Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 1 de diciembre de 2016 [1]

Asunto C-298/15

UAB «Borta»

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de Lituania)]

«Contratos públicos — Criterios de selección cualitativa — Requisito por el que se exige al propio adjudicatario llevar a cabo la "obra principal" — Acreditación de la capacidad profesional — Oferta presentada por una agrupación de operadores — Requisito por el que se exige que la contribución de cada participante sea proporcional a su contribución a la acreditación de capacidad profesional — Procedimiento de adjudicación de contratos — Modificación del pliego de condiciones durante el procedimiento — Principios de igualdad de trato y transparencia»

1. La presente petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de Lituania) se refiere a un pliego de condiciones para la adjudicación de un contrato público de obras para la construcción de un muelle en el puerto de Kláipeda (Lituania). El pliego en cuestión contiene las condiciones que regulan las ofertas presentadas por participantes agrupados para la ejecución colectiva. Esas condiciones exigen que cada participante *ejecute* una parte del contrato equivalente a su contribución a la experiencia profesional de la agrupación, en lo que respecta a la *adjudicación* del contrato público. El órgano jurisdiccional remitente tiene dudas sobre si ese requisito es compatible con las normas de acumulación de capacidad profesional conforme al Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Dado que el pliego de condiciones controvertido únicamente se dio a conocer unas semanas después de la publicación de la convocatoria de licitación, el órgano jurisdiccional remitente también pregunta si las entidades adjudicadoras pueden modificar el pliego durante el proceso de adjudicación del contrato (y, en su caso, en qué circunstancias). También plantea de oficio la cuestión de si el Derecho de la Unión en materia de contratación pública se opone a una disposición del Derecho lituano que prohíbe subcontratar la «obra principal» en el contexto de contratos públicos de obras.

2. La primera dificultad surge en relación con la competencia del Tribunal de Justicia para dar respuesta a esas cuestiones. El órgano jurisdiccional remitente expresa su preocupación en el marco de la Directiva 2004/17/CE. [2] No obstante, no se discute que el valor estimado del contrato público controvertido no alcanza el límite pertinente y que, en consecuencia, esa Directiva no resulta aplicable al litigio principal. ¿La Directiva ha sido declarada directa e incondicionalmente aplicable al contrato por el Derecho lituano? De ser así, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones pertinentes de la Directiva. En caso contrario, si el

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1). La versión pertinente de esa Directiva es la que incluye la última modificación, introducida por el Reglamento (UE) nº 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013 (DO 2013, L 335, p. 17).

contrato en cuestión presenta un interés transfronterizo cierto, su adjudicación estará sujeta a las normas fundamentales y los principios generales del TFUE (en particular, los principios sobre libre circulación consagrados en los artículos 49 TFUE y 56 TFUE) y, sobre esa base, el Tribunal de Justicia tendrá la obligación de dar orientaciones al órgano jurisdiccional remitente.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. El considerando 9 de la Directiva 2004/17 establece:

«A fin de garantizar la apertura a la competencia de los contratos públicos adjudicados por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, el transporte y los servicios postales, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación aplicables a los contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Dicha coordinación se basa en los requisitos derivados de los artículos 14, 28 y 49 del Tratado CE y del artículo 97 del Tratado Euratom, esto es, en los principios de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta, de reconocimiento mutuo y de proporcionalidad, así como en el principio de transparencia. Esta coordinación, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y debe permitir la máxima flexibilidad.

[…]»

4. El considerando 43 dispone que conviene prever disposiciones en materia de subcontratación con el fin de favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado de contratos públicos.

5. De acuerdo con el artículo 10, «las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia».

6. El artículo 11, apartado 2, dispone:

«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, las entidades adjudicadoras no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada; no obstante, la agrupación seleccionada podrá estar obligada a revestir 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. A tenor del artículo 37 («Subcontratación»):

«En los documentos del contrato la entidad adjudicadora podrá pedir o podrá ser obligada por un Estado miembro a pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. Dicha indicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.»

8. De conformidad con el artículo 38 («Condiciones de ejecución del contrato»):

«Las entidades adjudicadoras podrán estipular condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el Derecho [de la Unión] y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones que regulen la ejecución de un contrato podrán referirse, en particular, a consideraciones de tipo social y medioambiental.»

9. El artículo 53 («Sistemas de clasificación») establece, en concreto:

«1. Las entidades adjudicadoras podrán, si lo desean, establecer y gestionar un sistema de clasificación de operadores económicos.

[…]

2. El sistema previsto en el apartado 1 podrá incluir varias fases de clasificación.

Deberá gestionarse con arreglo a criterios y normas objetivos definidos por la entidad adjudicadora.

[…]

5. Cuando los criterios y normas de clasificación contemplados en el apartado 2 incluyan requisitos relativos a las capacidades técnicas y profesionales del operador económico, éste podrá, si lo desea, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante la entidad adjudicadora que dispondrá de estos medios durante la totalidad del período de validez del sistema de clasificación, 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 11 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.

[…]»

Derecho lituano

10. A tenor del artículo 2, apartado 29, de la Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Ley de la República de Lituania en materia de contratación pública; en lo sucesivo, «Ley de contratación pública»), por proveedor se entiende cualquier operador económico, ya sea una persona física o una persona jurídica, de Derecho privado o público u otros órganos o sucursales de dicho operador, o una agrupación de tales personas que estén en disposición de ofrecer u ofrezcan bienes, servicios u obras.

11. El artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública establece que en los documentos de la contratación se exigirá a los candidatos o licitadores que indiquen en su oferta los subcontratistas propuestos, y se puede exigir a los candidatos o licitadores que especifiquen la parte del contrato que el candidato o licitador tenga intención de subcontratar con dichos subcontratistas. No obstante, cuando la subcontratación se refiere a la realización de obras, la obra principal, tal y como la define la entidad adjudicadora, deberá ser ejecutada por el contratista.

12. De acuerdo con el artículo 27, apartado 4, de la Ley de contratación pública, la entidad adjudicadora puede introducir, de oficio y en cualquier momento antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas, aclaraciones en los documentos de la contratación.

13. El artículo 32, apartado 3, de la Ley de contratación pública dispone que el operador económico podrá, si lo considera oportuno en el marco de una licitación concreta, recurrir a las capacidades de otros operadores económicos, independientemente del carácter jurídico de la relación que tenga con ellos. En tal caso, el proveedor deberá acreditar ante la entidad adjudicadora que dispondrá de estos medios durante la ejecución del contrato. Sujetos a los mismos requisitos, las agrupaciones de operadores económicos podrán recurrir a las capacidades de los participantes de las agrupaciones o de otros operadores económicos.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

14. El 2 de abril de 2014, VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Autoridad del puerto marítimo estatal de Kláipeda; en lo sucesivo, «Autoridad portuaria»), una empresa estatal lituana, publicó la convocatoria de un procedimiento de licitación para la «realización de obras de reconstrucción de los muelles números 67 y 68, primera fase». Esa convocatoria de licitación también se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 5 de abril de 2014. [3]

15. La cláusula 3, apartado 2, punto 1, del pliego de condiciones establecía el requisito siguiente: «El volumen de actividad anual medio de los contratistas con respecto a obras en el ámbito de la construcción e instalación principales (construcción o reconstrucción de muelles de puertos marítimos) durante los últimos cinco años o durante el periodo desde la fecha de alta de actividad del contratista (cuando éste haya desarrollado su actividad por un período inferior a cinco años) deberá alcanzar un valor mínimo de 5 000 000 de litas (LTL) (1 448 100,09 EUR), sin IVA».

16. De acuerdo con la cláusula 4, apartado 2, punto 3, del pliego de condiciones, en todas las ofertas deberán «especificarse las obligaciones de cada participante en la ejecución colectiva con respecto al cumplimiento del contrato, incluida la participación porcentual en dichas obligaciones, y también deberá indicarse que este reparto del volumen de prestaciones sólo es vinculante entre los participantes y que no genera ninguna obligación respecto al cliente (la entidad adjudicadora)».

17. En su versión original, la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones disponía lo siguiente:

«Cuando la oferta se presente por varios contratistas agrupados bajo un contrato de ejecución colectiva, los requisitos previstos en la [cláusula 3, apartado 2, punto 1,] deberán cumplirse al menos por uno de los participantes del contrato de ejecución colectiva o por todos los participantes en su conjunto. […] La entidad adjudicadora declara, de conformidad con el artículo 24, apartado 5, de la [Ley de contratación pública], que la obra principal figura en la partida número 1, punto 2, inciso 8, de la sección correspondiente a la construcción del estado de mediciones y que, por lo tanto, esta obra deberá ser realizada por el propio contratista.» [4]

3 — DO 2014/S 68-117458.

4 — De acuerdo con las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente, esta obra principal consiste, en particular, en la construcción de una pared de acero estriado sostenida por vigas.

18. El 24 de abril de 2014, la Autoridad portuaria emitió de oficio una primera modificación de la cláusula 4, apartado 3, del pliego. La nueva versión, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, establecía, en particular, que cuando la oferta fuese presentada por varios contratistas agrupados bajo un contrato de ejecución colectiva, cada uno de los participantes del contrato de ejecución debía cumplir al menos el 50 % de los requisitos previstos en la cláusula 3, apartado 2, punto 1. De resultas de esa modificación, la Autoridad portuaria amplió el plazo de presentación de ofertas.

19. El 3 de mayo de 2014, UAB Borta, una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo al Derecho lituano, impugnó esa nueva redacción ante la Autoridad portuaria. En consecuencia, la Autoridad portuaria, mediante resolución de 9 de mayo de 2014, modificó la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones por segunda vez. [5] La nueva (y última) versión de ese apartado pasó a tener el siguiente tenor:

«Cuando la oferta se presente por varios contratistas agrupados bajo un contrato de ejecución colectiva, al menos uno de los participantes del contrato de ejecución colectiva o todos los participantes en su conjunto deberán cumplir los requisitos previstos en la cláusula 3, apartado 2, punto 1 […]. La contribución de cada participante (volumen de obra terminada) establecida con arreglo al contrato de ejecución colectiva deberá ser proporcional a su contribución con respecto al cumplimiento del requisito exigido en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, del presente pliego de condiciones y también al volumen de la obra que efectivamente realizará en caso de que la oferta prospere (ejecución del contrato). [6] […] La [Autoridad portuaria] declara, de conformidad con el artículo 24, apartado 5, de la [Ley de contratación pública], que la obra principal figura en la partida número 1, punto 2, inciso 8, de la sección correspondiente a la construcción del estado de mediciones y que, por lo tanto, esta obra deberá ser realizada por el propio contratista.»

20. Como consecuencia de esta última modificación, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el plazo de presentación de ofertas se amplió por segunda vez, hasta el 12 de junio de 2014.

21. Borta presentó una oferta el 12 de junio de 2014, en la que propuso llevar a cabo esas obras por un importe en LTL equivalente, de modo aproximado, a 4 761 460 EUR. Fue la oferta con un precio más elevado. [7]

22. No obstante, Borta impugnó la versión definitiva de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones ante la Autoridad portuaria y, tras la desestimación de sus pretensiones, ante el Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Kláipeda, Lituania). Dicho Tribunal desestimó esas pretensiones el 18 de agosto de 2014. Borta recurrió esa resolución desestimatoria ante el Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania), que desestimó el recurso el 13 de noviembre de 2014. Ambos tribunales consideraron, en esencia, que el requisito controvertido estaba justificado por la naturaleza del objeto del contrato y su importancia para el interés público, y que la responsabilidad solidaria de los participantes en la ejecución colectiva frente a la Autoridad portuaria no garantizaba por sí misma el cumplimiento adecuado del contrato público. También desestimaron la pretensión por la que se alegaba que las sucesivas modificaciones introducidas al pliego de condiciones eran ilegales, dado que el artículo 27, apartado 4, de la Ley de contratación pública faculta expresamente a la Autoridad portuaria a realizar aclaraciones sobre ese pliego.

5 — Al mismo tiempo, la entidad adjudicadora, de oficio, introdujo un cambio sutil en la cláusula 4, apartado 2, punto 3, del pliego de condiciones. Ahora bien, esa modificación del pliego de condiciones no es objeto de controversia en el litigio principal.

6 — En lo sucesivo, me referiré a este último requisito como el «requisito de correspondencia». En principio, el «volumen de la obra» se mide en términos económicos.

7 — El importe equivalente en LTL de la oferta del adjudicatario ascendía, aproximadamente, a 3 168 400 EUR.

23. Borta presentó un recurso sobre una cuestión de Derecho contra la sentencia del Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania) ante el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de Lituania), que decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben entenderse las disposiciones de los artículos 37, 38, 53 y 54 de la Directiva 2004/17/CE, consideradas en su conjunto o individualmente (aunque no de forma aislada) en el sentido de que:

a) se oponen a una norma nacional con arreglo a la cual, cuando se subcontrata la ejecución de un contrato de obras, la obra principal, tal y como la define la entidad adjudicadora, debe ser llevada a cabo por el contratista; [8]

b) se oponen a un régimen previsto en los documentos de la contratación relativo a la acumulación de las capacidades profesionales de los contratistas como el establecido por la entidad adjudicadora en la cláusula controvertida del pliego de condiciones, según la cual la parte correspondiente a la capacidad profesional del operador económico en cuestión (participante en la ejecución colectiva) debe equivaler a la parte de la obra en concreto que efectivamente llevará a cabo en el marco del contrato público?

2) ¿Deben entenderse las disposiciones de los artículos 10, 46 y 47 de la Directiva 2004/17/CE, consideradas en su conjunto o individualmente (aunque no de forma aislada), en el sentido de que:

a) no se produce una vulneración de los principios de igualdad de trato de los contratistas y de transparencia en el supuesto de que la entidad adjudicadora:

— indique previamente en los documentos de la contratación la posibilidad, con carácter general, de la acumulación de las capacidades profesionales de los contratistas, pero no especifica el régimen para la aplicación de dicha posibilidad;

— posteriormente, durante el procedimiento de contratación, defina más detalladamente los requisitos para valorar la clasificación de los contratistas e impone ciertas restricciones a la acumulación de las capacidades profesionales de éstos, y

— debido a la introducción de una definición más detallada del contenido de las normas y criterios de clasificación, alarga el plazo para la presentación de ofertas y anuncia dicha prórroga en el *Diario Oficial [de la Unión Europea*];

b) no es necesario indicar de forma explícita y con carácter previo la restricción de la acumulación de las capacidades de los contratistas, si de la naturaleza concreta de las actividades de la entidad adjudicadora y de las características específicas del contrato público se deduce que tal restricción es previsible y está justificada?»

24. Han presentado observaciones escritas la Autoridad portuaria, el Gobierno lituano y la Comisión Europea. Estas mismas partes y Borta formularon observaciones en la vista celebrada el 1 de junio de 2016.

8 — La resolución de remisión señala que el órgano jurisdiccional ha planteado la cuestión «de oficio» en aras de la protección del interés público.

Análisis

Observaciones preliminares

25. El Gobierno lituano alegó en la vista que el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública transpuso la nueva norma en materia de subcontratación prevista en el artículo 79, apartado 3, de la Directiva 2014/25/UE [9] antes de la expiración del plazo de transposición previsto a tal efecto y que, en consecuencia, el Tribunal de Justicia debería examinar el presente asunto únicamente desde el prisma de esa Directiva. [10] La Autoridad portuaria adoptó una postura similar. En cambio, la Comisión defendió que la Directiva 2014/25 no puede ser tenida en consideración, ya que, a su juicio, en primer lugar, el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública fue aprobado con anterioridad a la adopción de la Directiva, y, en segundo lugar, Lituania no notificó a la Comisión las medidas de transposición de la Directiva 2014/25 al Derecho lituano.

26. Según jurisprudencia reiterada, la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa a la adjudicación de un contrato público. En cambio, son *inaplicables* las disposiciones de una directiva cuyo plazo de adaptación del Derecho interno ha expirado después de ese momento. [11]

27. La Directiva 2014/25 derogó la Directiva 2004/17 con efectos desde el 18 de abril de 2016. Por tanto, no resulta aplicable al caso de autos, en el que la convocatoria de licitación se publicó el 2 de abril de 2014. Tal como el Tribunal de Justicia ha indicado recientemente en relación con la Directiva 2014/24, aplicar esa Directiva antes de la expiración de su plazo de transposición impediría tanto a los Estados miembros como a las entidades adjudicadoras y a los operadores económicos disfrutar de un plazo suficiente para adaptarse a las nuevas disposiciones introducidas por ésta. [12] En mi opinión, ello también sería contrario al principio de seguridad jurídica. [13] Esta misma conclusión resulta aplicable, por analogía, a la Directiva 2014/25.

28. Además, no cabe duda de que el valor del contrato controvertido (que puede calcularse tomando como referencia la oferta más elevada de las presentadas, esto es, un importe en LTL equivalente a 4 761 459,72 EUR) es inferior al límite de 5 186 000 EUR establecido para contratos de obras, en el momento de los hechos, en el artículo 16, letra b), de la Directiva 2004/17. En consecuencia, como observa el órgano jurisdiccional remitente, el contrato público controvertido está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17.

29. Ahora bien, el órgano jurisdiccional remitente alega que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas. Así, sostiene que la Autoridad portuaria consideraba claramente que la convocatoria de licitación era de ámbito internacional, pues la publicó, así como sus sucesivas modificaciones, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Esta circunstancia se ve confirmada por el

9 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243). Con arreglo a esa disposición, «en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación e instalación en el contexto de un contrato de suministro, las entidades adjudicadoras 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 37, apartado 2, por un participante en esa agrupación». El artículo 63, apartado 2, 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 2014, L 94, p. 65), establece una regla similar.

10 — De las alegaciones escritas del Gobierno lituano se desprende que, en el momento de los hechos, la Directiva 2014/25 aún no había sido totalmente transpuesta al Derecho lituano.

11 — Sentencias de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067), apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 83.

12 — Sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 86.

13 — Véase, por analogía, la sentencia de 15 de octubre de 2009, Hochtief y Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), apartado 29 y jurisprudencia citada. Véase asimismo la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), apartado 40.

hecho de que dos sociedades no lituanas presentaron sendas ofertas. El órgano jurisdiccional remitente también señala que el legislador lituano, al transponer la Directiva 2004/17 mediante la Ley de contratación pública, decidió aplicar ciertas normas establecidas en la Directiva a procedimientos de contratación excluidos de su ámbito de aplicación.

30. En la vista, el Gobierno lituano añadió que la legislación lituana exige que las entidades adjudicadoras, en el marco de la organización de la licitación de un contrato cuyo valor estimado esté por debajo del límite aplicable, adopten una decisión sobre el procedimiento que se ha de seguir. Pueden optar por el procedimiento abreviado previsto en la legislación nacional para ese tipo de contratos o por el procedimiento aplicable a contratos públicos que sobrepasen el umbral pertinente. En este último caso, en aplicación del Derecho de la Unión vigente en el momento de los hechos, las disposiciones de la Directiva 2004/17 o la Directiva 2004/18/CE [14] (dependiendo del objeto del contrato público) eran vinculantes para la entidad adjudicadora. Los órganos jurisdiccionales nacionales también estaban obligados a aplicarlas.

31. En ciertas circunstancias, el carácter puramente interno de la situación considerada no se opone a que el Tribunal de Justicia responda a una cuestión prejudicial planteada en virtud del artículo 267 TFUE. [15] Así puede suceder, en particular, en el supuesto de que el Derecho nacional obligue al tribunal remitente a atribuir a un nacional del Estado miembro de ese tribunal los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de otro Estado miembro que se halle en la misma situación, o si la petición de decisión prejudicial trata sobre disposiciones del Derecho de la Unión a las que el Derecho nacional de un Estado miembro remite para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado. [16]

32. En lo que respecta a esta última situación, la competencia del Tribunal de Justicia se extiende a las cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se sitúan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, pero en las que dichas disposiciones de este Derecho han sido declaradas *directa* e *incondicionalmente* aplicables por el Derecho nacional, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho de la Unión. [17] En efecto, existe un interés de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme cuando, para resolver una situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación del acto de la Unión de que se trata, una normativa nacional se atiene a las soluciones aplicadas por dicho acto, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho de la Unión, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión. [18]

14 — Directiva 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 (DO 2004, L 134, p. 114).

15 — Véase, en particular, el auto de 3 de julio de 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051), apartado 38.

16 — Véanse, en particular, los autos de 3 de julio de 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051), apartado 39 y jurisprudencia citada, y de 12 de mayo de 2016, Security Service y otros (C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344), apartado 27.

17 — Sentencias de 22 de diciembre de 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758), apartado 21 y jurisprudencia citada, y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 23.

18 — Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (C-313/12, EU:C:2013:718), apartado 22 y jurisprudencia citada.

33. No obstante, en el caso de autos no hay indicios suficientes de que las disposiciones del Derecho de la Unión citadas hayan sido declaradas «directa e incondicionalmente aplicables por el Derecho nacional» con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho de la Unión. [19] En particular, ni el órgano jurisdiccional remitente ni el Gobierno lituano han indicado al Tribunal de Justicia ninguna disposición específica del Derecho lituano que declare la aplicabilidad directa e incondicional de la Directiva 2004/17 a los contratos públicos con un valor inferior al límite pertinente establecido en el artículo 16 de esa Directiva. [20] Por tanto, considero que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar la Directiva 2004/17 en el marco del presente litigio.

34. El único objetivo de las cuestiones prejudiciales planteadas es obtener una interpretación de la Directiva 2004/17. No obstante, para dar una respuesta útil a un órgano jurisdiccional remitente que haya formulado una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede considerar conveniente tener en cuenta normas del Derecho de la Unión, a las que el tribunal nacional no haya hecho referencia en su petición de decisión prejudicial. [21]

35. Por tanto, es necesario comprobar si el Tribunal de Justicia tiene competencia para responder a las cuestiones prejudiciales formuladas teniendo en cuenta los principios generales del TFUE, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva. Ello implica, según reiterada jurisprudencia, que el contrato de que se trate presente un interés transfronterizo claro habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución. [22] La existencia de ese interés transfronterizo se debe apreciar a partir de todos los criterios pertinentes, como la importancia económica del contrato, el lugar de su ejecución o sus aspectos técnicos, atendiendo a las características propias del contrato considerado. [23]

36. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los criterios que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo pueden ser, en particular, el hecho de que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato. [24] Por tanto, un contrato de obras podría presentar interés transfronterizo en virtud de su valor estimado, en relación con su tecnicidad o por estar ubicadas las obras en un lugar que pueda atraer el interés de operadores extranjeros. [25]

37. En algunas ocasiones, el Tribunal de Justicia dejará que sea el órgano jurisdiccional nacional quien confirme la existencia del interés transfronterizo. [26] En el caso de autos, no obstante, el Tribunal de Justicia cuenta con elementos suficientes para establecer que el contrato público controvertido sí presenta un interés transfronterizo. En primer lugar, el valor estimado del contrato es elevado. [27] En

19 — Véase, en particular, la sentencia de 18 de octubre de 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638), apartado 51. En su sentencia de 14 de enero de 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6), apartados 19 a 21, el Tribunal de Justicia aceptó interpretar la Directiva 2004/18 tomando en consideración, en particular, las observaciones del Gobierno letón según las cuales el Derecho letón en materia de contratos públicos era aplicable a contratos de obras de una cuantía inferior al umbral fijado por la Directiva 2004/18. Ahora bien, el Tribunal de Justicia únicamente aceptó su competencia para responder a la cuestión planteada «sin perjuicio de las comprobaciones que deba realizar el órgano jurisdiccional remitente».

20 — Véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 25.

21 — Véanse, en particular, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 24 y jurisprudencia citada, y de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 17 y jurisprudencia citada.

22 — Véanse, en particular, las sentencias de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817), apartado 23; de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 24, y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 27.

23 — Véase la reciente sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros (C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558), apartado 66 y jurisprudencia citada. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Finlandia (C-195/04, EU:C:2007:28), punto 55.

24 — Sentencia de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 20.

25 — Véanse las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso (C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277), apartado 24, y de 17 de noviembre de 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760), apartado 51.

26 — Véanse, en particular, las sentencias de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808), apartado 25, y de 14 de noviembre de 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), apartado 30 y jurisprudencia citada.

27 — Véase, por analogía, la sentencia de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 20.

segundo lugar, el puerto marítimo de Kláipeda es uno de los puertos principales del Mar Báltico. Además, unas obras para la construcción del muelle en el puerto marítimo como las previstas en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido exigen un alto nivel de competencia técnica, que únicamente se presupone a un número reducido de sociedades. En tercer y último lugar, la atracción de este contrato público para los operadores internacionales se confirma por el hecho de que dos sociedades no lituanas presentaron ofertas,[28] una de las cuales resultó adjudicataria del contrato.

38. En consecuencia, las cuestiones prejudiciales planteadas deben examinarse teniendo en cuenta el contexto de los principios generales de transparencia e igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, que deben observarse en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.[29] Dado que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE son aplicables a contratos como el controvertido en el litigio principal, la Autoridad portuaria debe respetar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia consagrada en esos artículos.[30]

La restricción a la subcontratación prevista en el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública [letra a) de la primera cuestión prejudicial]

39. Mediante la letra a) de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el Derecho de la Unión se opone a una disposición como el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública, que, en el caso de contratos públicos de obras, exige al propio licitador llevar a cabo la «obra principal», tal y como la define la entidad adjudicadora.

40. Borta no impugnó la legalidad de esa restricción a la subcontratación en el recurso sobre una cuestión de Derecho interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente. Éste ha planteado la cuestión «de oficio», por razones de interés público. De hecho, no es evidente que en los hechos del litigio principal se haya producido una subcontratación. Una oferta presentada en virtud de un contrato de ejecución colectiva puede tener como consecuencia que, en caso de prosperar, todos los participantes sean partes individuales del contrato público con la entidad adjudicadora. En una situación así no habría lugar a la subcontratación, que ocurre únicamente cuando el contrato es ejecutado (total o parcialmente) por un tercero.[31] Al contrario, un contrato de ejecución colectiva sí conllevaría subcontratación si sólo uno de los participantes se presentase formalmente como licitador y todos ellos ejecutasen el contrato, o si establecieran una empresa en participación que se constituyera como parte del contrato en lugar de los propios participantes. El Tribunal de Justicia sólo dispone de cierta información sobre la oferta presentada por Borta; además, no le corresponde confirmar si la oferta dio lugar, efectiva o potencialmente, a la subcontratación.

28 — Véanse las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso (C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277), apartado 24, y de 17 de noviembre de 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760), apartado 51.

29 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, EU:C:2007:676), apartado 26, y de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 27. El Tribunal de Justicia ha declarado que la coordinación en el ámbito de la Unión de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Universidad de Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, apartado 16; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, apartado 32, y de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, C-532/06, EU:C:2008:40), apartado 39.

30 — Véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 32 y jurisprudencia citada.

31 — Acerca de esta distinción, véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558), punto 22.

41. Según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma jurídica de la Unión solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. [32] No obstante, ésa no es la situación del presente asunto. La cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones, núcleo de la controversia en el litigio principal, se refiere expresamente al artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública. En ese contexto, no parece plausible que la letra a) de la primera cuestión prejudicial planteada no guarde una relación clara con la naturaleza o el objeto real de la acción, por lo que procede admitirla. [33]

42. Paso a examinar ahora el fondo de la cuestión.

43. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a cualquier medida nacional que, aun cuando su aplicación no conlleve discriminación por razón de la nacionalidad, pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión Europea, de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios garantizadas por estas disposiciones. [34]

44. En lo que respecta a los contratos públicos y a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, la Unión Europea se preocupa de garantizar la más amplia participación posible en los procedimientos de contratación pública, aun cuando las directivas en materia de contratación pública no sean aplicables. [35] Ello redunda en interés de la propia entidad adjudicadora, que dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a sus necesidades. [36] De este modo, una de las funciones principales de la igualdad de trato de los licitadores y de la consiguiente obligación de transparencia es garantizar la libre circulación de servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. [37]

45. La subcontratación contribuye a alcanzar esos objetivos, dado que puede alentar a las pequeñas y medianas empresas a participar en el mercado de los contratos públicos, incrementando por tanto el número de posibles candidatos para la adjudicación de contratos públicos. [38]

46. En el caso de autos, una disposición como el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública limita claramente la posibilidad de las empresas establecidas en otros Estados miembros a ejercitar sus derechos reconocidos en los artículos 49 y 56 TFUE, en la medida en que, si presentan ofertas para el contrato, les impide, o bien subcontratar total o parcialmente la «obra principal», tal y como la define la entidad adjudicadora, o bien proponer sus propios servicios como subcontratistas de una parte del contrato. En consecuencia, como alega acertadamente la Comisión, el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública restringe la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

32 — Véase, en particular, la sentencia de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291), apartado 33.

33 — Véase, por analogía, la sentencia de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291), apartado 34.

34 — Sentencias de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808), apartado 41, y de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 28 y jurisprudencia citada.

35 — Véanse las sentencias de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartado 37; de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 29, y de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartado 51 y jurisprudencia citada.

36 — Sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartado 37 y jurisprudencia citada.

37 — Sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), apartado 28.

38 — Véanse, por analogía, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 34, y de 14 de enero de 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6), apartado 24. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761), punto 30.

47. Sin embargo, una restricción de esa clase puede estar justificada si persigue un objetivo legítimo de interés general y siempre que cumpla el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese objetivo y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. [39]

48. El Gobierno lituano explica que la restricción a la subcontratación controvertida se introdujo para facilitar a las entidades adjudicadoras la protección de sus intereses y garantizar la correcta ejecución de las obras subcontratadas. Esa restricción se previó, en particular, para atajar la situación habitual en que los operadores económicos participaban en procedimientos de licitación con el objetivo de subcontratar la mayor parte del contrato en caso de resultar adjudicatarios, lo que solía traducirse en obras de calidad inferior y en dificultades asociadas a su ejecución. El Gobierno lituano alega, además, que el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública es acorde con la postura común mantenida por el Consejo en cuestiones similares y que dio lugar, en concreto, a la regla que ahora se contiene en el artículo 79, apartado 3, de la Directiva 2014/25. [40] En la vista, la Autoridad portuaria esgrimió, en esencia, que tenía un interés legítimo en garantizar la correcta ejecución de unas obras públicas como las controvertidas en el litigio principal, de importancia estratégica para la seguridad nacional.

49. Una entidad adjudicadora puede tratar de garantizar legítimamente la efectiva y correcta ejecución de un contrato público de obras. [41] Esta afirmación es aplicable especialmente a aquellas obras que se consideren necesarias para salvaguardar la seguridad nacional que, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, TUE, es una de las funciones esenciales del Estado que la Unión Europea debe respetar. [42] Por tanto, puede exigirse al licitador que aporte la prueba de que efectivamente dispone de los medios de las entidades o empresas con los que cuenta, que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato. [43] En consecuencia, la entidad adjudicadora tiene derecho a prohibir el recurso a subcontratistas cuyas capacidades no haya podido comprobar al examinar las ofertas y seleccionar al licitador para la ejecución de partes esenciales del contrato. [44]

50. No obstante, la restricción a la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento que entraña el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública no parece proporcionada para alcanzar ese objetivo.

51. En primer lugar, la restricción es aplicable aun cuando la entidad adjudicadora pueda comprobar realmente las capacidades técnicas y económicas de los subcontratistas durante el procedimiento de adjudicación del contrato. Una opción alternativa a esa restricción podría haber sido (por ejemplo) exigir al contratista principal identificar a los subcontratistas al presentar su oferta y acreditar, por un lado, que se pondrán a su disposición efectivamente los recursos de esos subcontratistas necesarios para el cumplimiento del contrato y, por el otro, que esos subcontratistas son aptos para llevar a cabo las tareas que se les pretende encomendar.

39 — Véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros (C-234/03, EU:C:2005:644), apartado 25, y de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 31. Sobre el principio de proporcionalidad aplicado como un principio general del Derecho de la Unión en el contexto de procedimientos de adjudicación de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 o la Directiva 2004/18, véase también la sentencia de 22 de octubre de 2015, Impresa Edilux y SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721), apartado 29.

40 — La Directiva 2004/17 no contiene ninguna norma similar a esa disposición.

41 — Véase, por analogía, la sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), apartado 34 y jurisprudencia citada. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en ese asunto (EU:C:2015:761), punto 32 y jurisprudencia citada.

42 — Valorar si existen consideraciones de seguridad nacional que justifiquen una restricción a los principios del Tratado pertinentes en el presente asunto es una cuestión independiente que no se ha de tratar aquí.

43 — Véase, por analogía, la sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 37 y jurisprudencia citada.

44 — Véanse, por analogía, las sentencias de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), apartado 45, y de 14 de julio de 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), apartado 34.

52. En segundo lugar, el artículo 24, apartado 5, es *demasiado estricto* y *demasiado vago* para cumplir el criterio de proporcionalidad. Aunque la entidad adjudicadora parece ser flexible al definir en cada contrato la «obra principal», la restricción a la subcontratación dimanante de esa disposición se define en términos especialmente amplios. Se aplica con independencia del objeto del contrato público de obras, y es vinculante para la entidad adjudicadora siempre que celebre cualquier tipo de contrato público de obras, aun cuando considere que no existe ningún motivo evidente para imponer una limitación de esa índole.

53. Tal como alega la Comisión, la restricción a la subcontratación prevista en el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública difiere en ese sentido del artículo 79, apartado 3, de la Directiva 2014/25. Esa disposición únicamente *faculta* a la entidad adjudicadora, en particular, a exigir que determinadas tareas *críticas* sean ejecutadas directamente por el propio licitador. Así pues, la entidad adjudicadora puede valorar si la limitación es oportuna en función de las circunstancias. De ello se desprende que aun cuando se considerase, como alega el Gobierno lituano, que el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública adapta el artículo 79, apartado 3, de la Directiva 2014/25 al Derecho lituano,[45] esa transposición sería incorrecta.

54. Por los motivos expuestos, considero que, en el contexto de un contrato público que no está sujeto a la Directiva 2004/17 ni a la Directiva 2004/18, pero que sí presenta un interés transfronterizo cierto, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a una norma nacional como la contenida en el artículo 24, apartado 5, de la Ley de contratación pública, que obliga al propio licitador a llevar a cabo la «obra principal», tal y como la define la entidad adjudicadora, y prohíbe subcontratar esa parte del contrato.

Legalidad de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones [letra b) de la primera cuestión prejudicial]

55. La letra b) de la primera cuestión prejudicial plantea si el Derecho de la Unión se opone a un pliego de condiciones que exija que, cuando varios participantes propongan combinar sus capacidades profesionales presentando una oferta común, exista una correspondencia aritmética entre la parte del contrato que cada participante en la ejecución colectiva vaya a ejecutar y su contribución al cumplimiento de un requisito relativo a la experiencia profesional.

56. En el caso de autos, la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones se refiere a la adjudicación del contrato público. Ese requisito debe interpretarse en conjunto con la cláusula 4, apartado 2, punto 3, del pliego, que exige que las ofertas presentadas por participantes en la ejecución colectiva indiquen las obligaciones (obras o servicios) asumidas por cada uno de ellos y su participación porcentual en dichas obligaciones. Así, al examinar las ofertas y seleccionar al adjudicatario, la entidad adjudicadora puede comprobar que cada participante será responsable de una parte de las obras o servicios correspondientes a su contribución al requisito relativo a la experiencia profesional contemplado en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, del pliego de condiciones.

57. Los principios que he señalado anteriormente en relación con la subcontratación son igualmente aplicables a los participantes en la ejecución colectiva que agrupan sus capacidades.[46]

45 — Véase el punto 25 de las presentes conclusiones.

46 — Véanse los puntos 43 a 45, 47 y 49 de las presentes conclusiones.

58. En mi opinión, un requisito como el que establece la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones puede limitar la flexibilidad de los participantes en la ejecución colectiva. No solo afecta a la manera en que acuerdan compartir responsabilidades en el momento de la presentación de su oferta conjunta, sino que también les impide modificar la contribución de cada participante al contrato de obras en una fase posterior en caso de que resulten adjudicatarios.

59. Por tanto, el requisito de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones puede ejercer una influencia disuasiva en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. Afectará a los operadores que deseen establecerse en el Estado miembro afectado mediante la creación de un consorcio estable, constituido, en su caso, por empresas nacionales y extranjeras. También afectará a los operadores que se planteen ofrecer sus servicios a través de consorcios estables de esas características ya establecidos, para poder participar más cómodamente en procedimientos de contratación pública organizados por las entidades adjudicadoras de ese Estado miembro. [47] Por tanto, esa cláusula establece una restricción en el sentido de los artículos 49 y 56 TFUE.

60. La Autoridad portuaria y el Gobierno lituano alegan en esencia que la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones únicamente trata de garantizar que todos los participantes en la ejecución colectiva reúnen la capacidad profesional para cumplir la parte del contrato público de obras de la que son responsables.

61. Ya he indicado que el objetivo de garantizar el debido cumplimiento de un contrato de obras puede justificar una restricción (no discriminatoria) a la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. [48] Es posible que, al presentar su oferta, los participantes que actúan en virtud de un contrato de ejecución colectiva cumplan *conjuntamente* los requisitos relativos a la capacidad profesional (entre las que se incluye la experiencia profesional) establecidas por la entidad. Ahora bien, ello no garantiza que a cada participante se le encomienden las tareas específicas respecto de las cuales se haya comprobado su capacidad profesional antes de la adjudicación de ese contrato. En principio, los artículos 49 y 56 TFUE no se oponen a que una entidad adjudicadora exija que las ofertas presentadas en virtud de contratos de ejecución colectiva especifiquen cómo van a distribuirse las distintas tareas entre los participantes, que se verifique la capacidad de cada participante para desempeñar las tareas de las que será responsable y que, tras la adjudicación del contrato, se controle que todos los participantes cumplen debidamente las tareas respecto de las que se acreditó su capacidad profesional. [49]

62. No obstante, la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones controvertido no es adecuada para garantizar ese objetivo.

63. Ese apartado exige que se establezca una correspondencia aritmética entre la contribución de cada participante al requisito de experiencia profesional establecido en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, y el «volumen» (o valor económico) de las tareas efectivamente desempeñadas por ese participante durante la ejecución del contrato.

64. Como bien indica la Comisión, este requisito *no está relacionado* con las *obras o servicios específicos* necesarios para la correcta ejecución del contrato público en cuestión. Por ejemplo, cada participante de un contrato de ejecución colectiva podría ser capaz de acreditar que ha adquirido experiencia en la construcción o reconstrucción de muelles de puertos marítimos durante los últimos cinco años. Conjuntamente, los participantes cumplen el requisito de experiencia profesional previsto en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, del pliego de condiciones. Sin embargo, cada uno de ellos podría estar especializado en un aspecto diferente de la construcción de muelles de puertos marítimos, tales

47 — Véase, por analogía, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808), apartado 42.

48 — Véase el punto 49 de las presentes conclusiones.

49 — La lógica subyacente es la misma que en el ámbito de la subcontratación. Véanse el punto 49 de las presentes conclusiones y la jurisprudencia citada por analogía en las notas 43 y 44 de las presentes conclusiones.

como el dragado de dársenas portuarias, las obras de cimentación, la construcción de paredes de acero estriado o el suministro y la instalación de equipamiento para muelles de puertos marítimos. El requisito establecido en la cláusula 4, apartado 3, no se opone a que un participante concreto lleve a cabo tareas específicas para las que en realidad no cuente con experiencia (aunque, desde un punto de vista aritmético, esas tareas puedan corresponderse con su contribución al cumplimiento del requisito previsto en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, del pliego de condiciones y, por tanto, ser conformes a su cláusula 4, apartado 3).

65. Por los motivos expuestos, considero que, en unas circunstancias como las del litigio principal, el objetivo de garantizar el debido cumplimiento del contrato público no puede justificar la restricción a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento derivada de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones, máxime teniendo en cuenta que tareas que representan una pequeña parte del valor total del contrato pueden ser esenciales para el debido cumplimiento.[50]

66. La Autoridad portuaria alega que el cumplimiento de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia requieren que, para valorar la capacidad profesional de los participantes individuales de una ejecución colectiva, se tengan en cuenta únicamente las capacidades profesionales que van a utilizarse efectivamente para ejecutar el contrato público.

67. Aunque estos objetivos son legítimos,[51] esa alegación no puede prosperar. En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia en la vista, la Autoridad portuaria explicó que el pliego de condiciones no se oponía a que, al igual que en el caso del resto de licitadores, los participantes que licitasen en virtud de un contrato de ejecución colectiva subcontratasen el cumplimiento del contrato público de obras (con la excepción de las «obras principales») y a que, en esas circunstancias, la experiencia profesional de los subcontratistas *no* se hubiera de declarar en el momento de presentación de la oferta conjunta. Ahora bien, en contra de las observaciones realizadas por la Autoridad portuaria, el pliego de condiciones del caso de autos no garantizaba de hecho que las capacidades profesionales de los participantes que declararon poseer al presentar una oferta conjunta y que la entidad adjudicadora comprobó se utilizarían efectivamente para ejecutar el contrato público de obras controvertido.

68. Por los motivos expuestos, considero que, en el contexto de un contrato público cuyo valor no alcanza el umbral establecido en la Directiva 2004/17 o la Directiva 2004/18, pero presenta un interés transfronterizo cierto, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a una cláusula como la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones controvertido, que exige que, cuando varios participantes propongan combinar sus capacidades profesionales al presentar una oferta común, exista una correspondencia aritmética entre la parte del contrato que cada participante en la ejecución colectiva vaya a ejecutar y su contribución al cumplimiento de un requisito relativo a la experiencia profesional.

Legalidad de las modificaciones introducidas en la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato (segunda cuestión prejudicial)

69. ¿Se oponían los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad dimanantes de los artículos 49 y 56 TFUE, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, a que la Autoridad portuaria modificase la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones como lo hizo?

50 — Por ejemplo, la impermeabilización de una infraestructura.

51 — Véanse, a estos efectos, las sentencias de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808), apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada, y de 22 de octubre de 2015, Impresa Edilux y SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721), apartado 36.

70. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta el artículo 2 de la Directiva 2004/18 ofrece orientaciones útiles para resolver esta cuestión. De acuerdo con esa disposición, «las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia». Por tanto, los principios de igual de trato y no discriminación, y la consiguiente obligación de transparencia, que se derivan del TFUE constituyen el fundamento de esa disposición. [52]

71. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que tanto el principio de igualdad de trato como la obligación de transparencia derivada de éste exigen que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos estén claramente definidos desde el inicio de su procedimiento de adjudicación. [53] El principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas, e implica que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. [54] Además, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Ello entraña que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. [55]

72. Por tanto, la entidad adjudicadora no puede modificar, ni siquiera mediante correcciones, el alcance de las condiciones esenciales del contrato, según se formularon en el pliego de condiciones, en las que los operadores económicos interesados se basaron legítimamente para tomar la decisión de preparar la presentación de una oferta o, por el contrario, de renunciar a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato correspondiente. [56]

73. Estos mismos principios son aplicables a contratos que no se rigen por la Directiva 2004/18 pero presentan un claro interés transfronterizo. En la sentencia Enterprise Focused Solutions, [57] el Tribunal de Justicia señaló que la entidad adjudicadora no puede, tras publicarse una convocatoria de licitación, proceder a una modificación de las especificaciones técnicas relativas a un elemento de un contrato, vulnerando los principios de igualdad de trato y de no discriminación, e inaplicando la obligación de transparencia. [58] Esta conclusión es conforme a otras sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha dejado claro que, como norma general, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen a que una oferta sea modificada después de su presentación, ni a propuesta de la entidad adjudicadora ni del candidato, salvo que la modificación se introduzca para subsanar errores materiales manifiestos o aclare algún aspecto concreto de la oferta. [59]

74. En el caso de autos, la Autoridad portuaria vulneró esos principios en dos ocasiones al modificar la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones.

52 — Sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634), apartado 34.

53 — Sentencias de 10 de diciembre de 2009, Comisión/Francia (C-299/08, EU:C:2009:769), apartado 41, y de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), apartado 56.

54 — Sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 44.

55 — Véase, en particular, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 44 y jurisprudencia citada; véase asimismo la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), apartado 88.

56 — Sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), apartado 55.

57 — Sentencia de 16 de abril de 2015 (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Sentencia de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 29.

59 — Véase, en particular, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), apartados 31 y 32.

75. En primer lugar, como alega la Comisión, esas modificaciones no pueden considerarse aclaraciones menores de ese apartado ni correcciones de un error material. La versión original de la cláusula 4, apartado 3, permitía claramente que el requisito de capacidad profesional establecido en la cláusula 3, apartado 2, punto 1, del pliego de condiciones se cumpliera al menos por un participante del contrato de ejecución colectiva *o* por todos los participantes en su conjunto. Ambas modificaciones (de 24 de abril y de 9 de mayo de 2014) introdujeron restricciones relativas a la acreditación de la capacidad profesional en el caso de ejecuciones colectivas. Esas restricciones, sencillamente, no formaban parte de la versión original de ese apartado. Al contrario, alteraron la esencia de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones, que los operadores afectados ya habían tenido en cuenta legítimamente para tomar la decisión de prepararse para presentar una oferta o de no participar en el procedimiento de contratación pública. Por ese motivo, no estoy de acuerdo con la alegación de la Autoridad portuaria según la cual los licitadores razonablemente informados podían haber previsto las modificaciones en cuestión.

76. Además, la Autoridad portuaria no ha expuesto ninguna justificación objetiva que explique por qué introdujo modificaciones esenciales en la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones en dos ocasiones después de haber publicado la convocatoria de licitación inicial. Por estos motivos, aunque se trata de una cuestión que corresponde comprobar en última instancia al órgano jurisdiccional remitente, como único juez competente para apreciar los hechos, en la documentación a la que ha tenido acceso el Tribunal de Justicia no hay ningún elemento que apunte a que esas modificaciones fueran necesarias debido a un cambio fundamental de las circunstancias en las que el contrato público en cuestión se fuese a adjudicar o ejecutar desde el momento de publicación de la convocatoria de licitación.

77. Cabe imaginar circunstancias en las que pudiera producirse un cambio fundamental de esas características y en las que la entidad adjudicadora se enfrentase al dilema de optar entre volver a organizar el procedimiento de licitación desde el principio y modificar el pliego de condiciones. Ambas soluciones conllevarían consecuencias desfavorables, en forma de costes irrecuperables para los operadores que ya estuvieran preparando el proceso de licitación original, y podrían comportar problemas obvios, especialmente en relación con el riesgo de abuso o manipulación, la necesidad de transparencia e igualdad de trato entre (potenciales) licitadores y el (posible) reembolso de (parte de) los costes irrecuperables. Afortunadamente, el Tribunal de Justicia no debe pronunciarse sobre ninguna de estas peliagudas cuestiones, y propongo no seguir profundizando en ellas.

78. Por consiguiente, en las circunstancias del asunto que nos ocupa, considero que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a la introducción de modificaciones al pliego de condiciones como las controvertidas en el litigio principal, por las que se establecen restricciones relativas a la capacidad profesional de los participantes de una ejecución colectiva que, claramente, no estaban incluidas en la versión original del pliego.

79. No desvirtúa esa conclusión el hecho de que las modificaciones se introdujeran antes de que se presentase ninguna oferta o de que la Autoridad portuaria las publicase en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y ampliase el plazo de presentación de ofertas. Como ya he explicado, las modificaciones sucesivas de la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones por parte de la Autoridad portuaria supusieron una modificación esencial de las condiciones en las que podía presentarse una oferta por varios participantes en una ejecución colectiva, sin una justificación objetiva. [60]

60 — Véanse los puntos 75 y 76 de las presentes conclusiones.

80. Por último, me gustaría subrayar que el análisis que ofrezco en las presentes conclusiones se deriva de la situación específica del litigio principal. En consecuencia, no prejuzga en modo alguno la manera en que los principios de igualdad de trato y no discriminación y la obligación de transparencia dimanantes del Tratado FUE se aplicarían en otras circunstancias.

Conclusión

81. A la vista de las consideraciones anteriores, considero que el Tribunal de Justicia debería responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de Lituania) del siguiente modo:

«1) En el contexto de un contrato público que no está sujeto a la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, ni a 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, pero que sí presenta un claro interés transfronterizo, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional como la contenida en el artículo 24, apartado 5, de la Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Ley de contratación pública), que obliga al propio licitador a llevar a cabo la "obra principal", tal y como la define la entidad adjudicadora, y prohíbe subcontratar esa parte del contrato.

2) En ese mismo contexto, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a una cláusula como la cláusula 4, apartado 3, del pliego de condiciones controvertido en el litigio principal, que exige que, cuando varios participantes propongan combinar sus capacidades profesionales al presentar una oferta común, exista una correspondencia aritmética entre la parte del contrato que cada participante en la ejecución colectiva vaya a ejecutar y su contribución al cumplimiento de un requisito relativo a la experiencia profesional.

3) La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia derivadas de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a la introducción de modificaciones al pliego de condiciones como las controvertidas en el litigio principal, mediante las que, sin una justificación objetiva, se establecen restricciones relativas a la capacidad profesional de los participantes de una ejecución colectiva que, claramente, no estaban incluidas en la versión original del pliego.»