Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 8 de septiembre de 2015 [1]

Asunto C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
contra
Zarząd Oczyszczania Miasta

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)]

«Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Artículo 48, apartado 3 — Capacidad tecnológica y profesional de un operador económico — Recurso de los licitadores a las capacidades de otras entidades "en su caso" — Carácter de los vínculos entre el licitador y dichas otras entidades — Forma y nivel de utilización de las capacidades de otras entidades — Datos exigidos en el anuncio de licitación — Pertinencia de la Directiva 2014/24/UE para la interpretación de la Directiva 2004/18»

I. **Introducción**

1. La presente petición de decisión prejudicial del Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recursos) versa sobre dos cuestiones jurídicas que son relevantes para el ámbito de la legislación en materia de contratación pública y sobre una tercera que aborda la cuestión, de mayor alcance, de en qué medida una Directiva que aún no ha entrado en vigor en el período pertinente *ratione temporis* y cuyo período de transposición no ha expirado, puede servir de ayuda para interpretar la Directiva que va a sustituir.

2. En esencia, el Zarząd Oczyszczania Miasta (Servicio municipal de limpieza; en lo sucesivo, «poder adjudicador»), una entidad administrativa de la ciudad de Varsovia, excluyó a PARTNER Dariusz Apelski (en lo sucesivo, «PARTNER») del procedimiento de adjudicación de un contrato público para la limpieza mecánica de las vías públicas de Varsovia. Procedió de este modo porque no estaba convencido de que PARTNER pudiera ejecutar debidamente el contrato, dado que parte de su oferta incluía servicios que debían ser prestados por un tercero situado en otra ciudad polaca que se encuentra a una distancia considerable.

3. En el primer grupo de cuestiones planteadas por el Krajowa Izba Odwoławcza, se interroga al Tribunal de Justicia fundamentalmente, o incluso exclusivamente, acerca de la prueba que debe aportar un operador económico cuando se basa en «las capacidades de otras entidades» para un contrato determinado, con arreglo al artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. [2]

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

Estas cuestiones incluyen preguntas acerca del contenido del anuncio de licitación y la aclaración de la oferta. El segundo grupo de cuestiones se refiere a las circunstancias en las que una subasta electrónica ya finalizada llevada a cabo por un poder adjudicador debe declararse nula por irregularidades en el proceso de licitación.

4. Por último, mediante la última cuestión, se interroga al Tribunal de Justicia acerca de si la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2104, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE [3] puede servir de referencia para interpretar la Directiva 2004/18 a fin de resolver los problemas planteados, a pesar de que la Directiva 2014/24 aún no había entrado en vigor en el momento en que el procedimiento de adjudicación del contrato se hizo público.

II. **Marco jurídico**

A. *Directiva 2004/18*

5. El artículo 2 de la Directiva 2004/18, titulado «Principios de adjudicación de contratos», establece que «los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

6. El artículo 44 de la Directiva 2004/18, rubricado «Verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos», tiene el siguiente tenor:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, habida cuenta del artículo 24, previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46. Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3.

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

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

Dichos niveles mínimos se indicarán en el anuncio de licitación.

[...].»

7. El artículo 48 de la Directiva 2004/18, que lleva por título «Capacidad técnica y profesional», dispone:

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

3 — DO L 94 p. 65.

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

a) i) [...]

ii) presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado.

[...].

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

[...].»

8. El artículo 51 de la Directiva 2004/18, que se titula «Documentación e información complementaria», prevé que «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».

9. El artículo 54 de la Directiva 2004/18, rubricado «Utilización de subastas electrónicas», establece:

«1. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen subastas electrónicas.

[...]

4. Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores procederán a una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con el (los) criterio(s) de adjudicación y con su ponderación, tal como se hayan establecido.

Se invitará simultáneamente por medios electrónicos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios y/o nuevos valores; [...]

[...]

8. Una vez concluida la subasta electrónica, los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato de conformidad con el artículo 53, en función de los resultados de la subasta electrónica.

Los poderes adjudicadores no podrán recurrir a las subastas electrónicas de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada o que se vea modificado el objeto del contrato tal como se ha sometido a licitación mediante la publicación del anuncio de licitación y definido en el pliego de condiciones.»

B. *Directiva 2014/24*

10. El artículo 63 de la Directiva 2014/24, titulado «Recurso a las capacidades de otras entidades», tiene el siguiente tenor:

«1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

[...]

2. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador [...].»

11. El artículo 90 de la Directiva 2014/24, titulado «Transposición y disposiciones transitorias» prevé en su apartado 1 que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones». Con arreglo a su artículo 93, la Directiva 2014/24 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, que se produjo el 28 de marzo de 2014.

III. **Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales**

12. El poder adjudicador convocó un procedimiento de adjudicación de un contrato público para la «limpieza mecánica general de las carreteras de Varsovia durante las campañas de invierno y de verano de los años 2014 a 2017-Etapa I». El procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 24 de diciembre de 2013, ya que su valor superaba los umbrales de la Unión. El poder adjudicador dividió el contrato en ocho lotes, que cubrían los diferentes barrios de Varsovia, y autorizó a los licitadores a presentar ofertas individualmente para cada lote, sin limitar el número de lotes para los que un operador económico podía presentar una oferta. El procedimiento se llevó a cabo en forma de procedimiento abierto (licitación abierta) y preveía la celebración de una subasta.

13. En invierno, la limpieza consiste en la prevención y la eliminación de las placas de hielo mediante el esparcimiento de sal y el arado de las carreteras nacionales, regionales, comarcales y municipales por las que circula el transporte público urbano. En verano, la limpieza consiste en barrer y regar las carreteras. Conforme al pliego de condiciones, los operadores económicos tenían que demostrar haber realizado o estar realizando en la actualidad uno o más servicios consistentes en el mantenimiento de las carreteras en invierno por un importe de, al menos, 1 000 000 de PLN en los tres años anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas o, cuando la duración de la actividad hasta la fecha hubiese sido inferior, durante el tiempo correspondiente.

14. El poder adjudicador indicó que, para apreciar el cumplimiento de este requisito, únicamente se tendrían en cuenta aquellos servicios en los que, para eliminar las placas de hielo, se hubiera empleado el llamado «método de la sal húmeda».[4] El poder adjudicador observó asimismo que, si se presentaban ofertas para más de un lote, el operador económico debía acreditar la prestación de servicios con valores proporcionalmente superiores, es decir, de 1 000 000 de PLN multiplicado por el número de lotes para los que presentaban una oferta. Por consiguiente, un operador económico que hubiese presentado ofertas para ocho lotes, debía demostrar que había prestado servicios por un valor de, al menos, 8 000 000 de PLN.[5]

15. En la lista de servicios adjunta a su oferta, PARTNER enumeró catorce servicios: en doce de ellos invocó su propia experiencia y, en dos, se basó en la experiencia de PUM Sp. z o.o. (en lo sucesivo, «PUM»), empresa establecida en Grudziądz (ciudad situada a aproximadamente 227 km de Varsovia), como entidad a la que PARTNER recurría. PARTNER acompañó su oferta de un compromiso de PUM de «poner a su disposición los medios necesarios». El compromiso establecía la manera en que se emplearían los medios puestos a disposición, a saber: servicios de asesoramiento, entre ellos, formación de los trabajadores del operador económico, y servicios de consultoría al operador económico, incluido apoyo para resolver los problemas que pudiesen surgir en la fase de ejecución del contrato.

16. Tras comunicarle el poder adjudicador el 11 de marzo de 2014 que consideraba que no disponía de los recursos necesarios para la ejecución del contrato, PARTNER respondió, el 18 de marzo de 2014, que, si el poder adjudicador consideraba insuficiente la experiencia acreditada, dicha experiencia debía imputarse a las ofertas presentadas para los lotes en el siguiente orden: lotes V, I, II, III, VIII, IV, VII y VI. A este respecto, alegó que cuando un operador económico presenta una oferta para varios lotes, dicha oferta puede valorarse de forma independiente para cada uno de ellos. Por lo tanto, no puede excluirse a un operador económico y rechazar su oferta con respecto a la totalidad del contrato, sino únicamente en relación con cada uno de los lotes para los que no cumpla los requisitos.

17. El poder adjudicador no tuvo en cuenta la experiencia parcial de PARTNER y lo excluyó del procedimiento para todos los lotes, con arreglo al artículo 24, apartado 2, número 4, de la Ley de contratos públicos (Ustawa PZP),[6] basándose en que no había demostrado el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento. El poder adjudicador consideró que, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las particularidades de los trabajos a desarrollar, la necesidad de conocer la topografía de la ciudad y las restricciones temporales para lograr los niveles de mantenimiento específicos de invierno, no era posible cumplir correctamente con la obligación derivada del procedimiento sin la intervención directa de PUM en la ejecución de los trabajos previstos en el contrato. Posteriormente, el poder adjudicador organizó una subasta electrónica a la que no se invitó a PARTNER a participar.

18. En su recurso ante la Krajowa Izba Odwoławcza PARTNER alegó que el poder adjudicador había examinado y evaluado incorrectamente las ofertas. Adujo que el poder adjudicador no había señalado en el pliego de condiciones que el requisito de la posesión de conocimientos técnicos y experiencia relevantes sólo podía cumplirse si la entidad que ponía a disposición de PARTNER sus conocimientos técnicos y experiencia participaba personalmente en la ejecución del contrato, ni que debían acreditarse conocimientos topográficos.

4 — Es decir, utilizando cloruro sódico o una mezcla de cloruro sódico y cloruro cálcico que se humedece y forma una solución salina mientras es esparcida.

5 — De la resolución de remisión se desprende que, en la vista celebrada ante el órgano jurisdiccional remitente, el poder adjudicador declaró que había evaluado el cumplimiento de ese requisito sumando los valores de todos los servicios acreditados y reconocidos, y posteriormente dividiéndolos por 1 000 000, obteniendo así el número de lotes para los que el operador económico en cuestión cumplía tal requisito.

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Ley de contratos públicos) (texto consolidado, *Dziennik Ustaw* de 2013, sección 907). El artículo 24, apartado 2, punto 4 establece que «quedan también excluidos del procedimiento de adjudicación del contrato aquellos operadores económicos que: [...] no hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento [...]».

19. La Krajowa Izba Odwoławcza planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 48, apartado 3, en relación con el artículo 2 de la Directiva 2004/18 […] en el sentido de que, cuando señala que "en su caso" el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, se refiere a todos los casos en los que el operador económico en cuestión no disponga de la cualificación exigida por el poder adjudicador y quiera valerse de las capacidades de otras entidades? ¿O debe entenderse la indicación de que el operador económico podrá basarse únicamente "en su caso" en las capacidades de otras entidades como una restricción, en el sentido de que tal referencia sólo es admisible excepcionalmente y no como norma en el marco de la prueba de la cualificación de los operadores económicos en el procedimiento de adjudicación?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 48, apartado 3, en relación con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, en el sentido de que basarse en las capacidades de otras entidades "independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas" por parte del operador económico y "disponer de los medios" de estas entidades significa que el operador económico puede no tener vínculos o tenerlos muy escasos e indeterminados con estas entidades al ejecutar el contrato, es decir, que puede ejecutar el contrato por sí mismo (sin participación de otra entidad) o que tal participación puede consistir en un "asesoramiento", una "consulta" o una "formación", etc.? ¿O debe interpretarse el artículo 48, apartado 3, en el sentido de que la entidad en cuyas capacidades se basa el operador económico debe ejecutar efectiva y personalmente el contrato en la medida en que se hayan indicado sus capacidades?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 48, apartado 3, en relación con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, en el sentido de que el operador económico que tenga experiencia propia, pero menor de la que desea indicar al poder adjudicador (por ejemplo, insuficiente para poder presentar una oferta para la ejecución de la totalidad del contrato), puede utilizar las capacidades de otras entidades para mejorar sus perspectivas en el procedimiento de adjudicación?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 48, apartado 3, en relación con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, en el sentido de que el poder adjudicador puede (o incluso, debe) establecer en el anuncio [de licitación] o en el pliego de condiciones los principios en virtud de los cuales el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, por ejemplo, la forma en que debe participar la otra entidad en la ejecución del contrato, la manera en que pueden unirse las capacidades del operador económico y las de la otra entidad, si la otra entidad responde solidariamente con el operador económico de la ejecución correcta del contrato en la medida en que el operador económico se haya basado en las capacidades de la otra entidad?

5) ¿Permite el principio de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos, recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, una remisión a las capacidades de otra entidad con arreglo al artículo 48, apartado 3, en virtud de la cual se suman las capacidades de dos o más entidades que, en cuanto a conocimientos técnicos y experiencia, no tienen las capacidades exigidas por el poder adjudicador?

6) ¿Permite de este modo el principio de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos, recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, una interpretación de los artículos 44 y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en el sentido de que los requisitos establecidos por el poder adjudicador para la participación en el procedimiento de adjudicación sólo necesitan cumplirse formalmente a los efectos de poder participar en el procedimiento, independientemente de las cualificaciones reales del operador económico?

7) ¿Permite el principio de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos, recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, que el operador económico, en la medida en que sea lícita la presentación de una oferta para una parte del contrato, indique después de la presentación de las ofertas, por ejemplo en el marco de una ampliación o una aclaración de los documentos, a qué parte del contrato se refieren las capacidades especificadas por él para probar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento?

8) ¿Permiten los principios de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos y de transparencia recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 que se declare nula una subasta ya efectuada y que se repita una subasta electrónica cuando no se llevó a cabo debidamente en algún aspecto elemental, cuando, por ejemplo, no todos los operadores económicos que habían presentado ofertas válidas fueron invitados a participar?

9) ¿Permiten los principios de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos y de transparencia, recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, que se adjudique el contrato a un operador económico, cuya oferta resultó seleccionada en una subasta no realizada debidamente y que no se repitió, cuando no pueda comprobarse si la participación del operador económico no tenido en cuenta hubiese alterado el resultado de la subasta?

10) ¿Pueden utilizarse para la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18 el contenido de las disposiciones y de los considerandos de la Directiva 2014/24 [...] como guía interpretativa, aunque no haya finalizado el plazo para su transposición, en la medida en que aclara algunas presunciones e intenciones del legislador de la Unión y no contradice las disposiciones de la Directiva 2004/18?»

20. Han presentado observaciones escritas PARTNER, Remondis sp. z o.o. y MR Road Service sp. Z o.o., partes coadyuvantes en el litigio principal, los Gobiernos de España, Letonia y Polonia, así como la Comisión. Todas esas partes, a excepción del Gobierno de Lituania, participaron en la vista que se celebró el 7 de mayo de 2015, así como el poder adjudicador, aunque éste último no presentó observaciones escritas.

IV. **Análisis**

A. *Cuestiones prejudiciales relativas al recurso a las capacidades técnicas y profesionales de otro operador económico (cuestiones prejudiciales primera, segunda, tercera, quinta y sexta)*

21. Mediante estas cuestiones prejudiciales, que examinaré conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, orientación sobre las circunstancias en las que un licitador puede basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades en lo que respecta a las competencias tecnológicas y/o profesionales, cuando presenta una oferta para un contrato específico. Este mecanismo está previsto en el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18. Desde mi punto de vista, estas cuestiones suscitan fundamentalmente tres dudas. Se trata de: 1) el derecho de un licitador a basarse en capacidades externas para cumplir los requisitos del contrato relativos a la capacidad técnica y/o profesional; 2) la realidad del recurso a las capacidades de terceros, y 3) si estas capacidades pueden transmitirse, en el sentido de que pueden invocarse atendiendo a la naturaleza y al objetivo del contrato en cuestión. Huelga decir que el artículo 2, que consagra el principio general de no discriminación y transparencia, es pertinente para responder a todas estas cuestiones.

22. En primer lugar, procede subrayar la diferencia existente entre el recurso a las capacidades de otras entidades en el marco del artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, y la subcontratación prevista en el artículo 25 de la misma. Como ha señalado el Gobierno de España en sus observaciones escritas, ambos mecanismos jurídicos difieren en dos aspectos. En cuanto al recurso a las capacidades de un

tercero, éstas quedan incorporadas a las del licitador antes de la adjudicación del contrato, mientras que la subcontratación se produce en el momento de la ejecución del contrato. En segundo lugar, la subcontratación está sujeta a limitaciones que no se aplican al recurso a las capacidades de terceros. [7]

1. Derecho del operador económico a basarse en capacidades externas

23. La expresión «en su caso», contenida en el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 no limita de forma sustancial las circunstancias en las que un operador económico puede basarse en los medios de un tercero al presentar una oferta para un contrato público.

24. En mis conclusiones en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) señalé que del tenor del artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 se desprende el derecho de los operadores económicos a elegir ese método de cumplimiento de los criterios de selección, siempre que puedan acreditar que tienen efectivamente a su disposición los recursos de las demás entidades en cuestión que sean necesarios para ejecutar el contrato controvertido. [8] Esta interpretación es la que más se ajusta al objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible, y al fomento del acceso a dichos contratos a las pequeñas y medianas empresas.

25. Además, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) que la naturaleza jurídica de los vínculos entre el operador económico y la tercera entidad o entidades a la que tiene intención de recurrir es irrelevante, [9] extremo que fue confirmado posteriormente por el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18.

26. Por lo tanto, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en principio nada obsta a que un licitador se base adicionalmente en las capacidades de otras entidades a efectos de mejorar su situación en el procedimiento de contratación. No obstante, ello está sujeto a las limitaciones que expondré a continuación. Como indicó la Comisión en sus observaciones escritas, lo importante es que el licitador *disponga efectivamente* de las capacidades de otras entidades para la adecuada ejecución del contrato. No es necesario que esta «disposición» revista una forma jurídica específica.

2. Realidad de las capacidades de terceros invocadas por el licitador

27. Sin perjuicio de lo que se ha expuesto en los puntos anteriores, incumbe a los licitadores que se basan en los recursos de otras entidades acreditar ante el poder adjudicador que disponen efectivamente de ellos. [10] Desde esta perspectiva, el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 bien podría contemplarse como una disposición que impone una exigencia de prueba y que deja en manos del poder adjudicador la potestad para apreciarla. De conformidad con el artículo 44, apartado 1, de la Directiva 2004/18, corresponde a los poderes adjudicadores verificar la aptitud de los

7 — El artículo 25 de la Directiva 2004/18 prevé que, en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en su oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. La disposición establece además que ello se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad del operador económico principal.

8 — Punto 24. Véanse, asimismo, las sentencias Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), apartado 46; Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), y Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto Swm Costruzioni y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punto 22. Esta postura se basa en la apreciación del Tribunal de Justicia en las sentencias Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) y Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), en las que los vínculos jurídicos controvertidos se referían a empresas del mismo grupo. Véanse los puntos 20 a 22 de las conclusiones.

10 — Véanse mis conclusiones en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punto 23.

candidatos o licitadores con arreglo a los criterios contemplados en los artículos 47 a 52 de la Directiva 2004/18.[11] En otras palabras, tal como pusieron de relieve en la vista el poder adjudicador y el Gobierno de Polonia, un poder adjudicador está obligado a garantizar que el adjudicatario puede ejecutar efectivamente el contrato de forma adecuada.

28. El objetivo de las disposiciones de la Directiva 2004/18 relativas a la participación de terceros en la ejecución de contratos públicos es evitar que una empresa pueda tener acceso a un procedimiento de adjudicación de un contrato pese a no poseer los medios necesarios para ejecutarlo. En consecuencia, el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 prohíbe que un poder adjudicador adopte un enfoque meramente formal respecto de la prueba presentada por el licitador, como consecuencia de las obligaciones a las que está sujeto. Dicho de otro modo, no puede admitirse que un licitador se base en las capacidades de un tercero si lo hace únicamente con el fin de cumplir formalmente el requisito relativo a la capacidad mínima previsto en el anuncio de licitación.

3. Transmisión de las capacidades tecnológicas y profesionales

29. En la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), el Tribunal de Justicia interpretó los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18, en el sentido de que se oponen a una regla general que prohíbe a los operadores económicos que participan en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras basarse, para una misma categoría de cualificación, en las capacidades de varias empresas. No obstante, el Tribunal de Justicia añadió que «no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades [...] de varios operadores» y que «en ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico».[12]

30. No obstante, dicho esto, la problemática que se suscita es si las capacidades tecnológica y profesional estipuladas en el anuncio de licitación son transmisibles. En el supuesto de que no lo sean, PARTNER no podrá ser clasificada como licitadora.

31. La transmisibilidad de las capacidades tecnológicas se refiere a la cuestión de si la tecnología o el conocimiento especializado pueden transmitirse eficazmente de un operador económico a otro, por ejemplo, a través de la prestación de servicios de consultoría o de asesoramiento. Asimismo, en sus observaciones escritas, las partes realizan ciertas manifestaciones que versan sobre si esas capacidades de las diferentes entidades pueden sumarse en general, enfoque que, en mi opinión, es el que adoptó el legislador de la Unión en el artículo 48 de la Directiva 2004/14. No obstante, la verdadera controversia que se plantea en el litigio principal es si PUM podía transmitir su capacidad tecnológica a PARTNER sin participar directamente en la ejecución del contrato. La controversia no se refiere al mero hecho de sumar capacidades similares a aquellas de las que PARTNER ya dispone.

32. Ello depende, en gran parte, de las circunstancias, de la naturaleza y del objeto del contrato. Existen capacidades que son transmisibles. Imaginemos un procedimiento de adjudicación convocado por un prestador de servicios de sanidad pública relativo a pruebas de cribado de un tipo de cáncer utilizando tecnología estándar que deben realizarse a un grupo concreto de personas. Imaginemos además que las condiciones de la licitación disponen que, en aquellos casos que no estén claros, un especialista con una cualificación profesional específica superior debe confirmar los resultados. En estas circunstancias, no parece haber ninguna razón que justifique que un licitador no pueda recurrir a un

11 — Sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 26. Véase, en este sentido, la sentencia Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), apartado 28.

12 — Sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 35.

tercero que preste los servicios de consultoría necesarios. No obstante, si el contrato se refiriese al cribado a través de una metodología nueva y no estándar, el poder adjudicador podría exigir razonablemente que el licitador reuniese por sí mismo la capacidad pertinente. En este caso, de lo que se trata es de la circunstancias de hecho del procedimiento de adjudicación del contrato.

33. Por consiguiente, como ya he indicado, debe prestarse atención a la naturaleza de cada contrato y a la necesidad que debe atenderse. Esta es una cuestión que debe apreciar el órgano jurisdiccional nacional.

34. La cuestión de si un poder adjudicador puede requerir la participación de una tercera entidad en la ejecución del contrato, como único medio para demostrar que el licitador en cuestión dispone de las capacidades relevantes, también debe examinarse atendiendo a cada caso concreto. Todo dependerá de la naturaleza y del objeto del contrato. Desde mi punto de vista, es fácil prever situaciones en las que el compromiso en cuestión reviste un grado de dificultad técnica tal que su ejecución deba encomendarse al tercero que posee el conocimiento especializado pertinente, en lugar de llevarse a cabo directamente por el propio licitador con el asesoramiento de dicho tercero.

4. Conclusión provisional

35. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera, segunda, tercera, quinta y sexta del siguiente modo: los artículos 44 y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con su artículo 2, deben interpretarse en el sentido de que el término «en su caso» no limita de forma sustancial las circunstancias en las que un operador económico puede basarse en las capacidades de otras entidades para probar ante el poder adjudicador que cuenta con la capacidad tecnológica y/o profesional necesaria para ejecutar un contrato público determinado. La naturaleza jurídica de los vínculos entre el operador económico y la tercera entidad es irrelevante, pero el operador económico deberá poder probar ante el poder adjudicador que tiene efectivamente a su disposición todos los medios para dar cumplimiento al contrato. Un licitador podrá basarse en las capacidades de otras entidades para demostrar su capacidad tecnológica y/o profesional, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la naturaleza y del objeto del contrato cuya ejecución se requiere.

B. *Anuncio de licitación, pliego de condiciones y responsabilidad solidaria (cuarta cuestión prejudicial)*

36. Mediante la cuarta cuestión prejudicial se pregunta, en esencia, si el poder adjudicador puede (o incluso, debe) establecer en el anuncio del contrato o en el pliego de condiciones los principios en virtud de los cuales los licitadores podrán basarse o no en las capacidades de otras entidades. Más concretamente, ¿puede el poder adjudicador establecer la forma en la que un licitador está obligado a participar en la ejecución del contrato, la manera en que pueden unirse las capacidades del licitador en cuestión y las de la otra entidad, y responde la otra entidad solidariamente con el licitador por la correcta ejecución del contrato en la medida en que el licitador se haya basado en sus capacidades?

37. En sus observaciones escritas, el Gobierno de España afirma que el anuncio de licitación o el pliego de condiciones deben estipular los principios en virtud de los cuales un licitador puede basarse en las capacidades de otras entidades, siempre que dichos requisitos sean proporcionados y estén directamente vinculados al objeto del contrato en cuestión. Las observaciones escritas del Gobierno de Polonia siguen esta misma línea.

38. Sin embargo, desde mi punto de vista, la postura correcta es la que sostiene la Comisión. En sus observaciones escritas, ésta alega que, dado que los licitadores tienen derecho a basarse en las capacidades de terceras entidades, los poderes adjudicadores no están autorizados a imponer ninguna condición expresa que pueda obstaculizar este derecho. El licitador está facultado para determinar la manera en la que accederá a estas capacidades. La Comisión sostiene acertadamente que, por razones

prácticas, podría resultar casi imposible para el poder adjudicador establecer con antelación los requisitos relativos a la forma en que se puede recurrir a las capacidades de terceros, puesto que no pueden predecirse con antelación todas las posibles situaciones en las que se utilizan capacidades ajenas. Por supuesto, lo anterior se entiende sin perjuicio de la falta de criterios enunciados en la jurisprudencia establecida en el asunto Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), relativa a los casos en los que este recurso queda excluido.

39. Los principios generales desarrollados por el Tribunal de Justicia relativos al anuncio de licitación y al pliego de condiciones y el *principio de transparencia* son pertinentes a efectos de la presente cuestión. Es preciso recordar que la obligación de transparencia tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador, [13] y que el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia prohíben al poder adjudicador descartar una oferta que reúna los requisitos del anuncio de licitación fundándose en motivos no previstos en el citado anuncio. [14] Es preciso observar asimismo que el artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2004/18 prevé que las especificaciones técnicas «deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia», mientras que, de conformidad con el artículo 23, apartado 3, letra c), las necesidades técnicas podrán incluir exigencias de rendimiento.

40. Desde mi punto de vista, si se dan los requisitos específicos establecidos en la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 35), y el poder adjudicador impone, *como requisito relativo al procedimiento de adjudicación del contrato*, que un único operador económico debe poseer el nivel mínimo de capacidad exigido, será necesario que éste quede establecido de antemano, ya sea en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En estas circunstancias, quedará excluido el mecanismo de recurso a las capacidades de un tercero previsto en el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18. Ésta parece ser la única manera de garantizar que se respete la obligación de transparencia al examinar la idoneidad de los candidatos ya que, de no ser así, no se informaría a los potenciales licitadores acerca de todos los requisitos obligatorios e incondicionales relacionados con las capacidades mínimas. [15]

41. Ésta es, no obstante, una cuestión diferente a la apreciación de si un licitador que se basa en las capacidades de un tercero reúne *efectivamente* los requisitos relativos a la capacidad tecnológica y/o profesional exigida en el anuncio de licitación. Esta cuestión sólo se podrá examinar sobre la base de las ofertas, cotejándolas con los requisitos de idoneidad establecidos en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, de conformidad con los criterios mencionados anteriormente en el contexto de las cuestiones primera, segunda, tercera, quinta y sexta.

42. Por último, en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, la Comisión, en sus observaciones escritas, invoca el artículo 63, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24 en apoyo de su alegación de que ésta debe existir. Por otro lado, PARTNER y el Gobierno de España sostienen que no es posible imponer la responsabilidad solidaria, dado que el licitador que ha participado en el procedimiento de licitación es el único responsable de la ejecución del contrato, y no así terceras entidades en cuyas capacidades se haya basado.

13 — Sentencia SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 26 y la jurisprudencia citada.

14 — *Ibidem*, apartado 28.

15 — Véase, por analogía, la jurisprudencia relativa a los criterios de adjudicación, por ejemplo, la sentencia Comisión/Francia (C-299/08, EU:C:2009:769), apartado 41, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «tanto el principio de igualdad de trato como la obligación de transparencia derivada de éste exigen que el objeto de cada contrato, así como sus *criterios de adjudicación*, estén claramente definidos» (el subrayado es mío). Véanse asimismo las sentencias ATI EAC y Viaggi di Maio y otros (C-331/04, EU:C:2005:718), que establece, en su apartado 32, limitaciones a la atribución de un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, y Universale-Bau y otros (C-470/99, EU:C:2002:746), apartado 100, en la que se requirió al poder adjudicador que mencionara, en el anuncio o en los documentos de la licitación, las reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos invitados a presentar una oferta.

43. Por los motivos que expondré en mi respuesta a la décima cuestión, no se puede extraer ninguna norma incondicional de la Directiva 2014/24 al aplicar la Directiva 2004/18 que no esté contenida en esta última, ni establecer normas o requisitos más específicos que los previstos en las disposiciones de dicha segunda Directiva. Por consiguiente, debe excluirse la responsabilidad solidaria antes de la expiración del plazo para la transposición de la Directiva 2014/24.

44. Por estos motivos, el Tribunal de Justicia debería responder a la cuarta cuestión que el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con su artículo 2, debe interpretarse en el sentido de que el poder adjudicador debe especificar, ya sea en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, toda condición que conlleve la exclusión del recurso al artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 para demostrar el cumplimiento de los requisitos relativos a las capacidades mínimas. El poder adjudicador tampoco puede establecer, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, normas o requisitos específicos referentes a si los licitadores pueden basarse en las capacidades de otras entidades y, en su caso, sobre cómo hacerlo.

C. *Aclaración de la oferta (séptima cuestión prejudicial)*

45. Mediante la séptima cuestión prejudicial se pregunta, en esencia, hasta qué punto el poder adjudicador y el licitador pueden entablar un diálogo después de la presentación de las ofertas, por ejemplo, para completar o aclarar los documentos presentados, cuando puedan presentarse ofertas para distintos lotes. A este respecto, es preciso recordar que, con arreglo al artículo 51 de la Directiva 2004/18, 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 misma.

46. Considero que el Tribunal de Justicia puede dar una respuesta breve a esta cuestión. El Tribunal de Justicia ya ha excluido que el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos puedan entablar negociaciones. Los poderes adjudicadores no podrán solicitar aclaraciones de las ofertas que consideren imprecisas o no ajustadas a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, antes de que estas ofertas sean rechazadas. [16]

47. Las ofertas presentadas no podrán ser modificadas, ni por propia iniciativa ni a iniciativa del poder adjudicador. [17] Este último podrá solicitar que los datos relativos a la oferta se completen de manera puntual, porque requieran una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre que no se solicite ni acepte ninguna modificación de la oferta. [18]

48. Desde mi punto de vista, facilitar información referida al orden de prioridad de los lotes cubiertos por una licitación después de la presentación de las ofertas no es una mera aclaración, sino un cambio significativo de la oferta. Su aceptación constituiría una violación de los principios de la competencia leal. Esta circunstancia no está comprendida entre los casos excepcionales en los que se permite realizar aclaraciones de las ofertas.

16 — Sentencia SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartados 36 y 37. Procede recordar que la Directiva 2004/18 prevé un diálogo competitivo en el caso de contratos particularmente complejos (artículo 29) y procedimientos negociados (artículo 30). No obstante, estas disposiciones no son pertinentes a efectos del presente asunto.

17 — Véase la sentencia Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), en cuyo apartado 31 el Tribunal de Justicia declaró que «el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a toda negociación entre la entidad adjudicadora y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta de la entidad adjudicadora ni del candidato. De ello se deduce que la entidad adjudicadora no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones».

18 — Sentencia SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartados 40 y 41. Véase asimismo la sentencia Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), apartado 32.

49. En consecuencia, considero que la séptima cuestión debe responderse en el sentido de que, cuando esté permitido presentar una oferta para un lote, el principio de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos, recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, no permite que el operador económico indique, después de la presentación de las ofertas, a qué lote se refieren los recursos que ha invocado para probar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento.

D. *Irregularidades en la subasta electrónica (cuestiones prejudiciales octava y novena)*

50. Las cuestiones prejudiciales octava y novena se refieren a las consecuencias que se derivan, en el marco de la adjudicación de un contrato, de que no todos los operadores económicos que han presentado ofertas válidas hayan sido invitados a participar.

51. Ante todo, considero útil recordar que, con arreglo al artículo 54, apartado 4, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, «se invitará simultáneamente por medios electrónicos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios y/o nuevos valores». El artículo 54, apartado 8, de la Directiva 2004/18 prohíbe el recurso a las subastas electrónicas para, *inter alia*, obstaculizar o falsear la competencia. Es preciso observar además que el órgano jurisdiccional nacional no pregunta sobre los recursos que asisten a los operadores económicos en caso de subasta electrónica irregular,[19] sino sobre las obligaciones del poder adjudicador con arreglo a la Directiva 2004/18 en esta situación.

52. En mi opinión, si un licitador apto que reúne los requisitos establecidos en el anuncio de licitación y en las especificaciones tecnológicas debió haber sido invitado a participar en la subasta electrónica, con arreglo al artículo 54, apartado 4, de la Directiva 2004/18, pero no lo fue, de la exigencia de igualdad de trato y no discriminación prevista en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 se desprende que la subasta debería repetirse. Y ello es así independientemente de si su participación podría haber alterado o no el resultado de la subasta.[20] Esto significa que el contrato no puede ser adjudicado sobre la base de subastas electrónicas ilegales o irregulares de este tipo.

53. Por consiguiente, propongo que se responda a las cuestiones octava y novena en el sentido de que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 exige la anulación y repetición de una subasta electrónica si un candidato que reúne los criterios de participación recogidos en el anuncio de licitación no ha sido invitado a la subasta electrónica.

E. *¿Puede tenerse en cuenta la Directiva 2014/24 para la interpretación de la Directiva 2004/18 ? (décima cuestión prejudicial)*

54. Mediante su décima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en el marco de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18, pueden utilizarse las disposiciones y los considerandos de la Directiva 2014/24 como guía interpretativa, aunque no haya finalizado el plazo para su transposición, en la medida en que aclare algunas presunciones e intenciones del legislador de la Unión y no contradiga las disposiciones de la Directiva 2004/18.

19 — Dichos recursos están previstos en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO L 335, p. 31).

20 — PARTNER afirmó en la vista que no fue invitada a participar en la subasta electrónica para la adjudicación del contrato en cuestión.

55. Esta cuestión obedece al hecho de que el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 se titula «Recurso a las capacidades de otras entidades» y establece normas aplicables a esta situación más detalladas que las previstas en la Directiva 2004/18. El artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24, al igual que el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, dispone que la «naturaleza jurídica» de los vínculos entre entidades es irrelevante. No obstante, el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 añade que, cuando el operador de que se trate dependa de los «títulos de estudios y profesionales» o de la «experiencia profesional», únicamente podrá recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Por otra parte, el artículo 63, apartado 2, de la Directiva 2014/24 prevé que los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador.

56. Es importante señalar en primer lugar que el problema al que se enfrenta el órgano jurisdiccional nacional se refiere a la interacción *entre dos actos legislativos de la Unión*. Por tanto, la jurisprudencia relativa a las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva [21] sobre la interpretación del Derecho nacional durante este período [22] es irrelevante.

57. Por otra parte, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que, en una situación en la que la Directiva 2014/24 entró en vigor con posterioridad a los hechos del litigio principal, ésta no puede aplicarse a dicho litigio. [23] Dicha afirmación se cohonesta con sus anteriores conclusiones en relación con el período de transición entre la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras [24] y la Directiva 2004/18. En un supuesto en el que se excluyó una oferta del procedimiento de adjudicación de un contrato antes de que expirase el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia declaró que «resultaría contrario al principio de seguridad jurídica determinar el Derecho aplicable en el asunto principal atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato». [25] Además, añadió que «la Directiva 2004/18 no es aplicable a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva». [26] No obstante, en el caso de autos el órgano jurisdiccional nacional no está interrogando de manera exhaustiva acerca de la relación entre disposiciones concretas de las Directivas antigua y nueva, sino que únicamente solicita orientación general.

58. Dicho esto, el Tribunal de Justicia ha recurrido, al menos en una ocasión, a los considerandos y disposiciones de la Directiva 2014/24 para interpretar la Directiva 2004/18. No obstante, no explicó las razones que le llevaron a hacerlo. [27]

21 — Véanse, por ejemplo, las recientes conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), punto 29, que se remite a las sentencias Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), apartado 45; ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), apartado 58, y Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros (C-43/10, EU:C:2012:560), apartado 57.

22 — *Ibidem*, que menciona la sentencia Adeneler y otros (C-212/04, EU:C:2006:443), apartados 122 y 123.

23 — Sentencia Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), apartado 24.

24 — DO L 199, p. 54.

25 — Sentencia Hochtief y Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), apartado 29.

26 — *Ibidem*, apartado 30. Me gustaría añadir que este enfoque es coherente con el adoptado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), apartado 27, y Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), apartados 38 y 39.

27 — Sentencia Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 37. Asimismo, es preciso señalar que la Abogado General Kokott, en sus conclusiones en el asunto Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2006:410), punto 50, se refirió a una disposición de la Directiva 2004/18 para confirmar una interpretación de la Directiva 93/37, a pesar de que ésta aún no era pertinente *ratione temporis*. No obstante, el Tribunal de Justicia señaló en el apartado 61 de su sentencia Auroux y otros (C-220/05; EU:C:2007:31), que la disposición en cuestión de la Directiva 2004/18 no era «aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal». Véanse, asimismo, las conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:291), punto 40, y la exclusión, por parte del Tribunal de Justicia, de la pertinencia de la Directiva 2014/24 en el apartado 8 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440).

59. En mi opinión, la relación entre dos actos sucesivos de Derecho de la Unión en lo que atañe a la interpretación debe abordarse atendiendo a la intención del legislador. Sin embargo, el tenor de la décima cuestión no resulta útil a este respecto, dado que no está claro si la mención a «algunas presunciones e intenciones del legislador de la Unión» se refiere a las previstas en la Directiva 2014/24 o en la Directiva 2004/18.

60. Desde mi punto de vista es evidente que la Directiva 2014/24 no puede explicar la intención del legislador de la Directiva 2004/18. No obstante, de los considerandos y de las disposiciones de la Directiva 2014/24 puede desprenderse que la intención del legislador respecto de algunas de sus disposiciones era codificar la jurisprudencia existente en la que se había aplicado la Directiva 2004/18. En estas circunstancias, no existe ningún obstáculo que impida que se tenga en cuenta la Directiva posterior para interpretar la primera. Por otro lado, si la intención del legislador es apartarse de las disposiciones de la Directiva 2004/18, o de la jurisprudencia existente, no podrá utilizarse por tanto la nueva Directiva como guía para la interpretación de la anterior.

61. En el extremo opuesto, el órgano jurisdiccional nacional hace una salvedad. La décima cuestión supone que no se podrá tener en consideración la Directiva 2014/24 si ésta «contradice las disposiciones de la Directiva 2004/18». Esto se deriva, por supuesto, del principio de seguridad jurídica que prohíbe la aplicación retroactiva de un instrumento que no es aplicable *ratione temporis*. [28]

62. Sin embargo, el núcleo de la cuestión son las disposiciones de la Directiva 2014/24 que aportan detalle a la Directiva 2004/18 o a la jurisprudencia en la que ésta se aplica, cuando no existe ninguna contradicción lógica entre ambos actos respecto de cuestiones sobre las que la Directiva 2004/18 guarda silencio o es imprecisa.

63. Desde mi perspectiva, del principio de seguridad jurídica se desprende que no es posible aplicar las normas y requisitos incondicionales basados en la Directiva 2014/24 para «interpretar» la Directiva 2004/18 en perjuicio de los operadores económicos que participan en los procedimientos de adjudicación de contratos. No obstante, si la intención del legislador que subyace a las disposiciones pertinentes de la Directiva 2014/24 es profundizar en la armonización de la legislación y la jurisprudencia existentes, y no romper con éstas, no existiría ningún obstáculo para utilizarla como guía para la interpretación de la Directiva 2004/18.

64. Por los motivos expuestos, propongo que se responda a la décima cuestión en el sentido de que, en el marco de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18, pueden utilizarse las disposiciones y los considerandos de la Directiva 2014/24 como guía interpretativa, aunque no haya finalizado el plazo para su transposición, en la medida en que ésta codifica la jurisprudencia que aplica la Directiva 2004/18, o añade detalles a la misma, siempre que no contradiga la Directiva 2004/18 ni establezca normas y requisitos incondicionales en perjuicio de los operadores económicos.

V. **Conclusión**

65. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Krajowa Izba Odwoławcza:

Cuestiones prejudiciales primera, segunda, tercera, quinta y sexta

28 — A este respecto cabe recordar la formulación clásica del Tribunal de Justicia en su sentencia Fédesa y otros (C-331/88, EU:C:1990:391), apartado 45, en la que declaró que «si bien, como regla general, el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto comunitario comience a producir efectos en una fecha anterior a la de su publicación, puede ocurrir lo contrario, con carácter excepcional, cuando así lo exija el objetivo perseguido y se respete adecuadamente la confianza legítima de los interesados». En el presente asunto no se dan estos requisitos, necesarios para la retroactividad.

Los artículos 44 y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación con su artículo 2, deben interpretarse en el sentido de que el término «en su caso» no limita de forma sustancial las circunstancias en las que un operador económico puede basarse en las capacidades de otras entidades para probar ante el poder adjudicador que cuenta con la capacidad tecnológica y/o profesional necesaria para ejecutar un contrato público determinado. La naturaleza jurídica de los vínculos entre el operador económico y la tercera entidad es irrelevante, pero el operador económico deberá poder probar ante el poder adjudicador que tiene efectivamente a su disposición todos los medios para dar cumplimiento al contrato. Un licitador podrá basarse en las capacidades de otras entidades para demostrar su capacidad tecnológica y/o profesional, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la naturaleza y del objeto del contrato cuya ejecución se requiere.

Cuarta cuestión prejudicial

El artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con su artículo 2, debe interpretarse en el sentido de que el poder adjudicador debe especificar, ya sea en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, toda condición que conlleve la exclusión del recurso al artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 para demostrar el cumplimiento de los requisitos relativos a las capacidades mínimas. El poder adjudicador tampoco puede establecer, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, normas o requisitos específicos referentes a si los licitadores pueden basarse en las capacidades de otras entidades y, en su caso, sobre cómo hacerlo.

Séptima cuestión prejudicial

Cuando esté permitido presentar una oferta para un lote, el principio de tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos, recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, no permite que el operador económico indique, después de la presentación de las ofertas, a qué lote se refieren los recursos que ha invocado para probar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento.

Cuestiones prejudiciales octava y novena

El artículo 2 de la Directiva 2004/18 exige la anulación y repetición de una subasta electrónica si un candidato que reúne los criterios de participación recogidos en el anuncio de licitación no ha sido invitado a la subasta electrónica.

Décima cuestión prejudicial

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 puede utilizarse como guía interpretativa, aunque no haya finalizado el plazo para su transposición, únicamente en la medida en que codifica la jurisprudencia que aplica la Directiva 2004/18, o añade detalles a la misma, y siempre que las disposiciones relevantes de la Directiva 2014/24 no sean contrarias a la Directiva 2004/18 ni establezcan normas y requisitos incondicionales en perjuicio de los operadores económicos.