

6. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2004/18 establece lo siguiente:

«Estarán autorizadas a licitar o presentarse como candidatos las agrupaciones de operadores económicos. Para la presentación de una oferta o de una solicitud de participación, los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, pero la agrupación seleccionada podrá ser obligada a asumir una forma jurídica determinada cuando se le haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.»

7. Según lo previsto en el artículo 25 de dicha Directiva:

«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.»

8. Según el artículo 26 de dicha Directiva:

«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho [de la Unión] y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.»

9. El artículo 44 de la misma Directiva establece lo siguiente:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará [...] previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos [...]. Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52 [...].

2. Los poderes adjudicadores podrán exigir los niveles mínimos de capacidades con arreglo a los artículos 47 y 48, que los candidatos y licitadores deben reunir.

El alcance de la información contemplada en los artículos 47 y 48 y los niveles mínimos de capacidad exigidos para un contrato determinado deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato.

[...]»

10. El artículo 47 de la Directiva 2004/18, establece, en sus apartados 2 y 3:

«En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.»

11. El artículo 48 de dicha Directiva, dispone, en sus apartados 3 y 4:

«En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.»

B. *Derecho nacional*

12. La Ley en materia de Contratación Pública [Publisko iepirkumu likums; Latvijas Vēstnesis, 2006, n° 65 (3433)] transpone la Directiva 2004/18 al Derecho letón.

13. De la petición de decisión prejudicial se desprende que dicha Ley establece, en los artículos 41 («Capacidad económica y financiera»), apartado 3, y 42 («Capacidad técnica y profesional»), apartado 3, que un adjudicatario podrá basarse en las capacidades de otros empresarios, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellos, cuando sea necesario para la ejecución de un determinado contrato. En tal caso, el adjudicatario deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios presentando una atestación de los empresarios o un acuerdo de colaboración para la ejecución del contrato de que se trate. (3)

14. La normativa básica relativa al contrato de colaboración se halla recogida en el capítulo decimosexto del Código Civil letón; por su parte, las normas relativas a la creación y al funcionamiento de las sociedades colectivas de operadores económicos figuran en el capítulo noveno del Código de Comercio.

III. Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestión prejudicial

15. El Gobierno inició un procedimiento de adjudicación de un contrato público para la mejora de la infraestructura de carreteras.

16. El apartado 9.5 del pliego de condiciones, aprobado el 29 de noviembre de 2011, tiene la siguiente redacción:

«[...] en el supuesto de que el licitador se base en las capacidades de otros empresarios, deberá indicar de qué empresarios se trata y aportar la prueba de que dispondrá de los medios necesarios. Si se adjudicase el contrato a dicho licitador éste y los referidos empresarios deberán concluir un contrato de colaboración previamente a la adjudicación y transmitírselo al poder adjudicador.»

17. Según el órgano jurisdiccional remitente, el contrato de colaboración deberá incluir:

«1) una cláusula en que se establezca que cada cual es responsable individual y solidariamente de la ejecución del contrato en cuestión;

2) la mención del operador principal habilitado para firmar el contrato público y para dirigir su ejecución;

3) la descripción de la parte de la obra que corresponde realizar a cada uno de los participantes;

4) el volumen de la obra que cada participante ha de llevar a cabo, expresado en porcentaje.

La celebración de un contrato de colaboración puede reemplazarse por la creación de una sociedad colectiva.»

18. Ostas celtnieks impugnó ante el Organismo varios de los requisitos del pliego de condiciones y, en particular, el apartado 9.5.

19. Mediante resolución de 13 de febrero de 2012, el Organismo dio la razón a Ostas celtnieks en diversos puntos, pero desestimó sus objeciones relativas al apartado 9.5 del pliego de condiciones. El Organismo señaló que mediante este apartado, el poder adjudicador había indicado de hecho la manera en que el adjudicatario podía demostrar al poder adjudicador que dispondría durante todo el plazo de vigencia del contrato de los medios necesarios en los que se basaba.

20. Ostas celtnieks interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Administratīvā rajona tiesa (tribunal administrativo de distrito) con el objeto de que éste declarara la ilegalidad parcial de la resolución del Organismo respecto de varios puntos y, en particular, del relativo al apartado 9.5 del pliego de condiciones.

21. Mediante sentencia de 7 de mayo de 2013, la Administratīvā rajona tiesa declaró que el apartado 9.5 del pliego de condiciones era parcialmente ilegal.

22. Según este órgano jurisdiccional, ni de la Ley en materia de Contratación Pública letona ni de la Directiva 2004/18 se desprende que el poder adjudicador pueda imponer a un licitador la obligación de presentar un compromiso de celebración de un contrato de colaboración con otras entidades en cuyas capacidades se hubiera basado y exigirle que concluya tal contrato o que constituya con éstas una sociedad colectiva. Según la Administratīvā rajona tiesa, un operador económico puede recurrir a las capacidades de otras entidades para un contrato determinado, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que les unan.

23. El Gobierno y el Organismo interpusieron recursos de casación contra esta resolución ante el órgano jurisdiccional remitente. En estos sostienen que el apartado 9.5 del pliego de condiciones estaba justificado para reducir el riesgo de incumplimiento del contrato, dado que a falta de una obligación de celebrar un contrato, el poder adjudicador no tendría la posibilidad de verificar que la ejecución del contrato se realizara de conformidad con la oferta presentada y

que los empresarios en cuyas capacidades se hubiera basado el licitador no renegarían de sus compromisos.

24. Según el Gobierno y el Organismo, la expresión «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellos» (4) se refiere a los vínculos que existen en general entre un adjudicatario y un empresario en cuyas capacidades se base. Consideran que la Ley letona en materia de contratación pública no indica la manera en la que el adjudicatario puede demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios y que por lo tanto esto se deja a la apreciación del poder adjudicador.

25. Asimismo consideran que, dado que la Ley letona en materia de contratación pública ha transpuesto las disposiciones de la Directiva 2004/18, también se debe tener en cuenta la interpretación de las disposiciones de dicha Directiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. También señalan que en las sentencias *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133) y *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636), el Tribunal de Justicia declaró que, para reducir al máximo los riesgos para el poder adjudicador, éste debía verificar que los medios pertinentes estuvieran efectivamente a disposición de los licitadores.

26. El órgano jurisdiccional remitente señala que se desprende de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia que el poder adjudicador también debía verificar la capacidad de las empresas subcontratadas de ejecutar el contrato. (5)

27. Dicho órgano jurisdiccional señala, en particular, que, en el apartado 33 de la sentencia *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), el Tribunal de Justicia afirmó «que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por la entidad adjudicadora siempre que se acredite ante ésta que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de esas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato».

28. Según el órgano jurisdiccional remitente, el poder adjudicador no sólo puede, sino que debe verificar la capacidad del licitador de ejecutar el contrato. Sin embargo, considera que no está resuelta de forma clara la cuestión de si el poder adjudicador puede decidir que los únicos procedimientos autorizados para obtener las capacidades suplementarias consisten en constituirse en cierto tipo de sociedad o en celebrar un contrato de colaboración, o bien, por el contrario, si la empresa licitadora es libre de elegir el modo de reunir dichas capacidades.

29. En estas circunstancias, la Augstākā tiesa decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 2004/18 en el sentido de que, para reducir el riesgo de que se incumpla un contrato, éstas autorizan a introducir en un pliego de condiciones una regla según la cual, si se decide adjudicar el contrato a un licitador que se base en las capacidades de otras entidades, dicho licitador tenga la obligación, con carácter previo a la adjudicación de dicho contrato, de celebrar con tales entidades un contrato de colaboración (incluyendo en dicho contrato los puntos indicados en el pliego de condiciones) o de constituir con ellas una sociedad colectiva?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

30. Los Gobiernos letón y griego y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Ostas celtnieks, el Gobierno letón y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 16 de abril de 2015.

V. Análisis

A. Observaciones preliminares

31. Cabe señalar que, si bien la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente no especifica ninguna disposición concreta de la Directiva 2004/18, la petición de decisión prejudicial hace referencia a sus artículos 25 («Subcontratación»), 26 («Condiciones de ejecución del contrato»), 47 («Capacidad económica y financiera»), 48 («Capacidad técnica y profesional») y a su considerando 45.

32. Asimismo, de la resolución de remisión se desprende que el litigio principal sólo se refiere al apartado 9.5 del pliego de condiciones controvertido, que establece que, en el supuesto de que el licitador se base en las capacidades de otras entidades, deberá indicar de qué entidades se trata y aportar prueba al poder adjudicador de que dispondrá de todos los medios necesarios para la ejecución del contrato mediante la presentación de un compromiso de dichas entidades de celebrar un contrato de colaboración (6) o de constituir con el licitador una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato.

33. Por lo tanto considero que la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente pretende averiguar si los artículos 47, apartado 2, de la Directiva 2004/18 (relativo a la capacidad económica y financiera de los operadores económicos que participan en un procedimiento de adjudicación) y 48, apartado 3, de dicha Directiva (relativo a las capacidades técnicas y profesionales de dichos operadores) se oponen a que se incluya en un pliego de condiciones una cláusula que obligue a un licitador que se base en las capacidades de otras entidades a celebrar con éstas un contrato de colaboración o constituir con éstas una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato.

34. Sin embargo, según la Comisión, la redacción de este apartado del pliego de condiciones sugiere que la disposición específica relativa a la celebración de un contrato de colaboración o a la constitución de una sociedad colectiva sólo se refiere a la fase posterior a la selección y anterior a la adjudicación del contrato, y únicamente se dirige al licitador seleccionado, con quien el poder adjudicador espera concluir el contrato. De este modo esta disposición específica correspondería a las condiciones de ejecución del contrato, tal como quedan definidas en el artículo 26 de la Directiva 2004/18.

35. Considero que los requisitos impuestos por el apartado 9.5 del pliego de condiciones se refieren a los niveles mínimos, por una parte, de capacidad económica y financiera y, por otra parte, de capacidades técnicas y profesionales exigidos por el poder adjudicador, en el sentido de los artículos 44, apartado 2, 47 y 48 de la Directiva 2004/18, que debe cumplir un licitador para que su oferta sea tenida en cuenta, (7) y no a las condiciones de ejecución del contrato en el sentido del artículo 26 de dicha Directiva, lo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, si bien los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones particulares de ejecución en el anuncio de licitación o el pliego de condiciones con arreglo a dicho artículo 26, parece que, en vista de los ejemplos de las condiciones de ejecución que ofrece, esto es, que éstas «podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental», (8) dicho artículo no se refiere a la capacidad económica y financiera o a las capacidades técnicas y profesionales del licitador de ejecutar el contrato, requisitos que se contemplan en los artículos 44, apartado 2, 47 y 48 de la Directiva 2004/18.

36. Asimismo, las obligaciones de un licitador que recurre a las capacidades de otras entidades, por un lado, de acreditar al poder adjudicador que dispondrá de todos los medios necesarios para la ejecución del contrato mediante la presentación de un compromiso de dichas entidades de celebrar un contrato de colaboración y, por otro lado, de celebrar un contrato de

colaboración con dichas entidades o de constituir una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato están íntimamente ligadas y no deben ser disociadas artificialmente.

37. Dichas obligaciones se refieren a la capacidad económica y financiera del licitador así como a sus capacidades profesionales y técnicas y, más concretamente, a la manera en que, con arreglo a los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18, el licitador debe demostrar que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, en particular, si recurre a subcontratistas. Su incumplimiento constituye un motivo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato.

B. *Artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18*

38. Las normas de la Unión Europea no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello. Tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato a un contrato público toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en el anuncio de licitación de dicho contrato, se considere apta para garantizar la ejecución de tal contrato, directamente o recurriendo a la subcontratación. La capacidad efectiva de dicha entidad para cumplir los requisitos establecidos en el anuncio de licitación se aprecia en una fase ulterior del procedimiento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 44 a 52 de la Directiva 2004/18. (9)

39. «En virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, una entidad adjudicadora podrá exigir a los candidatos o licitadores que cumplan niveles mínimos de capacidad económica, financiera, técnica y profesional con arreglo a los artículos 47 y 48 de esa Directiva. Por ello, la entidad adjudicadora debe tener en cuenta *el derecho* que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, *independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas*, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato». (10)

40. En este sentido quiero señalar que, si bien todos los operadores económicos tienen derecho a basarse en las capacidades de otras entidades para un contrato determinado, les corresponde acreditar que disponen efectivamente de los medios y recursos de dichos organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato. (11)

41. El poder adjudicador, tal como especifica el artículo 44, apartado 1, de la Directiva 2004/18, debe comprobar la aptitud del licitador, en particular, con el fin de brindar al poder adjudicador la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados. (12)

42. En el marco de esta comprobación, la Directiva 2004/18 no permite ni excluir *a priori* determinados medios de prueba ni presumir que el licitador dispone de los medios necesarios para la ejecución del contrato. (13)

43. En efecto, aunque los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 indican que «por ejemplo» la presentación del compromiso de otras entidades de poner a disposición del licitador los medios necesarios constituye un medio de prueba aceptable, dichas disposiciones no excluyen en modo alguno otros medios de prueba. (14)

C. *Apartado 9.5 del pliego de condiciones*

44. Al imponer al licitador la obligación de celebrar contratos de colaboración con las entidades en cuya capacidad se basa o de constituir con ellas una sociedad con carácter previo a la adjudicación del contrato, el apartado 9.5 del pliego de condiciones sólo le deja una única manera de probar que dispone de los medios de otras entidades.

45. Esta obligación me parece contraria al tenor literal de los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, que cita a título de ejemplo un medio de prueba que un operador económico puede utilizar para basarse en las capacidades de otras entidades para un contrato determinado, lo que por definición no sólo no impone dicho medio de prueba sino que tampoco excluye ningún otro.

46. Es más, mediante la obligación que impone, el apartado 9.5 del pliego de condiciones prohíbe la utilización del medio de prueba citado por los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18.

47. Asimismo, considero que, al imponer al licitador una única manera de probar que está cualificado y que dispone de los medios de otras entidades, el artículo 9.5 del pliego de condiciones vulnera el principio de proporcionalidad. (15)

48. En efecto, si bien el objetivo de garantizar la ejecución del contrato constituye un objetivo legítimo de interés general, la obligación impuesta por el apartado 9.5 del pliego de condiciones excede claramente de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Al imponer a la relación entre el licitador y las otras entidades a las que éste recurre una limitación basada en la forma jurídica de su relación que no establecen los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, el apartado 9.5 del pliego de condiciones supone limitar de forma sustancial e injustificada el derecho de un licitador a basarse en las capacidades de dichas entidades y, por consiguiente, la participación más amplia posible de licitadores (16) en los procedimientos de licitación, cuando el interés de la Unión en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios exige que la apertura de un procedimiento de licitación a la competencia sea la más amplia posible. (17)

49. Además, las obligaciones del licitador de celebrar un contrato de colaboración con las entidades en cuyas capacidades técnicas y profesionales se basa, por ejemplo, o de constituir con ellas una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato y de incluir en el contrato de colaboración una cláusula en virtud de la cual el licitador y las otras entidades se hagan responsables individual y solidariamente de la ejecución del contrato, independientemente de la parte del contrato que tenga intención de subcontratar, tienen un claro efecto disuasorio sobre esta forma de cooperación económica. (18) Incluso cabe dudar de la eficacia de esta medida para alcanzar el objetivo de garantizar la ejecución del contrato, dado que resulta difícil imaginar que la empresa que posea las capacidades técnicas y profesionales a las que se recurra acepte una responsabilidad financiera solidaria, cuando sólo se le subcontratará una parte mínima del contrato.

50. Por último, el apartado 9.5 del pliego de condiciones limita el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos al menoscabar, por ejemplo, el derecho de un licitador de subcontratar una parte de los servicios en cuestión conforme al artículo 25 de la Directiva 2004/18. (19)

D. *Subcontratación o agrupación de operadores económicos*

51. El Gobierno letón considera que los operadores, al igual que los subcontratistas eventuales a cuyas capacidades recurra el licitador, constituyen, desde el punto de vista del

poder adjudicador, una agrupación de operadores económicos que es la ejecutante potencial del contrato. Señala que con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2004/18, «los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, pero la agrupación seleccionada podrá ser obligada a asumir una forma jurídica determinada cuando el contrato le haya sido adjudicado, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato». El Gobierno letón afirma que se desprende claramente de dicha disposición que, para garantizar la ejecución del contrato, el poder adjudicador tendrá derecho a exigir al grupo de operadores económicos que se asocien bajo una forma jurídica determinada. Dicho de otro modo, en base a lo anterior, el apartado 9.5 del pliego de condiciones en cuestión ha impuesto en la práctica de forma lícita a los operadores económicos que quieran recurrir a subcontratistas (20) la obligación de constituir una agrupación de operadores económicos con estos últimos.

52. En primer lugar quiero señalar que, tal como está establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2004/18, la obligación de las agrupaciones de operadores económicos de asumir una forma jurídica determinada tras la adjudicación del contrato «en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del [contrato]» (21) constituye, en mi opinión, un requisito excepcional que sólo se impone cuando resulta objetivamente necesario y respetando el principio de proporcionalidad. No se alega ninguno de estos elementos en el caso de autos.

53. Más fundamentalmente, aunque los poderes adjudicadores pueden exigir en ciertos casos una forma jurídica determinada tras la adjudicación del contrato a una agrupación de operadores económicos, no pueden imponer la formación de tal agrupación por un licitador y los subcontratistas a los que recurra, dado que la Directiva 2004/18 deja al licitador la opción de subcontratar una parte del contrato a terceros (artículo 25), o bien de asociarse con otras entidades en una agrupación de operadores económicos y de licitar de forma conjunta para un contrato determinado (artículo 4, apartado 2).

54. Ahora bien, el apartado 9.5 del pliego de condiciones vincula estas dos posibilidades que son claramente distintas (22) y como mínimo, de acuerdo con la tesis propuesta por el gobierno letón, obligaría a los licitadores que recurran a subcontratistas a transformar este modo de cooperación en una agrupación de operadores económicos.

55. Por último, con arreglo a los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, un licitador que participe en el procedimiento de selección tiene derecho a escoger la forma de colaborar con las otras entidades para cumplir los requisitos de capacidad económica y financiera en cuestión.

56. En consecuencia el apartado 9.5 priva de todo efecto útil los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 y aplica de forma inadecuada las disposiciones del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva.

VI. Conclusión

57. A la vista de las consideraciones expuestas, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la cuestión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa de la siguiente manera:

«Los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que se incluya en un pliego de condiciones un requisito que obligue a un licitador que se base en las capacidades de otras entidades a concluir

con éstas un contrato de colaboración o a crear con ellas una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato.»

1 – Lengua original: francés.

2 – DO L 134, p. 114, y corrección de errores, DO L 351, p. 44.

3 – Cabe señalar que el litigio en el asunto principal no se refiere a la conformidad de las disposiciones del Derecho nacional con el Derecho de la Unión. Oostas celtnieks sólo discute la legalidad de determinados requisitos del pliego de condiciones del contrato en cuestión. Véanse los puntos 16 a 18 de las presentes conclusiones. Además, a raíz de una pregunta formulada en la vista por el Sr. Tizzano, Presidente, el Gobierno letón informó al Tribunal de Justicia que el contrato en cuestión en el litigio principal era un contrato de obras por un valor aproximado de 3 millones de euros, importe que es inferior al umbral fijado por la Directiva para este tipo de contrato [véase el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18]. Sin embargo el Gobierno letón precisó que la legislación letona ha hecho aplicable la Directiva 2004/18 a contratos de obras de un importe como el del contrato en cuestión.

4 – Véanse artículos 41, («Capacidad económica y financiera»), apartado 3, y 42, («Capacidad técnica y profesional»), apartado 3, de la Ley letona en materia de contratación pública, así como los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18.

5 – Véanse, por ejemplo, las sentencias Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), apartado 16, y Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), apartados 28 y 29.

6 – El Gobierno letón señala que «“una asociación es una reunión de dos o más personas en base a un contrato de colaboración con el fin de alcanzar los objetivos comunes mediante recursos o medios comunes”. El artículo 2257 del Código Civil letón rige la cuestión de la responsabilidad de los participantes en una asociación en el sentido de que los compromisos adquiridos por una asociación vinculan de forma solidaria a todos sus miembros frente a terceros».

7 – Véase, por analogía, la sentencia Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), apartados 103 y 104. En efecto, parece que el apartado 9.5 hace referencia, en particular, a los requisitos del anexo 1 del pliego de condiciones, titulado «Oferta financiera», así como a su anexo 2, titulado «Cualificación», lo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

[8](#) – Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), apartado 76.

[9](#) – Véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartados 41 y 42 y jurisprudencia citada.

[10](#) – Véase la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartados 28 y 29. El subrayado es mío. Los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 codifican la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en relación con las directivas anteriores en materia de contratación pública. Véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punto 20.

[11](#) – Véanse, en este sentido, las sentencias Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), apartado 29, y Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), apartados 43 y 44. En consecuencia, la carga de la prueba recae sobre el licitador que se base en las capacidades de terceros. En el apartado 35 de la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), el Tribunal de Justicia constató que «no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada 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.» De ello se deduce que el Tribunal de Justicia acepta que se puedan dar circunstancias excepcionales en las que, en vista de la propia naturaleza del contrato en cuestión, pueda limitarse el recurso por parte del licitador a las capacidades de otras entidades. La petición de decisión prejudicial no hace referencia alguna a la existencia de tales circunstancias excepcionales en el litigio principal.

[12](#) – Véanse, en este sentido, la sentencia Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), apartado 28.

[13](#) – *Ibidem* (apartado 30).

[14](#) – «Tanto el artículo 47, apartado 2, como el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 establecen, en términos casi idénticos que “el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades”. El tenor de dichas disposiciones sugiere que se reconoce a los operadores económicos un derecho a elegir ese método de cumplimiento de los criterios de selección, siempre que puedan acreditar que tienen efectivamente a su disposición los recursos de otras entidades que sean necesarios para ejecutar el contrato.» Véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punto 24.

[15](#) – Con arreglo al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, las medidas adoptadas por los Estados miembros no deben exceder de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Véase, en este sentido, la sentencia Serrantoni y Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808), apartado 33 y jurisprudencia citada.

[16](#) – Véase, por analogía, la sentencia CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartado 37).

[17](#) – Véanse, en este sentido, las sentencias Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 29, y Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 34. «El objetivo de apertura a la competencia más amplia posible se pretende no únicamente en aras del interés en la libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de las propias entidades adjudicadoras, que dispondrán así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa». Véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punto 32.

[18](#) – Cabe señalar que el artículo 63, apartado 1, 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 (DO L 94, p. 65) establece que «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». El subrayado es mío. No obstante quiero señalar, por un lado, que esta disposición, que debe ser transpuesta por los Estados miembros a más tardar el 18 de abril de 2016 con arreglo al artículo 90 de la Directiva 2014/24, no es aplicable *ratione temporis* al litigio principal y, por otro lado, que ésta se refiere únicamente al supuesto en el que el licitador recurra a las capacidades de otras entidades en lo referente a los criterios relativos a la capacidad económica y financiera, excluyendo los referidos a las capacidades técnicas y profesionales. Además, esta disposición sólo exige que el licitador y las otras entidades sean responsables solidarias de la ejecución del contrato, sin imponer, como sucede en el litigio principal, una forma jurídica concreta de cooperación entre ellos. Por otra parte es lógico que sólo se vincule el recurso a las «capacidades económicas y financieras» a la responsabilidad solidaria.

[19](#) – Véase, en este sentido, la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 34 y jurisprudencia citada.

[20](#) – Véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, EU:C:2001:401), apartados 90 y 91.

[21](#) – El subrayado es mío.

[22](#) – Véase, en este sentido, la sentencia *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593), apartado 24. Véanse también los artículos 47, apartado 3, y 48, apartado 4, de la Directiva 2004/18.