Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 3 de marzo de 2016 [1]

Asunto C-46/15

Ambisig — Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA,
contra
AICP — Associação de Industriais do Concelho de Pombal

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur, Portugal)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii) — Efecto directo — Procedimientos de adjudicación — Operadores económicos — Capacidad técnica y profesional — Prueba»

I. **Introducción**

1. La petición de decisión perjudicial se enmarca en un litigio entre Ambisig — Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, S.A. (en lo sucesivo, «Ambisig») a AICP — Associação de Industriais do Concelho de Pombal (en lo sucesivo, «AICP»).

2. Esta petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, 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]

3. Esa disposición hace referencia a la pruebas de la capacidad técnica y profesional de los operadores interesados en el contrato de que se trata. Mediante sus cuestiones prejudiciales, el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur, Portugal) pregunta al Tribunal de Justicia, por un lado, sobre su eventual efecto directo y, por otra, sobre la ordenación de las modalidades de prueba que prevé.

II. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

4. El título II de la Directiva 2004/18 establece las normas aplicables a los contratos públicos. En la sección 2 del capítulo VII que incluye, en particular, los artículos 45 y 48, se determinan los criterios de selección.

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 134, p. 114.

5. El artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18 establece que todo operador económico al «que se [...] considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en aplicación de la presente Sección o que no haya proporcionado dicha información» podrá quedar excluido de la participación en el contrato público de que se trate.

6. El artículo 48 de la Directiva 2004/18, titulado «Capacidad técnica y profesional» tiene el siguiente tenor:

«1. Las capacidades técnicas y profesionales de los operadores económicos se evaluarán y comprobarán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios:

[...]

ii) mediante la presentación de una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, públicos o privados. Los suministros y las prestaciones de servicios se demostrarán:

— cuando el destinatario sea un poder adjudicador, mediante los certificados expedidos o visados por la entidad competente;

— cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado, simplemente mediante una declaración del operador económico;

[...]»

B. *Derecho portugués*

1. Código de contratos públicos

7. La Directiva 2004/18 ha sido transpuesta en el ordenamiento jurídico portugués mediante el Código de contratos públicos (Código dos Contratos Públicos), aprobado mediante Decreto-ley n.º 18/2008, de 29 de enero de 2008, en su versión modificada y nuevamente publicada como anexo por el Decreto-ley n.º 278/2009, de 2 de octubre de 2009 (Diário da República, 1ª serie, n.ºº192, de 2 de octubre de 2009; en lo sucesivo, «Código de contratos públicos»).

8. El artículo 165 del Código de contratos públicos tiene el siguiente tenor:

«1 – Los requisitos mínimos en materia de capacidad técnica previstos en la letra h) del apartado 1 del artículo anterior deberán adaptarse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato a celebrar y describir las situaciones, calidades, características y demás elementos fácticos que se refieran, en particular:

a) a la experiencia profesional de los candidatos;

b) a los recursos humanos, tecnológicos, equipamiento y demás elementos que los candidatos utilicen por cualquier título;

c) al modelo y a la capacidad organizativa de los candidatos, en particular en lo que respecta a la dirección y la integración de aptitudes especializadas, sistemas informáticos de apoyo y sistemas de control de calidad;

d) a la capacidad de los candidatos para adoptar medidas de gestión medioambiental en el marco de la ejecución del contrato a celebrar;

e) a los datos que figuran en la base de datos del Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., sobre empresarios, cuando el contrato que vaya a celebrarse sea de obras o de concesión de obras públicas.

[...]

5 – Los requisitos mínimos en materia de capacidad técnica previstos en el apartado 1 y el criterio "f" mencionado en la letra i) del apartado 1 del artículo anterior no podrá fijarse de forma discriminatoria.»

2. Anuncio de licitación

9. El artículo 12 del anuncio de licitación dispone:

«Para resultar seleccionados, los candidatos deberán presentar los siguientes documentos de solicitud:

[...]

c) una declaración del cliente en papel con membrete y timbrado que acredite que el candidato ha establecido el sistema de gestión medioambiental y/o de calidad [exigido por el artículo 8 del anuncio de licitación], conforme al modelo recogido como anexo VIII del presente anuncio de licitación. La firma que figure en la declaración deberá estar legalizada por un notario, por un abogado o por cualquier otra entidad competente, que deberá hacer constar además la condición en la que el firmante la otorga;

[...]

f) una declaración del cliente en papel con membrete y timbrado que acredite que el candidato ha establecido el sistema de gestión, desarrollo e instauración de una plataforma tecnológica en red, de un software de gestión y medidas de coordinación [exigido por el artículo 8 del anuncio de licitación] en la que se indique el importe de que se trate, conforme al modelo recogido como anexo IX del presente anuncio de licitación. La firma que figure en la declaración deberá estar legalizada por un notario, por un abogado, o por cualquier otra entidad competente, que deberá hacer constar además la condición en la que el firmante la otorga; [...]»

III. **Hechos**

10. Según la resolución de remisión, el 23 de abril de 2013, la AICP decidió iniciar un procedimiento de licitación restringido con selección previa para la celebración de un contrato de prestación de servicios para la instauración de sistemas de gestión medioambiental y de calidad y de una plataforma tecnológica.

11. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, letras a) a c), del anuncio de licitación, los candidatos debían cumplir varios requisitos acumulativos en materia de capacidad técnica.

12. El artículo 12, apartado 1, letras c) y f), del mismo anuncio de licitación establecía que, para ser seleccionados, los candidatos debían acreditar el cumplimiento de esos requisitos mediante declaraciones de clientes en papel con membrete timbrado. Asimismo, tales declaraciones debían incluir una firma legalizada por un notario, por un abogado o por cualquier otra entidad competente, que también debían hacer constar la condición que el firmante le otorgaba.

13. En el marco de dicho procedimiento de licitación, el 30 de agosto de 2013, la AICP aprobó el informe definitivo de selección elaborado por el jurado. En dicho informe se seleccionaba a la sociedad «Índice ICT & Management, Lda.» y se excluían las otras dos candidaturas, una de ellas de Ambisig.

14. Por motivos que no constan en la resolución de remisión, dicha resolución fue anulada el 14 de noviembre de 2013 mediante sentencia del Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur). En dicha sentencia se ordenó además a AICP que adoptara en el plazo de 20 días una nueva resolución sobre la elección del procedimiento y que publicara un nuevo anuncio de licitación, exento de las ilegalidades detectadas, y que adoptase todas las medidas y acciones oportunas.

15. De conformidad con dicha sentencia, el 10 de diciembre de 2013 la AICP decidió iniciar un nuevo procedimiento de licitación restringido con selección previa para la celebración de un contrato de prestación de servicios para la instauración de sistemas de gestión medioambiental y de calidad y de una plataforma tecnológica en trece empresas.

16. Al término de ese nuevo procedimiento de selección, la dirección de la AICP decidió aprobar el 27 de marzo de 2014, el informe final de selección elaborado por el jurado que seleccionó la candidatura «Índice ICT & Management, Lda.», y excluyó la de Ambisig.

17. Ambisig interpuso recurso contra dicha resolución ante el Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Tribunal administrativo y fiscal de Leiria, Portugal), que la anuló el 11 de junio de 2014. No obstante, Ambisig recurrió esa resolución ante el pleno de ese mismo órgano jurisdiccional alegando que éste había desestimado indebidamente los motivos de recurso basados, en particular, en la incompatibilidad del artículo 12, apartado 1, letras c) y f), del anuncio de licitación con los requisitos de prueba establecidos en el artículo 48 de la Directiva 2004/18, y con los principios de competencia, imparcialidad y proporcionalidad consagrados en el Código de contratos públicos.

18. Mediante sentencia de 6 de agosto de 2014, el Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Tribunal administrativo y fiscal de Leiria) desestimó el recurso de Ambisig y, en consecuencia, ratificó su decisión de 11 de junio de 2014. Ambisig decidió impugnar esa sentencia ante el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur).

19. En el marco de dicho recurso se ha formulado la presente petición de decisión prejudicial. En efecto, el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur) alberga ciertas dudas sobre el alcance de los requisitos probatorios previstos en el artículo 48 de la Directiva 2004/18 y la conformidad con ese artículo de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación.

IV. **Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

20. Mediante resolución del 29 de enero de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de febrero de 2015, el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Al no regular la legislación portuguesa la materia contenida en el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18/CE [...], ¿resulta dicha disposición directamente aplicable en el ordenamiento jurídico portugués, de tal modo que confiere a los particulares un derecho que pueden ejercitar contra los poderes adjudicadores?

2) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18/CE en el sentido de que se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que no permitan al operador económico demostrar las prestaciones de servicios mediante declaración firmada por el mismo operador, excepto si acredita que le resulta imposible o muy difícil obtener una declaración del comprador privado?

3) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18/CE en el sentido de que se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que, so pena de exclusión, exijan que la declaración del comprador privado contenga el reconocimiento de la firma por notario, abogado u otra entidad competente?»

21. Han presentado observaciones escritas Ambisig, el Gobierno portugués y la Comisión Europea. Por otra parte, el Gobierno portugués y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 28 de enero de 2016.

V. **Apreciación**

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

22. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, al no haber sido éste traspuesto en el Derecho interno, puede otorgar derechos a los particulares que éstos pueden invocar frente a los poderes adjudicadores en el marco de litigios ante órganos jurisdiccionales nacionales. Se trata pues de determinar el eventual efecto directo de esa disposición.

1. Determinación del efecto directo del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18

23. Los requisitos y límites del reconocimiento del efecto directo de las disposiciones de una directiva son bien conocidos. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta. [3]

3 — Véanse, en ese sentido, entre las múltiples existentes, la sentencia Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartado 18 y jurisprudencia citada.

24. Una disposición del Derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión Europea o de los Estados miembros. [4]

25. En mi opinión, el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 cumple los requisitos, antes citados, de ser incondicional y precisa. En efecto, esa disposición no exige que se adopte ninguna medida complementaria para ser aplicable en la medida en que, por un lado, dispone que la capacidad técnica de los operadores económicos puede acreditarse presentando una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, públicos o privados, de que se trate y en que precisa, por otro lado, que cuando el destinatario sea un comprador privado, la prestación del servicio podrá probarse mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado, simplemente mediante una declaración del operador económico.

26. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de declarar que el artículo 26 de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras [5] podía ser invocado por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales «no [siendo] necesaria para el cumplimiento de [los] requisitos [previstos en él] ninguna medida particular de aplicación». [6] Pues bien, aunque ese artículo de la Directiva 71/305 únicamente se refería a los contratos de obra y no a los contratos de servicios, las normas sobre acreditación de la capacidad técnica previstas en esa disposición pueden considerarse análogas, desde la perspectiva de su incondicionalidad y de su precisión, a las contenidas en el artículo 48 de la Directiva 2004/18.

27. Procede señalar, por último, que el Tribunal de Justicia ha considerado también, con carácter general, que las disposiciones del título VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, [7] pueden ser invocadas por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional «en la medida en que del examen de su tenor se desprenda que son incondicionales y suficientemente claras y precisas». [8] Pues bien, entre dichas disposiciones figuraba el artículo 32, que en su apartado 2 ya preveía que la capacidad técnica del proveedor de servicios podía acreditarse mediante «la presentación de una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, públicos o privados [y que] si hubieren sido particulares, los certificados [debían ser] expedidos por el comprador o, en su defecto, se admitirá una simple declaración del prestador de servicios».

28. Pues bien, ha de señalarse que el artículo 48, apartado 2, de la Directiva 2004/18 reproduce esta disposición en términos prácticamente idénticos. Por lo tanto, considero que esa disposición es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

2. Necesidad de que el poder adjudicador pueda calificarse como «Estado»

29. Sin embargo, para que Ambisig pueda invocar el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el órgano jurisdiccional remitente debe cerciorase de que el poder adjudicador en el presente asunto no es un «particular».

4 — Véanse, en tal sentido, las sentencias Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328), apartado 32, y Larentia + Minerva y Marenave Schiffahrt (C-108/14 y C-109/14, EU:C:2015:496), apartado 49.

5 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

6 — Sentencias Beentjes (31/87, EU:C:1988:422), apartado 43.

7 — DO L 209, p. 1.

8 — Sentencia Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432), apartado 47.

30. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular. No puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional. [9]

31. Sin embargo, si las disposiciones de una directiva que tienen efecto directo sólo pueden invocarse frente a un Estado, la condición en la que éste último actúa carece de importancia. [10]

32. Pues bien, conforme a reiterada jurisprudencia, «entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos figura un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares». [11]

33. En mi opinión, de la denominación del poder adjudicador de que se trata en el procedimiento principal se desprende que es una asociación de empresas meramente privada que no presta un servicio de interés público y que no dispone en ningún caso de facultades exorbitantes para realizar su misión.

34. En respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal de Justicia durante la vista celebrada el 28 de enero de 2016, el representante del Gobierno portugués confirmó que la AICP era una asociación de Derecho privado que no ejercía y a la que no se le había encomendado el cumplimiento de una misión de interés público. Según sus explicaciones, únicamente el hecho de que las actividades de la AICP estén fundamentalmente financiadas con fondos públicos entraña que se aplique la normativa en materia de contratos públicos. [12]

35. Dicho esto, corresponde al Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur) comprobar si, en el momento de los hechos examinados en el litigio principal, la AICP era un organismo encargado de prestar un servicio de interés público bajo el control de una autoridad pública, y si dicha asociación disponía al efecto de las mencionadas facultades exorbitantes. [13]

36. En caso contrario, no puede oponérsele el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18. En ese supuesto, correspondería en todo caso al órgano jurisdiccional remitente aplicar el principio de interpretación conforme e interpretar toda norma pertinente de Derecho nacional en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 2004/18 para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. [14]

9 — Véase, en ese sentido, las sentencias Marshall (152/84, EU:C:1986:84), apartado 48; Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292), apartado 20, y Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartado 22.

10 — Véase, en ese sentido, la sentencia Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartado 23.

11 — Sentencia Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartado 24 y jurisprudencia citada.

12 — De conformidad con el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18.

13 — Véase, en ese sentido, la sentencia Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartado 31.

14 — Véase, en ese sentido, la sentencia Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), apartado 24 y jurisprudencia citada. El Tribunal de Justicia confirmó expresamente la jerarquía de las soluciones aplicables en un litigio entre particulares cuando dictó su sentencia en el asunto Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200): «si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme con [la] Directiva [controvertida] —lo que corresponde comprobar al tribunal remitente— el artículo [pertinente] de ésta no puede ser invocado en un litigio entre particulares [...] para garantizar el pleno efecto del derecho [que establece] y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia [relativa a la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión] derivada de la sentencia Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido (véase la sentencia Domínguez, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 43)» (apartado 48). En otras palabras, si en un litigio entre particulares el órgano jurisdiccional nacional no logra interpretar el Derecho nacional con arreglo a la Directiva aplicable, no podrá aplicar dicha directiva pero tampoco podrá dejar sin aplicación el Derecho nacional contrario. En ese caso, el único recurso que asiste al particular perjudicado es exigir la responsabilidad del Estado miembro por incumplir el Derecho de la Unión.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

37. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que no permitan al operador económico demostrar su capacidad técnica mediante declaración firmada por el mismo operador, excepto si acredita que le resulta imposible o muy difícil obtener un certificado del comprador privado.

38. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia sobre la eventual jerarquía de los medios de prueba admitidos por el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18.

39. El artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), de la Directiva 2004/18 establece que la capacidad técnica de los operadores económicos puede probarse presentando una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años. Si el destinatario es un particular, el segundo guion de dicha disposición prevé dos posibles medios de prueba para acreditar la existencia de tales operaciones (entregas de bienes o prestaciones de servicios). Puede hacerse bien «mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado*, simplemente mediante una declaración del operador económico». [15]

40. Conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. [16]

41. Dicho esto, como señaló la Abogado General Trstenjak en el punto 37 de sus conclusiones en el asunto Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), «el tenor de una disposición constituye siempre *el punto de partida* y, al mismo tiempo, el límite de toda interpretación». [17] Por otra parte, comparto la precisión del Abogado General Léger según el cual no es preciso recurrir a métodos de interpretación distintos del literal cuando la disposición de que se trate sea absolutamente clara y unívoca. «En ese caso, en efecto, las disposiciones del Derecho [de la Unión] se bastan por sí mismas». [18]

42. Pues bien, es preciso señalar que, en este asunto, el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), de la Directiva 2004/18 tiene la claridad y univocidad exigidas en todas las versiones lingüísticas.

43. En efecto, la expresión «en su defecto» que se emplea en dicha disposición significa «cuando no exista», [19] «en lugar de» o incluso «en caso contrario». [20] Por consiguiente, no puede interpretarse más que en el sentido de jerarquizar ciertos elementos. En concreto, los medios de prueba que siguen a la expresión «en su defecto», es decir, la declaración del operador económico es, pues, necesariamente subsidiaria a la expresión que la antecede, es decir, el certificado del comprador.

15 — El subrayado es mío.

16 — Véanse, en particular, las sentencias Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750), apartado 24; Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742), apartado 13; Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474), apartado 35.

17 — El subrayado es mío.

18 — Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568), punto 88. Véase, asimismo, *sensu contrario*, la sentencia Tecom Mican y Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744), apartado 35.

19 — Según la definición del diccionario Le Petit Robert, 2014.

20 — Según las definiciones del diccionario Larousse.fr

44. Determinadas versiones lingüísticas son aún más explícitas en la medida en que no se limitan a una expresión análoga a «en su defecto» sino que únicamente autorizan la declaración del operador en el caso expreso de que no exista el certificado del comprador citado. [21]

45. Por otra parte, si el operador económico pudiera escoger libremente el medio de prueba entre los autorizados por el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18, la expresión «en su defecto» carecería de sentido. En efecto, siempre resultaría más fácil para el operador económico elaborar por sí mismo una declaración en lugar de solicitar un certificado a un tercero.

46. Por consiguiente, la declaración del operador económico es un medio de prueba subsidiario que puede utilizarse cuando no haya sido posible obtener el certificado del comprador. En ese caso, incumbe al operador económico demostrar que no le ha sido posible obtenerlo.

47. En efecto, dado que el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18 permite excluir del contrato a todo operador económico al «que se [...] considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en aplicación de la presente Sección o que no haya proporcionado dicha información», el poder adjudicador debe estar en condiciones de comprobar la veracidad de dicha información o el motivo de su ausencia.

48. La posibilidad de que el poder adjudicador pueda efectuar esa comprobación debe existir con mayor razón por cuanto que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en virtud del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio y que los poderes adjudicadores deben respetar con arreglo al artículo 2 de la Directiva, dichos poderes adjudicadores deben «respetar los criterios que [ellos] mismo[s] hubiera[n] fijado, por lo que, en principio, está[n] obligado[s] a excluir del contrato público a un operador económico que no haya presentado un documento o comunicado una información cuya aportación se impusiera en los documentos de ese contrato so pena de exclusión». [22]

49. Sin embargo, como subraya la Comisión en sus observaciones escritas, dicho requisito adicional debe ser conforme con el principio de proporcionalidad.

50. Ello supone, por un lado, que no puede limitarse el recurso a una declaración del operador económico a los casos de imposibilidad absoluta de obtener el certificado del comprador (como por ejemplo en caso de quiebra). Podría bastar un obstáculo para obtener ese certificado, como la simple negativa injustificada del comprador o que éste exija una contraprestación económica bastaría. Por otra parte, la prueba de dicha imposibilidad debe apreciarse en el caso concreto. Pues bien, si en el caso de quiebra puede exigirse la presentación de un documento oficial, para demostrar la mala voluntad del comprador podría bastar con un mero intercambio de correspondencia o su falta de respuesta (acreditada mediante varios recordatorios, por ejemplo).

51. En conclusión, considero que el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 no se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que no permitan al operador económico demostrar su capacidad técnica mediante una declaración firmada por el mismo operador, excepto si acredita que le resulta imposible o muy difícil obtener un certificado del comprador privado.

21 — Véase en particular la versión española, en la que el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), de la Directiva 2004/18 tiene el siguiente tenor: «cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [en defecto de dicho certificado], simplemente mediante una declaración del operador económico» (el subrayado es mío). En la versión italiana también se establece «in mancaza di tale attestazione». Por último, en la versión alemana, el legislador de la Unión ha previsto la situación en la que «falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist». La versión griega es aún más clara en la medida en que prevé la «imposibilidad» de obtener un certificado del comprador: «εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [cuando no sea posible], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα» (el subrayado es mío).

22 — Sentencia Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 42. Véase, asimismo, el apartado 43 de dicha sentencia, en relación con los principios de igualdad de trato y de transparencia, así como el artículo 2 de la Directiva 2004/18.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial

52. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que, so pena de exclusión, exijan que el certificado del comprador privado contenga el reconocimiento de la firma por notario, abogado u otra entidad competente.

53. La duda del órgano jurisdiccional remitente trae causa de la redacción del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 en su versión en portugués. En efecto, en ella se hace referencia a una «declaração *reconhecida* do adquirente», [23] es decir, a una declaración «reconocida» o «certificada». Pues bien, en las demás versiones lingüísticas ese adjetivo no figura en el tenor del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la citada Directiva.

54. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Las disposiciones del Derecho de la Unión deben, en efecto, interpretarse y aplicarse de manera uniforme, a la luz de las versiones establecidas en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las diversas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, la disposición de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. [24]

55. No obstante, ese principio de equivalencia o igualdad lingüística no impide al Tribunal de Justicia excluir la versión lingüística de una norma que contradice el significado común que comparten las demás versiones lingüísticas, basándose en la interpretación contextual y/o teleológica de dicha norma. [25]

56. No cabe duda que, en el presente asunto, el significado común del término utilizado en las demás versiones lingüísticas no permite por sí solo responder claramente a la cuestión prejudicial planteada. No obstante, el contexto en el que se inscribe el artículo 48 de la Directiva 2004/18 y su evolución, al igual que su interpretación teleológica, me inducen a optar por una interpretación según la cual el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion de la Directiva 2004/18 no exige que el certificado del comprador privado que debe aportarse esté provisto de una firma legitimada por un notario, un abogado u otra entidad competente.

1. Tenor del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion de la Directiva 2004/18

57. Cuando se comparan las distintas versiones lingüísticas del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion de la Directiva 2004/18, se aprecia que el calificativo «reconhecida» («reconocida» o «certificada») sólo figura en la versión portuguesa, que además es la única versión que utiliza dicho término para los dos medios de prueba previstos.

23 — El subrayado es mío.

24 — Véase, en ese sentido, la sentencia Léger (C-528/13, EU:C:2015:288), apartado 35 y jurisprudencia citada.

25 — Véase, en ese sentido, Lenaerts K. y Gutiérrez-Fons J.A.: «To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice», *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, pp. 3 a 61, en particular p. 14 y autores citados en la nota 78.

58. En efecto, en las demás versiones lingüísticas, el término «declaración» está reservado al segundo supuesto (la declaración del operador económico) mientras que en el primero se hace referencia a un «certificado» de las entregas realizadas o de los servicios prestados emitido por el comprador. Así, en las versiones en lengua española, alemana, inglesa o incluso francesa figuran, en particular, los términos «certificado» y «declaración», «Bescheinigung» y «Erklärung», «certification» y «declaration», «certification» y «déclaration». [26]

59. El empleo de una palabra distinta para cada uno de los dos supuestos previstos en el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 podría plasmar la voluntad del legislador de la Unión europea de distinguir la carga probatoria asociada a cada uno de ellos. La oposición entre los términos «certificado» y «declaración» genera pues la idea de que, en el primer caso, los requisitos formales son mayores. Esa interpretación queda conformada por el tenor de la disposición en su versión en portugués, que utiliza el término «declaración» en ambos casos si bien acompañándolo del adjetivo «reconocida» o «certificada» exclusivamente en el primer supuesto.

60. Sin embargo, tampoco puede ignorarse por completo el hecho de que el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 permite que se acrediten los servicios que el operador económico invoca mediante un certificado *del comprador*, sin que se haga referencia a un documento oficial o a la intervención de un tercero. Pues bien, a falta de tal precisión, el significado habitual de la palabra «certificado» no entraña más que la circunstancia de garantizar algo por escrito. [27]

61. Por lo tanto, me veo en la obligación de señalar que el análisis literal de la disposición controvertida no permite, en sí mismo, ofrecer una interpretación con la certidumbre exigida.

2. Interpretación sistemática del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18

62. En primer lugar, de consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 48 de la Directiva 2004/18 establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, *su posibilidad de formular exigencias*. [28]

63. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que incluso en el marco de un sistema abierto (como el previsto en el artículo 47, apartado 4, de la Directiva 2004/18 en lo que respecta a la capacidad económica y financiera de los candidatos) la libertad de los poderes adjudicadores no es ilimitada y que los elementos elegidos deben ser «objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad [...] sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto». [29]

64. Con mayor razón no podría ser de otra forma en lo que respecta a los requisitos previstos en el sistema probatorio cerrado recogido en el artículo 48 de la Directiva 2004/18. Pues bien, en mi opinión, exigir la legitimación de la firma del comprador privado que certifica la entrega realizada o el servicio prestado por el operador económico es ir más allá de lo necesario para demostrar la capacidad técnica del operador de que se trata y ser exageradamente formalista con respecto a la mera declaración del operador económico, medio de prueba subsidiario autorizado por el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18.

26 — Ha de señalarse que la versión eslovaca recurre a los términos «potvrdením», que podría traducirse más bien por «confirmación» que por «certificado», y «vyhlásením».

27 — Según el diccionario Le Petit Robert, 2014, el certificado es, en primer lugar, un término jurídico que significa «garantía otorgada por escrito». En español, según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra «certificado» remite al término «certificación», que puede definirse como un documento en el que se garantiza la veracidad de un hecho.

28 — Véase, en ese sentido, la sentencia Édukövízig y Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643), apartado 28.

29 — Sentencia Édukövízig y Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643), apartado 29.

65. Si el poder adjudicador duda de la veracidad del documento que se le ha presentado, en mi opinión también puede solicitar información complementaria que permita demostrar la autenticidad del certificado aportado. En efecto, en el marco del análisis contextual, no hay que olvidar que el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18 permite que se excluya del contrato al operador al que «se [...] considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida».

66. Además, la evolución de la normativa aplicable aboga asimismo por una interpretación no formalista del certificado exigido.

67. La idea que subyace al artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 ya estaba presente en la Directiva 92/50 pero con una redacción ligeramente diferente. En efecto, según el artículo 32, apartado 2, letra b), segundo guion, de la Directiva 92/50, la prestación invocada por el operador económico para demostrar su capacidad técnica debía constar en «certificados [...] *expedidos por el comprador*».[30]

68. Aunque en dicha norma la idea de «certificado» se encuentra en el término «certificados», la inexistencia de cualquier tipo de intervención por parte de un tercero institucional está, en cambio, bastante más clara, dado que pone de forma patente el acento en una actuación del comprador, que es quien debe certificar que se ha llevado a cabo la prestación.

69. Por otra parte, cabe asimismo observar que la versión portuguesa de la Directiva 92/50 ya utilizaba el término «declaração» para ambos medios de prueba, si bien sin adjetivo en el primer caso.

70. Pues bien, el tenor del artículo 32, apartado 2, de la Directiva 92/50 no sufrió inicialmente ninguna modificación en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2000) 275 final],[31] que dio lugar al artículo 48, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

71. Sólo después de que se incorporaran las enmiendas del Parlamento Europeo relativas, por un lado, a la participación de los operadores económicos en agrupaciones y, por otro lado, a las preocupaciones relacionadas con el medio ambiente, la salud y la seguridad de los trabajadores, adoptó el artículo 48, apartado 2), letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 su actual redacción.[32]

72. Por lo tanto no puede extraerse ninguna conclusión de la modificación del tenor de la disposición controvertida puesto que las consideraciones que llevaron a ese cambio fueron ajenas a la voluntad del legislador de incrementar los requisitos formales probatorios del certificado que debe expedir el comprador relativo a los servicios prestados por el operador económico.

73. Por el contrario, 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,[33] va incluso más allá y reduce las formalidades probatorias al eliminar toda referencia a un certificado del comprador.

74. Actualmente, el artículo 60, apartado 4, de dicha Directiva, que sustituye al artículo 48, apartado 2, de la Directiva 2004/18, dispone simplemente que «la capacidad técnica de los operadores económicos podrá acreditarse por uno o varios de los medios enumerados en el anexo XII, parte II, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, los suministros o los servicios».

30 — El subrayado es mío.

31 — DO 2001, C 29 E, p. 11. Véase el artículo 49, apartado 3, de la propuesta.

32 — Véase la Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2002) 0236; DO C 203E, p. 210], en particular pp. 223 y 224.

33 — DO L 94, p. 65.

75. Pues bien, según el anexo XII, parte II, letra a), inciso ii), de la Directiva 2014/24, los medios de prueba que acreditan la capacidad técnica de los operadores económicos son «una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros o los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes». Por tanto, la obligación de acompañar dicha relación con un certificado del comprador ha desaparecido.

76. Aunque la Directiva 2014/24 no es aplicable al litigio principal, esta nueva directiva, que deroga la Directiva 2004/18, resulta útil dado que plasma la actual voluntad del legislador de la Unión. Puede pues ayudarnos a comprender el actual significado de una disposición similar anterior, siempre y cuando, no obstante, no se realice una interpretación *contra legem*.

77. En mi opinión, en el presente asunto, la Directiva 92/50 y la Directiva 2014/24 confirman, sin ir en contra de lo establecido en la disposición aplicable, que la intención del legislador de la Unión no era exigir requisitos formales particulares para demostrar la capacidad técnica del operador económico.

78. Dicho de otro modo, conforme a su contexto y desde el punto de vista histórico, el artículo 48, apartado 2), letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 no exige nada más que la garantía o confirmación del comprador de que la prestación de servicios que el operador económico invoca para adjudicarse el contrato se ajusta a la realidad.

3. Interpretación teleológica del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18

79. Por último, esa interpretación también se cohonesta con la finalidad de la Directiva 2004/18 consistente en facilitar la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y, con carácter general abrir a la competencia la contratación pública. [34]

80. Pues bien, en mi opinión, supeditar la aceptación de un certificado del comprador a que haya sido legalizado por un notario, un abogado u otra entidad competente va en contra de ese objetivo.

81. En efecto, ese requisito puede disuadir a determinados candidatos potenciales que renunciarían a presentar una oferta ante las dificultades prácticas (por ejemplo, a raíz de los plazos previstos en el anuncio de licitación) derivadas de tener que cumplir un requisito adicional.

4. Conclusión sobre la tercera cuestión prejudicial

82. En conclusión, considero que las interpretaciones contextual y teleológica del artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 confirman el significado común que se atribuye al término «certificado» contenido en dicha norma y que, por consiguiente, no cabe atribuir consecuencias particulares al hecho de que vaya acompañado del término «reconhecida» en la versión portuguesa.

83. El contexto en el que se inserta el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 y su evolución, al igual que su interpretación teleológica, abogan por una interpretación según la cual el término «certificado» o la expresión «declaración certificada» empleados en la versión en portugués no exigen ninguna formalidad particular.

34 — Véase el considerando 2 de la Directiva 2004/18.

84. Por consiguiente, considero que el artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que, so pena de exclusión, exijan que el certificado del comprador privado contenga el reconocimiento de la firma por notario, abogado u otra entidad competente.

VI. **Conclusión**

85. A la luz de las consideraciones anteriores propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunal Central de lo Contencioso-Administrativo Sur) del modo siguiente:

«1) El artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, 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 suministros y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, al no haber sido éste traspuesto en el Derecho interno, puede otorgar derechos a los particulares que éstos pueden invocar frente a los poderes adjudicadores en el marco de litigios ante órganos jurisdiccionales nacionales, siempre que el poder adjudicador de que se trate responda a la definición de Estado en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2) El artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 no se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que no permitan al operador económico demostrar su capacidad técnica mediante declaración firmada por el mismo operador, excepto si acredita que le resulta imposible o muy difícil obtener un certificado del comprador privado.

3) El artículo 48, apartado 2, letra a), inciso ii), segundo guion, de la Directiva 2004/18 se opone a que se apliquen normas establecidas por el poder adjudicador que, so pena de exclusión, exijan que el certificado del comprador privado contenga el reconocimiento de la firma por notario, abogado u otra entidad competente.»