Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

de 28 de febrero de 2018 *

«Procedimiento prejudicial — Contratación pública — Directiva 2004/18/CE — Artículo 51 — Regularización de las ofertas — Directiva 2004/17/CE — Aclaración de las ofertas — Normativa nacional que subordina la regularización por parte de los licitadores de la documentación que deben presentar al pago de una sanción pecuniaria — Principios relativos a la adjudicación de los contratos públicos — Principio de igualdad de trato — Principio de proporcionalidad»

En los asuntos acumulados C-523/16 y C-536/16,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resoluciones de 13 y de 15 de julio de 2016, recibidas en el Tribunal de Justicia, respectivamente, el 12 y el 24 de octubre de 2016, en los procedimientos entre

MA.T.I. SUD SpA

y

Centostazioni SpA,

con intervención de:

China Taiping Insurance Co. Ltd (C-523/16),

y entre

Duemme SGR SpA

y

Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (C-536/16),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

integrado por el Sr. J. Malenovský, Presidente de Sala, y los Sres. D. Šváby y M. Vilaras (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. M. Campos Sánchez-Bordona;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

* Lengua de procedimiento: italiano.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Duemme SGR SpA, por los Sres. F. Brunetti y F. Scanzano, avvocati;

– en nombre de Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR), por el Sr. M. Brugnoletti, avvocato;

– en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. F. Sclafani, avvocato dello Stato;

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. A. Tokár y C. Zadra, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de noviembre de 2017;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 45 y 51 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 (DO 2004, L 134, p. 114), así como de los principios de máxima apertura a la competencia, de proporcionalidad, de igualdad de trato y de no discriminación en materia de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

2 En el asunto C-523/16, la petición de decisión prejudicial se ha presentado en el marco de un litigio entre MA.T.I. SUD SpA y Centostazioni SpA, acerca de un procedimiento de adjudicación de un contrato público que tiene por objeto «operaciones integradas de mantenimiento, ordinario y extraordinario, y del suministro de energía de los inmuebles de las estaciones de ferrocarril que forman parte de la red de Centostazioni».

3 En el asunto C-536/16, la petición de decisión prejudicial se ha presentado en el marco de un litigio entre Duemme SGR SpA (en lo sucesivo, «Duemme») y la Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (Asociación Caja Nacional de Previsión y Asistencia a los Contables y Expertos Contables; en lo sucesivo, «CNPR»), acerca de un procedimiento de licitación convocado para la suscripción de un acuerdo marco de gestión de la cartera mobiliaria de CNPR.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2004/17/CE

4 El considerando 9 de 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 (DO 2004, L 134, p. 1), 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.

[…]»

5 El artículo 10 de la citada Directiva, con el título «Principios de adjudicación de contratos», dispone:

«Las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia.»

Directiva 2004/18

6 El considerando 2 de la Directiva 2004/18 establece:

«La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.»

7 El artículo 2 de la citada Directiva, que también lleva el título «Principios de adjudicación de contratos», dispone:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

8 El artículo 45 de la citada Directiva establece:

«1. Quedará excluido de la participación en un contrato público cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme, de la que tiene conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:

a) participación en una organización delictiva, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 2 de la Acción Común [98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DO 1998, L 351, p. 1)];

b) corrupción, tal y como se define, respectivamente, en el artículo 3 del acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 [por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO 1997, C 195, p. 1),] y en el apartado 1 del artículo 3 de la Acción Común 98/742/JAI [de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (DO 1998, L 358, p. 2)];

c) fraude, según el artículo 1 del Convenio [establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea,] relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [(DO 1995, C 316, p. 49)];

d) blanqueo de capitales, tal y como se define en el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales [(DO 1991, L 166, p. 77)].

Los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado.

Podrán establecer una excepción respecto a la obligación contemplada en el párrafo primero por necesidades imperativas de interés general.

Para la aplicación del presente apartado, los poderes adjudicadores solicitarán, en su caso, a los candidatos o licitadores que presenten los documentos a que se refiere el apartado 3 y, cuando tengan dudas sobre la situación personal de éstos, podrán dirigirse a las autoridades competentes para obtener la información que consideren necesaria sobre la situación personal de dichos candidatos o licitadores. Cuando la información se refiera a un candidato o licitador establecido en un Estado distinto del Estado del poder adjudicador, éste podrá solicitar la cooperación de las autoridades competentes. Con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro en el que estén establecidos los candidatos o licitadores, dichas solicitudes se referirán a personas jurídicas y físicas, incluidos, en su caso, los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de representación, decisión o control en el seno de las empresas del candidato o licitador.

2. Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico:

a) que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales;

b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales;

c) que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional;

d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;

e) que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador;

f) que no haya cumplido sus obligaciones tributarias impuestas por las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador;

g) que se le 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.

Los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado.

3. Los poderes adjudicadores aceptarán como prueba suficiente de que el operador económico no está incurso en los casos a los que se refieren el apartado 1 y las letras a), b), c), e) y f) del apartado 2:

a) respecto del apartado 1 y de las letras a), b) y c) del apartado 2, un certificado de antecedentes penales o, en su defecto, un documento equivalente expedido por una autoridad judicial o administrativa competente del país de origen o de procedencia que acredite que cumple los citados requisitos;

b) respecto de las letras e) o f) del apartado 2, un certificado expedido por la autoridad competente del Estado miembro en cuestión.

Cuando el país de que se trate no expida el certificado o documento o cuando éstos no mencionen todos los casos contemplados en el apartado 1 y en las letras a), b) o c) del apartado 2, los certificados o documentos podrán ser sustituidos por una declaración jurada o, en los Estados miembros en los que no exista tal declaración, por una declaración solemne hecha por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa competente, un notario o un organismo profesional competente del país de origen o de procedencia.

4. Los Estados miembros designarán a las autoridades y organismos competentes para expedir los documentos, certificados y declaraciones a que se refiere el apartado 3, e informarán de ello a la Comisión. Esta comunicación se entiende sin perjuicio del derecho aplicable en materia de protección de datos.

9 El artículo 51 de la Directiva 2004/18 establece:

«El poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50.»

Derecho italiano

10 El artículo 38, apartado 2 *bis*, del decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, por el que se aprueba el Código de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006) (en lo sucesivo, «Código de contratos públicos»), establece:

«La ausencia, el carácter incompleto y cualquier otra irregularidad sustancial de los elementos y de las declaraciones sustitutivas recogidas en el apartado 2 obligan al licitador que las haya provocado al pago, en favor del poder adjudicador, de la sanción pecuniaria especificada en el anuncio de licitación, cuyo montante no puede ser inferior al uno por mil ni superior al uno por ciento del valor del contrato, sin que pueda superar los 50 000 euros, cuyo pago está asegurado por la garantía provisional. En tales casos, el poder adjudicador concederá al licitador un plazo, que no excederá de diez días, para presentar, completar o regularizar las declaraciones requeridas, e indicará su contenido y las personas obligadas a hacerlo. En caso de irregularidades no sustanciales, esto es, de ausencia o del carácter incompleto de declaraciones no indispensables, el poder adjudicador no reclamará su subsanación ni impondrá sanción alguna. Si se sobrepasa el plazo concedido, el licitador será excluido del procedimiento de licitación. A efectos del cálculo de las medias en el marco de este procedimiento o de la determinación del grado de anomalía de la ofertas, no podrá considerarse pertinente ninguna modificación aportada a una oferta, ni siquiera a raíz de una resolución jurisdiccional, una vez transcurrida la fase de admisión, de regularización o de exclusión de las ofertas».

11 El artículo 46 del Código de contratos públicos prescribe que, «dentro de los límites previstos en los artículos 38 a 45, los poderes adjudicadores, si lo consideran necesario, invitarán a los licitadores a completar o a aclarar los certificados, documentos o declaraciones presentadas».

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-523/16

12 Centostazioni, que forma parte del grupo Ferrovie dello Stato Italiane SpA, convocó, mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 8 de enero de 2016, un procedimiento de licitación abierta para la adjudicación de un contrato público por un valor estimado de 170 864 780,81 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), que tiene por objeto las «operaciones integradas de mantenimiento, ordinario y extraordinario, y del suministro de energía de los inmuebles de las estaciones de ferrocarril» que forman parte de su red, durante un período de 36 meses. Dicho contrato se dividía en cuatro lotes geográficos (sur, centro-sur, centro-norte y noroeste, centro-norte y nordeste) que eran adjudicados atendiendo al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

13 El punto VI.3, letra w), del citado anuncio de licitación preveía la posibilidad de que el poder adjudicador de requerir la regularización, so pena de exclusión del procedimiento, de toda oferta incompleta o irregular, petición que conllevaba el pago de una sanción pecuniaria de 35 000 euros, con arreglo al artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos.

14 El punto 1.1, letra G), del pliego de condiciones relativo a ese contrato establecía que la oferta presentada por una unión temporal de empresas todavía no constituida en persona jurídica debía ir acompañada, como parte de la documentación administrativa exigida, de una declaración *ad hoc* que contuviera el compromiso, en caso de que se le adjudicara el lote, de otorgamiento de poder colectivo especial de representación a favor de la empresa «principal» que se designara nominativamente (en lo

sucesivo, «declaración de compromiso»). Esa declaración de compromiso debía ser firmada por todas las empresas que formaran parte de la unión, con la precisión de que, cuando un licitador participara en varios lotes bajo una forma diferente, debía presentar una declaración de compromiso para cada lote.

15 MA.T.I. SUD, en su condición de responsable de la unión temporal de empresas constituida con Graded SpA (en lo sucesivo, «unión»), presentó un expediente de candidatura para los lotes 1 y 2 de la licitación.

16 El 16 de marzo de 2016, la mesa de contratación señaló que la declaración de compromiso requerida para la adjudicación del lote 2, en la que se designaba a MA.T.I. SUD como empresa principal de la unión, no contenía la firma de su representante legal. Por consiguiente, el poder adjudicador, de conformidad con el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos, requirió a dicha unión, por un lado, que subsanara dicha irregularidad en un plazo de siete días, so pena de exclusión de la licitación, y, por otro, para que abonara una sanción pecuniaria de 35 000 euros.

17 El 21 de marzo de 2016, MA.T.I. SUD envió la declaración de compromiso exigida, firmada por los representantes legales de las dos sociedades que formaban parte de la unión. Asimismo, solicitó la anulación de la sanción pecuniaria impuesta, por considerar que la declaración en cuestión «ni faltaba, ni era incompleta, ni adolecía de una irregularidad sustancial». A este respecto, alegó que el pliego de condiciones de que se trata sólo exigía una declaración de compromiso para cada uno de los lotes en el caso de que la unión se propusiera participar en el procedimiento «bajo una forma diferente». Sin embargo, en este caso, la unión declaró que quería participar en los lotes 1 y 2 bajo la misma forma, con MA.T.I. SUD como empresa principal, presentando una declaración de compromiso para el lote 1 que contenía todos los elementos exigidos.

18 El 30 de marzo de 2016, el poder adjudicador requirió a MA.T.I. SUD el pago de la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta, indicándole que, en caso de no efectuarlo, se le descontaría de la garantía provisional.

19 El 7 de abril de 2016, MA.T.I. SUD presentó un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) por el que solicitaba la suspensión y la anulación de dicha sanción pecuniaria y alegó, en particular, que no había cometido ninguna irregularidad sustancial en la presentación de los documentos preparatorios de la participación en el procedimiento de licitación.

20 El órgano jurisdiccional remitente expone que el mecanismo de subsanación onerosa de defectos de tramitación, establecido en el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos, suscita dudas acerca de su compatibilidad con el Derecho de la Unión, en particular con el artículo 51 de la Directiva 2004/18, que prevé la posibilidad de completar o de hacer más explícitos los certificados y los documentos que acompañan a las ofertas presentadas en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, pero sin establecer ninguna sanción, y con los principios de proporcionalidad, de exhaustividad de las cláusulas de exclusión, de transparencia de los procedimientos, de la participación más amplia posible en la licitación y de máxima apertura a la competencia.

21 En este sentido, señala que, si bien, de manera general, el mecanismo de subsanación de defectos de tramitación parece ajustarse al artículo 51 de la Directiva 2004/18, del que constituye una prolongación, no sucede así en el caso de la sanción pecuniaria que le acompaña. Considera que esa particularidad no sólo fomentaría una especie de «caza al error» por parte de las entidades adjudicadoras, sino que también produciría efectos disuasorios en la participación de los licitadores en los procedimientos de licitación, en la medida en que éstos corren el riego de que se les impongan sanciones pecuniarias considerables, por las meras irregularidades sustanciales de las que adolezca su oferta, independientemente de su intención de acudir a la subsanación de defectos de tramitación.

22 El órgano jurisdiccional remitente señala, en particular, que tal sanción es definida por el poder adjudicador de antemano y, aunque siempre está comprendida dentro de los límites del uno por mil como mínimo y del uno por ciento como máximo, sin exceder el tope absoluto de 50 000 euros, de forma ampliamente discrecional, que no puede ser modulada en función de la gravedad de la irregularidad cometida y que se aplica de manera automática a cada irregularidad sustancial que se detecte.

23 Dicho órgano jurisdiccional señala asimismo que la creación de la subsanación onerosa de defectos de tramitación prevista en el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos persigue, por un lado, que se garantice la seriedad de las solicitudes de participación y de las ofertas presentadas y, por lo tanto, que se responsabilice a los licitadores de la presentación de los documentos relativos a la licitación y, por otro, indemnizar al poder adjudicador por el incremento de las actividades de control que recaen sobre ella.

24 Sin embargo, el citado órgano jurisdiccional considera que, habida cuenta de las características de la sanción que establece, dicho mecanismo no es compatible con el principio de proporcionalidad, en la medida en que su aplicación puede llevar al pago al poder adjudicador de un importe manifiestamente desproporcionado respecto a las actividades suplementarias a las que, en su caso, debe hacer frente. Afirma que una sanción económica considerable es todavía más desproporcionada si se tiene en cuenta que el plazo de que se dispone para completar los documentos que así lo exijan es reducido (diez días) y, por lo tanto, no implica una prolongación excesiva del procedimiento de licitación. Tampoco es compatible con el principio de igualdad de trato, en la medida en que puede imponerse una sanción por un mismo importe a un licitador que haya cometido una irregularidad sustancial, pero de alcance limitado, y a un licitador que haya incumplido gravemente lo establecido en el anuncio de licitación. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, ese mecanismo vulneraría también el principio de máxima apertura a la competencia por sus efectos disuasorios sobre la participación de las empresas, en particular las pequeñas y medianas empresas, en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

25 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Pese a corresponder a los Estados miembros la facultad decisoria acerca del carácter oneroso de la subsanación de defectos de tramitación, ¿se opone al Derecho de la Unión el artículo 38, apartado 2 *bis*, del [Código de contratos públicos], en su versión en vigor en la fecha del anuncio de licitación de que se trata […], por cuanto prevé el pago de una "sanción pecuniaria", de una cuantía que será fijada por el poder adjudicador ("no inferior al uno por mil ni superior al uno por ciento del valor de la licitación y que, en cualquier caso, no excederá de 50 000 euros, cuyo pago estará garantizado por el depósito provisional"»), habida cuenta del importe excesivamente elevado y del carácter predeterminado de la propia sanción, que no es posible graduar en función de la situación concreta a la que se aplica o de la gravedad de la irregularidad subsanable?

2) ¿Se opone, en cambio, el referido artículo 38, apartado 2 *bis*, del [Código de contratos públicos] al Derecho [de la Unión], en la medida en que el propio carácter oneroso de la subsanación de defectos de tramitación puede considerarse contrario a los principios de máxima apertura del mercado a la competencia, en el que se inscribe la citada figura, con la consiguiente sumisión de la actividad exigida al respecto a la Comisión adjudicadora a las obligaciones que le impone la ley, en aras del interés público en la consecución del objetivo antes indicado?»

Asunto C-536/16

26 Mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de Unión Europea* en octubre de 2014, CNPR convocó un procedimiento de licitación abierta cuyo objeto era la suscripción de un acuerdo marco para la gestión de su cartera mobiliaria, de un valor estimado en 20 650 000,00 euros, excluido el IVA, que pretendía confiar a cinco entidades.

27 El anuncio de licitación relativo a ese procedimiento preveía, en aplicación del artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos, que, en caso de que faltara una declaración, ésta fuera incompleta y, en cualquier otro supuesto de irregularidad sustancial, el licitador estaría obligado a pagar una sanción pecuniaria de 50 000 euros, con la precisión de que disponía de un plazo de diez días para completar o regularizar dicha declaración mediante la presentación de los documentos que faltaran.

28 El pliego de condiciones correspondiente al contrato en cuestión precisaba que los licitadores debían presentar, so pena de exclusión, una declaración jurada que acreditara que cumplían los requisitos establecidos en el artículo 38 del Código de contratos públicos.

29 Durante su primera sesión pública, la mesa de contratación de que se trata abrió las plicas y comprobó que Duemme no había adjuntado las oportunas declaraciones juradas que acreditaran que su vicepresidente y su director general carecían de antecedentes penales por no haber sido condenados mediante sentencia firme. Así las cosas, invitó a Duemme, en aplicación del artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos y del artículo 7 del citado pliego de condiciones, a presentar las declaraciones que faltaban y a pagar la sanción pecuniaria correspondiente, es decir, 50 000 euros.

30 Duemme completó la documentación requerida en el plazo señalado, pero se negó a pagar en su totalidad esa sanción pecuniaria, alegando que consideraba que dicha sanción no tenía fundamento alguno. Como consecuencia, CNPR dirigió un requerimiento de pago a Duemme para que abonara la referida sanción pecuniaria, en el que le informaba de que, en caso de negarse a ello, procedería a descontar su importe de la garantía provisional.

31 El 9 de enero de 2015, Duemme interpuso un recurso ante el Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) para que anulara la citada sanción pecuniaria, alegando, en particular, la incompatibilidad el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos con el artículo 51 de la Directiva 2004/18. Paralelamente, la empresa licitadora pagó al poder adjudicador 8 500 euros como pago de la sanción reducida, cantidad que fue aceptada por ésta en concepto de anticipo.

32 En tales circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales idénticas a las planteadas en el asunto C-523/16.

33 Mediante resolución de 15 de noviembre de 2016, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió acumular los asuntos C-523/16 y C-536/16 a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia.

Observaciones preliminares

34 Con carácter preliminar, es preciso señalar que si bien, tanto en el asunto C-523/16 como en el asunto C-536/16, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente versan de manera muy general sobre la interpretación del Derecho de la Unión, sin más precisiones, sin embargo dicho órgano jurisdiccional puntualizó en sus resoluciones de remisión, que albergaba dudas sobre la compatibilidad del artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos con, por un

lado, el artículo 51 de la Directiva 2004/18 y los principios de máxima apertura a la competencia, de igualdad de trato, de transparencia y de proporcionalidad y, por otro, el artículo 59, apartado 4, párrafo segundo, 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).

35 Sin embargo, atendiendo a las fechas de publicación de los anuncios de licitación de que se trata en el asunto principal, a saber, enero de 2016 en el asunto C-523/16 y el mes de octubre de 2014 en el asunto C-536/16, la Directiva 2014/24, cuyo plazo de transposición expiró, con arreglo a su artículo 90, el 18 de abril de 2016, no es aplicable *ratione temporis* a los litigios principales.

36 En efecto, esas fechas son necesariamente posteriores al momento en que el poder adjudicador eligió el tipo de procedimiento que iba a seguir y decidió con carácter definitivo si tenía o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación antes de adjudicar el contrato público en cuestión. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la directiva aplicable en el ámbito de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir. En cambio, son inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de transposición ha expirado después de ese momento (véanse, en este sentido, las sentencias del 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, apartados 36, 37, 41 y 42; de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos, C-576/10, EU:C:2013:510, apartados 52 a 54; de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartados 31 a 33; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 83, y de 27 de octubre de 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, apartados 31 y 32).

37 Por otra parte, es preciso señalar que, dado el objeto del contrato controvertido en el asunto C-523/16, todo indica que, como señaló la Comisión, debe aplicarse la Directiva 2004/17 y no la Directiva 2004/18.

38 Pues bien, la Directiva 2004/17 no contiene disposiciones equivalentes a las del artículo 51 de la Directiva 2004/18.

39 Sin embargo, cabe recordar, a este respecto, que, a pesar de que en la Directiva 2004/17 no exista ninguna disposición expresa en este sentido, el Tribunal de Justicia ha admitido que el poder adjudicador pueda requerir a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición de que se cumplan una serie de exigencias, y, en particular, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 29 a 39 y jurisprudencia citada).

40 Por otra parte, de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia resulta que el artículo 230 del Código de contratos públicos prevé que el artículo 38, apartado 2 *bis*, del citado Código es aplicable a los sectores especiales a los que se refiere la Directiva 2004/17.

41 Por último, como se ha recordado en el apartado 34 de la presente sentencia, aunque desde un punto de vista formal el órgano jurisdiccional remitente haya limitado sus cuestiones prejudiciales a la interpretación del artículo 51 de la Directiva 2004/18, tal circunstancia no impide que el Tribunal de Justicia le facilite todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce con independencia de que ese órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de estas cuestiones (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, apartado 8, y de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, C-532/06, EU:C:2008:40, apartado 23).

42 En tales circunstancias, con la precisión de que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar cuál es la Directiva aplicable en el asunto C-523/16, debe entenderse que las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia en las dos peticiones de decisión prejudicial de que conoce versan no sólo sobre el artículo 51 de la Directiva 2004/18, sino también, en sentido más amplio, sobre los principios de adjudicación de los contratos públicos, en particular los principios de igualdad de trato y de transparencia, a los que se refiere tanto el artículo 10 de la Directiva 2004/17, como el artículo 2 de la Directiva 2004/18, así como sobre el principio de proporcionalidad.

Sobre las cuestiones prejudiciales

43 Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que es preciso examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 51 de la Directiva 2004/18, los principios relativos a la adjudicación de los contratos públicos, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de transparencia recogidos en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 y en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y el principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece un mecanismo de subsanación de defectos de tramitación, en virtud del cual el poder adjudicador puede, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, invitar a todo licitador cuya oferta adolezca de irregularidades sustanciales, en el sentido de la citada normativa, a regularizar su oferta, sujeto al requisito de que pague una sanción pecuniaria, cuya elevada cuantía, fijada de antemano por el poder adjudicador y garantizada mediante el depósito provisional, no puede ser modulada en función de la gravedad de la irregularidad que se subsana.

44 En primer lugar, es preciso recordar que el artículo 51 de la Directiva 2004/18 establece que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50 de la citada Directiva.

45 Así pues, esta disposición se limita a prever la mera posibilidad de que el poder adjudicador invite a los licitadores que presenten una oferta en el marco de un procedimiento de licitación a completar o a hacer más explícita la documentación que deben aportar para que se aprecien las condiciones de admisibilidad de su oferta, que acrediten su capacidad económica y financiera y sus conocimientos o capacidades profesionales y técnicos. Ni ésta ni ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18 contiene precisión alguna sobre las modalidades con arreglo a las cuales puede producirse esa regularización o sobre los requisitos a los que, en su caso, puede estar supeditada.

46 De las consideraciones anteriores resulta que, en el marco de las medidas de transposición de la Directiva 2004/18 que los Estados miembros deben adoptar, estos son, en principio, como ha señalado el Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, libres no sólo de recoger tal posibilidad de regularización de las ofertas en su Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 35), sino también de regularla.

47 Así pues, los Estados miembros pueden, por esa razón, decidir supeditar esa posibilidad de regularización al pago de una sanción pecuniaria, como prevé, en este caso el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos.

48 Sin embargo, en la aplicación de la posibilidad prevista en el artículo 51 de la Directiva 2004/18, los Estados miembros deben tratar de no comprometer la realización de los objetivos perseguidos por dicha Directiva y de no menoscabar el efecto útil de sus disposiciones ni vulnerar las otras disposiciones y principios pertinentes del Derecho de la Unión, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, apartado 34).

49 Es preciso recordar asimismo que el artículo 51 de la Directiva 2004/18 no puede interpretarse en el sentido de que permite que el poder adjudicador admita cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión del licitador (sentencias de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 46, y de 10 de noviembre de 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, apartado 30).

50 En segundo lugar, aunque la Directiva 2004/17 no contenga ninguna disposición equivalente al artículo 51 de la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia ha declarado que ninguna de esas dos Directivas se opone a que los datos relativos a la oferta de un licitador puedan corregirse o completarse de manera puntual, en particular cuando sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartado 29, y jurisprudencia citada).

51 En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que una petición de aclaraciones no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 40, y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartado 33).

52 En efecto, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartado 31).

53 En tercer lugar, es preciso recordar que, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, y que la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros debe respetar, como resulta tanto del considerando 9 de la Directiva 2004/17 como del considerando 2 de la Directiva 2004/18, las medidas adoptadas por los Estados miembros no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartados 48 y 61; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartados 21 y 23; de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 33, y de 22 de octubre de 2015, Impresa Edilux y SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, apartado 29).

54 A la luz de las consideraciones anteriores, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único competente para declarar y apreciar los hechos de los litigios principales, examinar, si, teniendo en cuenta las circunstancias de los dos asuntos principales, las regularizaciones solicitadas por las entidades adjudicadoras tenían por objeto la comunicación de documentos cuya falta debía llevar a la exclusión de los licitadores o si, en caso contrario, constituían claramente meras solicitudes de aclaración de ofertas que necesitaban ser puntualmente corregidas o completadas o ser objeto de una corrección de errores materiales manifiestos.

55 Así las cosas, es preciso señalar, como ha indicado el Abogado General en los puntos 60 y 61 de sus conclusiones, que el concepto mismo de irregularidad sustancial, que no se define en el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos, no parece compatible ni con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva 2004/18 ni con las exigencias a las que supedita la aclaración de una oferta en el marco de un contrato público que se rige por la Directiva 2004/17, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia.

56 De las consideraciones anteriores resulta que el mecanismo de subsanación de defectos de tramitación previsto en el artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos no puede aplicarse en el supuesto de que la oferta presentada por el licitador no pueda ser regularizada o aclarada en el sentido de la jurisprudencia recordada en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia y que, por lo tanto, no se le puede imponer sanción alguna en ese caso.

57 En tales circunstancias, únicamente correspondería al órgano jurisdiccional remitente examinar si las sanciones pecuniarias impuestas en los dos asuntos principales en aplicación del artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos se han ajustado al principio de proporcionalidad en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que las solicitudes de regularización o de aclaración formuladas por las entidades adjudicadoras respondían a las exigencias recordadas en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia.

58 No obstante, el Tribunal de Justicia, que ha de facilitar respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, es competente para proporcionarle indicaciones, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que le han sido presentadas, que permitan a ese tribunal pronunciarse (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros, C-328/91, EU:C:1993:117, apartado 13; de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 36, y de 21 de septiembre de 2017, SMS group, C-441/16, EU:C:2017:712, apartado 48).

59 En el presente caso, es preciso señalar que, con arreglo al artículo 38, apartado 2 *bis*, del Código de contratos públicos, corresponde al poder adjudicador fijar, dentro de los límites definidos en esa disposición, la cuantía de la sanción pecuniaria que puede imponerse al licitador que debe regularizar su oferta.

60 El órgano jurisdiccional remitente llama la atención del Tribunal de Justicia sobre el hecho de que fija de antemano la sanción pecuniaria y su cuantía es elevada y no puede ser modulada en función de la gravedad de la irregularidad que se subsana. Además, precisa que el establecimiento de tal sanción se justifica por la necesidad, por un lado, de responsabilizar a los licitadores, a los que se compele a preparar con cuidado y diligencia su oferta, y, por otro, de compensar la carga suplementaria que representa para el poder adjudicador cualquier regularización.

61 A este respecto, es preciso señalar, en primer lugar, que el establecimiento previo por el poder adjudicador de la cuantía de la sanción en el anuncio de licitación responde ciertamente, como ha señalado la Comisión Europea en sus observaciones escritas, a las exigencias que se derivan de los principios de igualdad de trato entre los licitadores, de transparencia y de seguridad jurídica, en la medida en que permite objetivamente evitar cualquier trato discriminatorio o arbitrario de estos por dicho poder adjudicador.

62 Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación automática de la sanción así predeterminada, al margen del carácter de las regularizaciones realizadas por el licitador negligente y, por lo tanto, sin que tampoco exista motivación individualizada alguna, no parece compatible con las exigencias que resultan del respeto del principio de proporcionalidad.

63 En segundo lugar, es preciso señalar que la imposición de una sanción pecuniaria constituye, en efecto, un medio adecuado para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por el Estado miembro, que responde a la necesidad, por un lado, de responsabilizar a los licitadores en la presentación de sus ofertas y, por otro, de compensar la carga financiera que toda regularización puede representar para el poder adjudicador.

64 No obstante, como ha señalado el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, cuantías de sanciones, como las fijadas en los anuncios de licitación por las entidades adjudicadoras en los dos litigios principales, parecen manifiestamente desproporcionadas como tales, dados los límites a los que

debe ajustarse tanto la regularización de una oferta conforme al artículo 51 de la Directiva 2004/18 como la aclaración de una oferta en el marco de la Directiva 2004/17. Así sucede, en particular, en el caso de una sanción, como la impuesta por el poder adjudicador en el asunto C-523/16, que parece manifiestamente excesiva a la vista de los hechos reprochados, a saber, la falta de firma de una declaración de compromiso que contiene la designación de la empresa principal de la unión que presenta la oferta.

65 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, es preciso responder a las cuestiones prejudiciales planteadas de la manera siguiente:

– El Derecho de la Unión, en particular el artículo 51 de la Directiva 2004/18, los principios relativos a la adjudicación de los contratos públicos, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de transparencia recogidos en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 y en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y el principio de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una normativa nacional que establece un mecanismo de subsanación de defectos de tramitación, en virtud del cual el poder adjudicador puede, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, invitar a todo licitador cuya oferta adolezca de irregularidades sustanciales, en el sentido de dicha normativa, a regularizar su oferta, sujeto al requisito de que abone una sanción pecuniaria, siempre que la cuantía de esa sanción se siga ajustando al principio de proporcionalidad, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar.

– En cambio, esas mismas disposiciones y principios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece un mecanismo de subsanación de defectos de tramitación en virtud del cual el poder adjudicador puede exigir a un licitador, mediante el abono por parte de éste de una sanción pecuniaria, que subsane la falta de un documento que, según las estipulaciones expresas de los documentos de la licitación, debe llevar a su exclusión, o que elimine las irregularidades que afectan a su oferta de tal modo que las correcciones o modificaciones efectuadas equivalgan a la presentación de una nueva oferta.

Costas

66 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El Derecho de la Unión, en particular el artículo 51 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, los principios relativos a la adjudicación de los contratos públicos, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de transparencia recogidos en el artículo 10 de 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, y en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y el principio de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una normativa nacional que establece un mecanismo de subsanación de defectos de tramitación, en virtud del cual el poder adjudicador puede, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, invitar a todo licitador cuya oferta adolezca de irregularidades sustanciales,

en el sentido de dicha normativa, a regularizar su oferta, sujeto al requisito de que abone una sanción pecuniaria, siempre que la cuantía de esa sanción se siga ajustando al principio de proporcionalidad, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar.

En cambio, esas mismas disposiciones y principios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece un mecanismo de subsanación de defectos de tramitación en virtud del cual el poder adjudicador puede exigir a un licitador, mediante el pago por éste de una sanción pecuniaria, que subsane la falta de un documento que, según las estipulaciones expresas de los documentos de la licitación, debe llevar a su exclusión, o que elimine las irregularidades que afectan a su oferta de tal modo que las correcciones o modificaciones efectuadas equivalgan a la presentación de una nueva oferta.

Firmas