CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 23 de septiembre de 1999 *

1. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre el derecho de una sociedad que participa en un procedimiento de licitación, con arreglo a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios,[1] de invocar a su favor las capacidades técnicas y financieras de otra sociedad, con la cual se halla vinculada por una relación de sociedad filial y sociedad matriz.

I. La normativa comunitaria

2. A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de dicha Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios.

3. El artículo 26 de la Directiva 92/50 dispone lo siguiente:

«1. Los prestadores de servicios podrán agruparse para presentar ofertas sin necesidad de adoptar una forma jurídica específica. No obstante, tras la adjudicación del contrato, el grupo adjudicatario podrá ser obligado a ello.

2. Los candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que estén establecidos, estén facultados para desarrollar la pertinente actividad de servicios no podrán ser rechazados por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se adjudique el contrato, tendrían que cumplir el requisito de ser bien personas físicas, bien personas jurídicas.

3. No obstante, podrá exigirse a las personas jurídicas que indiquen, en la licitación o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar el servicio.»

4. A tenor del artículo 31 de la Directiva 92/50:

«1. En general, la capacidad financiera y económica del prestador de servicios podrá

* Lengua original: francés.

1 — DO L 209, p. 1.

justificarse mediante una o varias de las siguientes referencias:

a) los documentos bancarios pertinentes o un justificante del seguro de indemnización por riesgos profesionales;

b) la presentación de los balances de la empresa o de extractos de éstos, en el caso de que la publicación de los balances esté prescrita por la legislación sobre sociedades del país en el que el prestador de servicios esté establecido;

c) una declaración del volumen global de negocios de la empresa y del volumen de negocios correspondiente a los servicios relacionados con el contrato realizados en los últimos tres ejercicios.

2. Las entidades adjudicadoras precisarán, en el anuncio o en la indicación a licitar, aquella o aquellas referencias a que se refiere el apartado 1 que se hayan elegido, así como cualquier otra referencia que también deba presentarse.

3. Si, por alguna razón justificada, el prestador de servicios no estuviere en condiciones de facilitar las referencias solicitadas por las entidades adjudicadoras, se le permitirá probar su capacidad económica y financiera por medio de cualquier otro documento que los poderes adjudicadores consideren apropiado.»

5. Según el artículo 32 de la Directiva 92/50:

«1. La capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios podrá evaluarse teniendo en cuenta, especialmente, su capacidad técnica, eficacia, experiencia y fiabilidad.

2. Según la naturaleza, cantidad y utilización de los servicios que vayan a prestarse, podrá justificarse la capacidad técnica de los prestadores de servicios de una o varias de las siguientes maneras:

a) mediante la descripción de la titulación académica y profesional de los prestadores de servicios y del personal directivo de la empresa, especialmente, las del personal responsable de la ejecución de los servicios;

b) mediante la presentación de una relación de los principales servicios facilitados en los últimos tres años, que

incluya importes, fechas y destinatarios, públicos o privados:

— si los destinatarios hubieran sido entidades adjudicadoras, se probarán los servicios mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

— si hubieren sido particulares, los certificados serán expedidos por el comprador o, en su defecto, se admitirá una simple declaración del prestador de servicios;

c) mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, independientemente de que estén integrados directamente en la empresa del prestador de servicios, en especial de los responsables del control de calidad;

d) mediante una declaración del prestador de servicios que mencione la media anual de mano de obra y personal directivo de que haya dispuesto en los últimos tres años;

e) mediante una declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que disponga el prestador de servicios para la realización de los servicios;

f) mediante una descripción de las medidas adoptadas por el prestador de servicios para controlar la calidad, así como de los medios de estudio e investigación de que disponga su empresa;

g) cuando los servicios que se vayan a facilitar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, mediante un control efectuado por la entidad adjudicadora o, en nombre de ésta, por un organismo oficial competente del país en que esté establecido el prestador de servicios, siempre que medie el acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del prestador de servicios y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación de que disponga y sobre las medidas de control de calidad que adopte;

h) en su caso, mediante una declaración de la parte del contrato que el prestador de servicios se proponga subcontratar.

3. La entidad adjudicadora especificará, en el anuncio de licitación o en la invitación a licitar, qué referencias desea recibir.

4. La información a que se refiere el artículo 31 y los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo deberá limitarse al objeto del contrato, y las entidades adjudicadoras tomarán en consideración los intereses legítimos de los prestadores de servicios en lo referente a la protección de los secretos técnicos o comerciales de su empresa.»

II. Hechos y procedimiento principal

6. Para la adjudicación, por un período de tres años, del servicio de gestión de la planta de tratamiento de las aguas residuales de «Is Arenas» y de las plantas de recogida situadas en «Is Arenas», «San Bartolomeo» y «Borgo Sant'Elia», el Ayuntamiento de Cagliari convocó una licitación cuyo anuncio fue publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 3 de enero de 1997. Para poder licitar, las empresas interesadas debían, en particular, justificar una media anual de volumen de negocios, en el sector de la gestión de las plantas de tratamiento y recogida de aguas, no inferior a 5.000 millones de ITL, así como dos años consecutivos, dentro de los tres años anteriores, de gestión efectiva de, al menos, una planta de tratamiento de aguas residuales domésticas.

7. Se admitió la participación en la licitación de Holst Italia SpA (en lo sucesivo, «Holst Italia») y Ruhrwasser AG International Water Management SpA (en lo sucesivo, «Ruhrwasser»). El contrato se adjudicó a Ruhrwasser, autor de la oferta más ventajosa para la entidad adjudicadora, mediante decisión de 13 de junio de 1997 de la comisión de adjudicación, aprobada mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 17 de agosto de 1997.

8. Ruhrwasser es una sociedad anónima alemana, cuyo capital es poseído por un consorcio de seis sociedades alemanas, con una participación de un sexto respecto a cada una de las sociedades. Su objeto consiste en permitir al consorcio obtener contratos públicos, en particular, en el extranjero, en el sector del abastecimiento de agua y del tratamiento de las aguas residuales. Una de las sociedades miembro del consorcio, RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (en lo sucesivo, «RWG»), tiene como accionista único a Ruhrverband, un organismo público encargado, en el territorio alemán, del servicio público en el sector de la gestión de las aguas residuales. Ha quedado acreditado que dicho organismo dispone de referencias que habrían bastado para justificar que posee los requisitos necesarios para determinar su aptitud en cuanto a la licitación del Ayuntamiento de Cagliari.

9. También ha quedado acreditado que, en cambio, por sí misma, Ruhrwasser no disponía directamente de las cualificaciones exigidas para licitar eficazmente, por ser una sociedad de reciente constitución, cuya inscripción en el Registro Mercantil se remonta tan sólo al 9 de julio de 1996. Por ello invocó las capacidades técnicas y económicas de Ruhrverband que, a través de su filial RWG, participaba en la «joint venture» que promovió la constitución de Ruhrwasser. La entidad adjudicadora reco-

noció la validez de dichas referencias indirectas.

10. Holst Italia interpuso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italia) un recurso de anulación contra la adjudicación del contrato a su competidora, basándose principalmente en el hecho de que la decisión impugnada pasaba indebidamente por alto la regla, que figuraba en el anuncio de licitación, según la cual, a fin de apreciar su aptitud para participar en el procedimiento únicamente podían tenerse en cuenta las capacidades de las empresas interesadas en el contrato público. Por su parte, Ruhrwasser promovió un recurso incidental oponiéndose al contenido del anuncio de licitación, debido a que no permite que, mediante cualquier documento apropiado, un prestador de servicios invoque las capacidades que no posee directamente pero de las que, no obstante, puede disponer.

III. La cuestión prejudicial

11. Por considerar que para pronunciarse sobre este extremo era necesario cerciorarse de si la Directiva 92/50 autoriza a un candidato en un procedimiento de adjudicación invocar capacidades técnicas y económicas de otro sujeto de Derecho con el que está vinculado, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento principal y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Permite la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, que una sociedad pruebe que posee los requisitos técnicos y económicos necesarios para poder participar en un procedimiento de licitación organizado con el fin de conceder un servicio público, invocando las referencias de otra sociedad que es accionista única de una de las sociedades que participan en la primera sociedad citada?»

IV. Sobre la respuesta a la cuestión prejudicial

12. El Juez remitente pide, esencialmente, que se dilucide si una empresa que presenta una oferta con miras a la adjudicación de un contrato público de servicios debe reunir personalmente los requisitos técnicos y económicos exigidos por la entidad adjudicadora o si puede ampararse en el hecho de que esos requisitos concurren en otra empresa a la que pertenece en parte y de manera indirecta.

13. Para responder a la cuestión planteada procede analizar los elementos del Derecho comunitario según se derivan de la Directiva 92/50, tal como han sido completados

por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Objetivos y disposiciones aplicables de la Directiva 92/50

14. La Directiva 92/50 persigue dos objetivos principales, la libre circulación de servicios [2] y el ejercicio, en este sector, de una competencia efectiva. [3] Los operadores económicos deben poder desplazarse y prestar servicios sin restricción alguna por razón de su origen nacional o del lugar de su residencia, contribuyendo, de este modo, mediante la multiplicación y la confrontación de las ofertas de servicios, a la mejora de la calidad de los servicios ofrecidos y de las condiciones económicas de su prestación en el territorio comunitario.

15. Para permitir la creación de un mercado interior que suponga un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios, [4] la Directiva 92/50 aprueba las normas destinadas a evitar las trabas a dicha libertad. [5]

16. A tenor del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50: «Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios». Procede determinar si el hecho de rechazar a un licitador por no concurrir personalmente en él los requisitos de capacidades técnica y económica fijados por la entidad adjudicadora supone tal discriminación.

17. La Directiva 92/50 señala algunos criterios que pueden caracterizar comportamientos discriminatorios. Puntualiza, así, que «[...] los prestadores de servicios pueden ser personas físicas o personas jurídicas», [6] lo que da a entender que la forma jurídica de las empresas no debe suponer un obstáculo para su libertad de presentar ofertas. Este extremo se reproduce en el artículo 26, apartado 2, que prohíbe rechazar una oferta por el mero hecho de haber sido presentada por una persona física o por una persona jurídica.

18. De ello se desprende que la exigencia, previa a la adjudicación de un contrato, de una estructura jurídica determinada puede considerarse una restricción injustificada al derecho de los operadores económicos a concurrir en igualdad de condiciones para todos.

19. El artículo 26, apartado 1, de la Directiva 92/50 confirma este extremo concre-

2 — Sexto considerando.
3 — Vigésimo considerando.
4 — Segundo considerando.
5 — Sexto considerando.
6 — *Ibidem.*

tándolo respecto al supuesto de que varias empresas pretendan acudir conjuntamente a la licitación. Con arreglo a dicha disposición, se autoriza expresamente a los grupos de prestadores de servicios a presentar ofertas y se prohíbe a la entidad adjudicadora que obligue a «adoptar una forma jurídica específica» a tales grupos «para presentar ofertas».

20. Estas distintas disposiciones ponen claramente de relieve que el legislador comunitario se preocupa menos de la forma jurídica que revisten los prestadores de servicios que de su aptitud para ejecutar las tareas que se les confían con motivo de la adjudicación de contratos públicos, o para reunir los medios necesarios para dicha ejecución, independientemente de su propia organización. La eliminación de los obstáculos inherentes a la naturaleza jurídica de los operadores supone una manera de multiplicar las ofertas, especialmente las dimanantes de empresas de Estados miembros de la Comunidad distintos de aquel en el que tenga lugar el procedimiento de adjudicación, sin que a ello obsten las exigencias materiales relativas a la correcta ejecución de los servicios.

21. Por consiguiente, para interpretar la Directiva 92/50 debe adoptarse un criterio que tenga en cuenta la finalidad más que la forma. Así, aunque parezcan responder a un cierto formalismo, algunas obligaciones exigidas por la Directiva 92/50 están precisamente destinadas a favorecer la correcta ejecución de los contratos, limitando los riesgos a que están expuestas las entidades adjudicadoras.

22. Un ejemplo significativo de este tipo de exigencias nos lo da el artículo 26, apartado 3, que autoriza a la entidad adjudicadora a obligar a que las personas jurídicas «indiquen [...] los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar el servicio». Si bien no puede prohibirse adjudicar un contrato a una persona jurídica con el único pretexto de su forma jurídica, tampoco debe impedirse que la entidad adjudicadora obtenga la información que le permita apreciar la capacidad del prestador para ejecutar la oferta en las condiciones establecidas.

23. En consecuencia, el legislador comunitario veló por que el pleno ejercicio de la libertad de circulación no comprometiera la correcta prestación de los servicios, elemento sin el cual la normativa comunitaria quedaría desprovista de sentido. La Directiva 92/50, así como la interpretación que de la misma debe hacerse, se sitúa en un punto de equilibrio entre las dos exigencias esenciales que son la consecución de una liberalización suficiente de los contratos y el establecimiento de normas que garanticen a la entidad adjudicadora servicios de calidad.

24. Ésta debe poder evaluar la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato de la forma deseada.

25. Los artículos 31 y 32 de la Directiva 92/50 persiguen este objetivo. El primero enumera los documentos acreditativos de la capacidad financiera y económica que pueden requerirse al prestador de servicios, los medios que permiten su obtención, así como la solución alternativa para el caso de que el prestador de servicios no pueda acreditar las referencias exigidas. El segundo menciona algunos criterios que caracterizan la capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios solicitados, incluye una lista de los documentos acreditativos que reflejan su capacidad técnica y establece los trámites mediante los cuales la entidad adjudicadora puede exigirlos.

26. No es necesario detenerse mucho tiempo en el aspecto de la justificación de dichas disposiciones, dado que, evidentemente, el objeto de dichos artículos consiste en proteger el interés de la entidad adjudicadora contra la candidatura de operadores económicos más preocupados por obtener la adjudicación de contratos lucrativos que por cumplir la principal obligación que éstos implican, es decir, su minuciosa ejecución.

27. En cualquier caso, de su contenido pueden extraerse dos indicaciones igualmente útiles para el examen de la presente cuestión prejudicial.

28. En primer lugar, aunque la abundancia de ofertas, en sí misma, interese a la entidad adjudicadora, no puede obtenerse a costa de prestaciones mediocres. Tal exigencia legitima dichas medidas protectoras y justifica que la interpretación dada a las disposiciones que las establecen tenga en cuenta los riesgos de fraude que pueden desvirtuar sus efectos protectores. Por lo tanto, deben evaluarse detenidamente las consecuencias de una solución consistente en admitir que personas distintas de la empresa licitadora cumplan los requisitos legales establecidos por la Directiva 92/50.

29. En segundo lugar, si bien la referencia que estos dos artículos hacen al prestador de servicios puede inducir a una interpretación favorable a la aportación de documentos acreditativos circunscritos al propio prestador,[7] otros pasajes abogan en favor de una interpretación menos estricta.

30. Así, el artículo 31, apartado 3, autoriza al prestador de servicios a probar, en determinadas condiciones, su capacidad económica y financiera «[...] por medio

7 — Los artículos 31 y 32 se refieren a la capacidad financiera, económica y técnica del prestador de servicios, aludiendo así únicamente al propio licitador. Del mismo modo, el artículo 32 establece que «La capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios podrá evaluarse teniendo en cuenta, especialmente, su capacidad técnica, eficacia, experiencia y fiabilidad». Menciona «la descripción de la titulación académica y profesional de los prestadores de servicios y del personal directivo de la empresa, especialmente, las del personal responsable de la ejecución de los servicios» y «[...] la media anual de mano de obra y personal directivo de que haya dispuesto en los últimos tres años». Según parece, la disposición alude únicamente a elementos propios de la empresa.

de cualquier otro documento que los poderes adjudicadores consideren apropiado», lo que, al dejar a estos últimos un cierto margen de apreciación, le permiten aceptar documentos acreditativos presentados por personas que no sean el prestador de servicios, siempre que ofrezcan las mismas garantías. Asimismo, el artículo 32, apartado 2, letra c), alude expresamente al caso en que el equipo técnico o los organismos técnicos de que se sirva el prestador de servicios no estén integrados en su empresa. También otras disposiciones van en este sentido, como el artículo 32, apartado 2, letra h), que admite la posibilidad de que el prestatario utilice los servicios de un subcontratante, o el artículo 32, apartado 2, letra e), que prevé «una declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que *disponga* el prestador de servicios para la realización de los servicios», [8] descartando, de este modo, la posibilidad de limitar la declaración prescrita únicamente al equipo propio de la empresa.

31. Por consiguiente, el propio texto de la Directiva 92/50 desvirtúa la hipótesis de una «personalización» de las capacidades exigidas al licitador por la entidad adjudicadora, ya que en ella se hace referencia varias veces a una puesta a disposición de medios ajenos a la empresa. Confirmando lo que trasluce de los objetivos que la Directiva pretende alcanzar, dicha situación aconseja una interpretación flexible de las disposiciones relativas a los requisitos para justificar las capacidades de los licitadores.

8 — El subrayado es mío.

La jurisprudencia Ballast Nedam Groep

32. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en las sentencias Ballast Nedam Groep de 14 de abril de 1994 [9] y de 18 de diciembre de 1997 [10] confirma dicha tesis.

33. En la sentencia Ballast Nedam I, la cuestión consistía en dilucidar si, por no ejecutar directamente las obras, puede excluirse a una sociedad holding de los procedimientos de participación en la licitación de contratos públicos de obras —en dicho asunto, mediante la negativa de renovación de la clasificación que hasta entonces le había sido concedida— y, en caso negativo, en qué condiciones puede justificar la referida sociedad las capacidades necesarias para dicha participación. [11]

9 — C-389/92, Rec. p. I-1289; en lo sucesivo, «sentencia Ballast Nedam I».

10 — C-5/97, Rec. p. I-7549; en lo sucesivo, «sentencia Ballast Nedam II».

11 — Por su parte, la sentencia Ballast Nedam II interpreta la sentencia Ballast Nedam I sobre el carácter obligatorio o facultativo de la consideración, por la autoridad competente para pronunciarse sobre la solicitud de clasificación, de referencias de terceras sociedades. El Tribunal de Justicia puntualizó «[...] que para pronunciarse sobre una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, la autoridad competente *está obligada,* cuando se acredite que dicha persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada [...]» (apartado 14, el subrayado es mío). Esta sentencia tiene menos interés para el presente procedimiento que la sentencia Ballast Nedam I por cuanto, en el asunto principal en el que se originó la presente cuestión prejudicial, lo que se discute es la propia existencia del derecho —y no su carácter imperativo o facultativo— que se reconoce a la entidad adjudicadora de tomar en consideración las referencias exteriores al licitador.

34. El Tribunal de Justicia declaró que las Directivas aplicables al caso de autos [12] «[...] deben interpretarse en el sentido de que permiten, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, al examinar una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, tener en cuenta a sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite *que tiene efectivamente a su disposición los medios* de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos» y que «corresponde al Juez nacional apreciar si se aporta tal prueba en el asunto principal». [13]

35. Por consiguiente el Tribunal de Justicia admitió que un operador económico que no pueda ejecutar por sí mismo un contrato, por no reunir los criterios cualitativos de selección exigidos por las normas, puede referirse a los medios de otras sociedades, siempre que tales medios se pongan efectivamente a su disposición.

36. Deben examinarse dos extremos que permiten precisar el alcance exacto de dicha sentencia y, por lo tanto, la posibilidad de su aplicación analógica al presente asunto.

37. Por una parte, en la sentencia Ballast Nedam I, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la interpretación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos de obras, mientras que la presente cuestión prejudicial versa sobre el Derecho comunitario de los contratos públicos de servicios. Por lo tanto, procede examinar si lo que vale para un sector es también válido para el otro.

38. Las diferencias entre ambas normativas se expresan mediante las referencias más explícitas al derecho de los empresarios a confiar la ejecución de los contratos a otros operadores en la correspondiente a los contratos públicos de obras. [14] Si bien refuerzan las argumentaciones en favor de tal derecho en el sector de las obras, a mi juicio, dichas diferencias no debilitan los elementos expuestos anteriormente [15] en apoyo del reconocimiento de la misma facultad en favor de los licitadores en el ámbito de los servicios.

39. Para negar la aplicación analógica de la solución de la sentencia Ballast Nedam I al supuesto de un contrato público de servicios a causa de que el objeto del contrato no es el mismo, haría falta demostrar que,

12 — Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales (DO L 185, p. 1; EE 06/01, p. 129), y Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9).

13 — Apartado 18; el subrayado es mío.

14 — Según el texto de la Directiva 71/304, «[...] la adjudicación de contratos públicos de obras puede recaer en favor de adjudicatarios que ejecuten las obras por medio de agencias o sucursales» (sentencia Ballast Nedam I, apartado 10). La Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, por la que se modifica la Directiva 71/305 (DO L 210, p. 1) establece, además, que los contratos públicos de obras «tienen por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y la concepción de obras o de una obra, bien "la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el órgano de contratación"» (sentencia Ballast Nedam I, apartado 14).

15 — Puntos 14 a 31 de estas conclusiones.

por su naturaleza, los servicios se prestan menos que las obras a la utilización por parte del licitador de medios externos a su empresa.

40. Pues bien, no se ha aportado esta prueba. Además, no acabo de entender las razones por las que los requisitos técnicos o económicos exigidos a los licitadores debieran concurrir en el propio operador en materia de servicios, mientras que ello no sería necesario en el sector de las obras. En relación con los documentos acreditativos de la capacidad financiera y económica de una empresa, dichas razones son aún menos evidentes ya que la garantía estrictamente pecuniaria y cuantitativa que deben constituir carece de relación con el objeto mismo del contrato. En cuanto a los documentos acreditativos de la capacidad técnica del prestador de servicios baste recordar los términos del artículo 32, apartado 2, letra c), de la Directiva 92/50 que permite informar a la entidad adjudicadora de la actividad de equipo técnico o de organismos técnicos ajenos a la empresa del prestador de servicios. Esta disposición confirma explícitamente que, en materia de contratos públicos de servicios, es posible referirse a aportaciones exteriores de competencia para sostener la argumentación expuesta por los licitadores en apoyo de su oferta.

41. Por consiguiente, a mi juicio, la sentencia Ballast Nedam I es plenamente aplicable por analogía desde este punto de vista.

42. El segundo elemento se refiere a la situación de la sociedad licitadora en relación con las sociedades a cuyas capacidades hace referencia. Como señalan el Gobierno italiano y Holst Italia, el licitador, Ruhrwasser, no posee una influencia dominante sobre la empresa que cumple los requisitos exigidos en el presente asunto, Ruhrverband. Por el contrario, en la sentencia Ballast Nedam I, el Tribunal de Justicia no dejó de hacer constar que la sociedad holding que invocaba el derecho a presentar la oferta era la persona jurídica dominante de un grupo.

43. Podría llegarse a la conclusión de que la situación dominante de una empresa es un requisito para el reconocimiento del derecho de una sociedad a referirse a capacidades que no sean las suyas. Resulta ciertamente patente que cuanto más amplio sea el poder de decisión conferido a un licitador con respecto a otras sociedades, mayor garantía se dará a la entidad adjudicadora en cuanto a que el empresario tendrá a su disposición los medios de esas sociedades necesarios para ejecutar el contrato.

44. No obstante, no considero que la puesta a disposición de los medios útiles para la correcta ejecución del contrato, ajenos al propio prestador de servicios, suponga necesariamente una relación de subordinación de las empresas que poseen las capacidades o de una parte de las capacidades que invoca el licitador, con respecto a este último. Como se ha visto, la finalidad de la Directiva 92/50 impone una interpretación favorable al acceso generalizado de las empresas a los contratos

públicos, sin perjuicio de que su selección se lleve a cabo sobre la base de una justificación de las aptitudes de que efectivamente disponen y de la solidez de las garantías que ofrecen.

45. En este sentido deben interpretarse y aplicarse al presente asunto los principios establecidos en la sentencia Ballast Nedam I.

46. El Tribunal de Justicia puntualizó que la ejecución de obras por personas jurídicas distintas de la sociedad holding a la que se adjudican no justifica la exclusión de ésta de los procedimientos de participación en la licitación de contratos públicos. El Tribunal de Justicia agregó que no debe tenerse en cuenta «[...] la naturaleza del vínculo jurídico que [...] une [una sociedad] a [sus] filiales [...]» [16] y que corresponde al Juez nacional apreciar si, a la vista de los elementos de hecho y de Derecho que se le someten, se aporta la prueba en el asunto principal, por la sociedad, de la disposición efectiva de los medios de sus filiales. [17]

47. Es sorprendente que no se mencionara el interés que, para tener la certeza de una puesta a disposición efectiva de los medios exigidos por la autoridad competente, puede presentar el poder de decisión ostentado por la sociedad holding, debido a su condición de sociedad matriz. Por el contrario, se recalca la falta de pertinencia, para los fines perseguidos, de su organización jurídica y el verdadero elemento determinante que constituye el control directo por el Juez de la efectiva puesta a disposición.

48. Esta consideración, así como los elementos expuestos anteriormente, basados tanto en los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50 como en su texto, abogan por la extensión de la solución adoptada en la sentencia Ballast Nedam I a las relaciones existentes entre Ruhrwasser y Ruhrverband, a pesar de que tales relaciones de propiedad sean opuestas con respecto al litigio de que conoció el Tribunal de Justicia en el asunto en que recayó la citada sentencia y que, en vez de ser «dominante», la sociedad de que se trata se halle en una situación de subordinación.

49. No se trata, naturalmente, de extraer de dos situaciones jurídicas tan distintas la conclusión de que, tanto en un caso como en otro, la entidad adjudicadora contará con la misma garantía de una puesta a disposición efectiva de los medios ajenos a la empresa licitadora.

50. Indico únicamente que la naturaleza del vínculo jurídico que une a dos empresas no puede prejuzgar la realidad de la puesta a disposición de los medios cuya acreditación la Directiva 92/50 permite exigir a las entidades adjudicadoras. En otros términos, si bien el Juez nacional puede libremente considerar que, debido a las características de ese vínculo o a otras circunstancias fácticas y jurídicas propias

16 — Sentencia Ballast Nedam I, apartado 17.
17 — *Ibidem.*

del caso, la entidad adjudicadora no tiene las garantías de que contará con las capacidades necesarias para la ejecución del contrato, a mi juicio es excesivo considerar que, en principio, impida licitar a una empresa el hecho de referirse a los medios técnicos, financieros y económicos de una sociedad a la que pertenece en su totalidad o en parte, con el fin de concurrir a una licitación. En suma, poco importa el método utilizado para garantizar que el licitador disponga efectivamente de los medios y garantías exigidos por la entidad adjudicadora, siempre que pueda comprobarse esa disponibilidad.

51. En efecto, nada permite sostener que la naturaleza de las relaciones jurídicas entre Ruhrwasser y Ruhrverband excluya necesariamente y *a priori* la existencia de obligaciones a cargo de esta última, de carácter estatutario o contractual, cuya fuerza vinculante garantizaría al Ayuntamiento de Cagliari una puesta a disposición efectiva de los medios necesarios para la ejecución del contrato. La respuesta a esta cuestión depende ciertamente del examen de los elementos de hecho que figuran en los autos y de los elementos del Derecho nacional aplicable, que sólo el Juez nacional puede apreciar.

Sobre la apreciación del Juez nacional de determinados elementos de hecho y de Derecho

52. Para garantizar que el licitador tiene la disposición efectiva de las capacidades exteriores a que se refiere, se sugiere al órgano jurisdiccional remitente que proceda a un examen de los elementos de hecho y de Derecho relacionados con el contenido de los acuerdos celebrados, en su caso, entre Ruhrwasser, RWG y Ruhrverband —o entre las dos sociedades interesadas en el contrato público controvertido— o las relaciones estatutariamente establecidas entre ellas, así como el carácter vinculante de la relación jurídica existente entre dichas sociedades.

53. La comprobación del *contenido de la obligación* asumida por la sociedad matriz frente a su filial debe permitir asegurarse de que las competencias técnicas y las garantías financieras que ésta invoca serán adecuadamente utilizadas para la realización de las actividades previstas con miras a la ejecución del contrato público.

54. En el asunto principal el documento acreditativo exigido por la entidad adjudicadora en materia económica y financiera se refiere a la magnitud de la media del volumen de negocios anual en el sector de la gestión de las plantas de tratamiento y recogida de agua. A mi juicio, sólo puede cumplirse esta exigencia, que está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 31, apartado 1, letra c), de la Directiva 92/50, si se demuestra que el licitador puede utilizar de manera significativa los servicios de la sociedad a la que se refiere.

55. En efecto, en el caso de autos, dicha referencia garantiza a la entidad adjudica-

dora la posibilidad de contar con una experiencia profesional mínima, la cual, para ser realmente eficaz, debe afectarse directamente a la ejecución del contrato. Por lo tanto, es esencial asegurarse de que la sociedad a cuya experiencia se hace referencia será aquella que, aunque no realice todas las operaciones previstas por la entidad adjudicadora, al menos asumirá su dirección, con lo que se obtendrá el beneficio de su competencia técnica. [18]

56. Este razonamiento es aplicable por analogía a la segunda garantía exigida por la entidad adjudicadora, que se refiere a la gestión efectiva de una planta de tratamiento de aguas residuales domésticas durante dos años consecutivos dentro de los tres años anteriores. Asimismo, el empleo de tal criterio sólo tiene sentido si el licitador que ha obtenido la adjudicación del contrato, valiéndose de la experiencia de otra sociedad, puede probar que ésta asumirá la ejecución de ese contrato respecto a una parte significativa del mismo.

57. En segundo lugar, para apreciar la realidad de la puesta a disposición de los medios invocados, debe comprobarse si el instrumento jurídico utilizado para ello no sólo es conforme a Derecho, sino que garantiza los efectos deseados dotándoles de una *fuerza vinculante*. [19]

58. Sería legítimo que el Juez nacional se cerciorara, por ejemplo, de si se ha llegado a un acuerdo en virtud del cual la sociedad matriz se compromete a cumplir la obligación de poner a disposición de su filial algunos medios técnicos y garantías económicas, si tal acuerdo vincula realmente al deudor y si, en caso de incumplimiento, éste podría ser demandado ante los órganos jurisdiccionales competentes.

59. Señalo al respecto que la relación entre ambas sociedades puede ser más o menos estrecha y que la autonomía económica de la filial con respecto a su sociedad matriz, mayor o menor, en función del grado de participación de una en el capital social de la otra, lo que no deja de influir en las

18 — En aras de la exhaustividad debe observarse que el Juez remitente no puede siempre conferir el mismo alcance a los documentos justificativos prescritos por la Directiva 92/50, cuando se refieren a un operador externo. Así, los datos relativos a la solidez financiera de una sociedad, cuando a ello se refiere la empresa licitadora ante la entidad adjudicadora, difícilmente pueden considerarse una garantía real si la sociedad que haya obtenido el contrato, en sí misma, no es viable. A falta de relación contractual directa entre la entidad adjudicadora y la sociedad tercera, las referencias financieras a esta última pueden resultar insuficientes para proteger los intereses de la entidad que adjudica el contrato. La idea de «puesta a disposición efectiva» no posee, pues, el mismo significado, en relación con la capacidad financiera y económica, y no es seguro que, en tal circunstancia, el poder adjudicador tenga interés en contentarse con documentos acreditativos ajenos al licitador. Tal matiz no puede no influir tanto en la libertad de las entidades adjudicadoras de acoger dicho tipo de garantía como en la interpretación que puede hacerse del Derecho comunitario aplicable. Por lo demás, es importante conocer el contenido de los compromisos que vinculan la empresa licitadora con la empresa tercera y que pueden generar la responsabilidad de ésta frente a la entidad adjudicadora.

19 — De los autos se desprende que Ruhrverband realiza un servicio público en Alemania y no ostenta el derecho a desarrollar su actividad fuera del territorio nacional. Así, la delimitación de su competencia, de la que depende su libertad de acción, puede servir para que el Juez nacional aprecie su capacidad para poner efectivamente a disposición de la entidad adjudicadora los medios que invoca Ruhrwasser.

garantías y medios con los que puede contar la entidad adjudicadora.

60. Es cierto que cuando la sociedad matriz propicia la decisión de participar en la licitación —aunque ésta se adjudique formalmente a la filial—, es poco probable que se niegue a poner a su disposición los medios que posee.

61. No obstante, no puede descartarse totalmente que la filial licitadora, que es la única jurídicamente obligada frente a la entidad adjudicadora, se vea ante un cambio de orientación por parte de la sociedad matriz que ostenta el poder de decisión.

62. Es de temer que la entidad adjudicadora, principal víctima de los efectos imprevistos de un contrato deficientemente cumplido o no cumplido, ante la imposibilidad de conseguir que la otra parte del contrato ejecute el contrato diligente y satisfactoriamente o la compensación económica por el incumplimiento de ese contrato, tampoco pueda ejercer el derecho a actuar contra la sociedad matriz.

63. Sin prejuzgar los elementos del Derecho nacional en la materia, es probable que no pueda declararse el incumplimiento contractual ni compensarse si la sociedad matriz, incumplidora de la obligación de puesta a disposición, ostenta plenos poderes de decisión en el seno de su filial. Dado que es la única que puede conseguir judicialmente la ejecución de las obligaciones controvertidas, tiene también la posibilidad de anular sus propios compromisos. Entonces, las garantías dadas a la entidad adjudicadora pueden resultar ser una mera apariencia que encubra la imposibilidad del licitador para cumplir las obligaciones del contrato.

64. Así, el inconveniente para la entidad adjudicadora radica en el hecho de que la sociedad que ostenta el poder de decisión respecto a la puesta a disposición de los medios y garantías necesarios para el contrato y la que compromete su responsabilidad como parte del contrato son dos personas jurídicas distintas. Tampoco cabe desdeñar el hecho de que cualquier procedimiento judicial instado contra la filial no deja de tener consecuencias para la sociedad matriz.

65. En el asunto principal, en cambio, Ruhrwasser parece disponer de una relativa autonomía con respecto a Ruhrverband ya que, recordémoslo, su capital se halla repartido en partes iguales entre seis sociedades de las que sólo una, RWG, es de propiedad exclusiva de Ruhrverband.

66. Antes de comprobar si Ruhrwasser ostenta efectivamente la facultad para hacer valer sus derechos con respecto a la sociedad matriz, el Juez nacional deberá cerciorarse de que existen los medios jurídicos sobre cuya base el licitador puede legítimamente alegar que dispone de las capacidades invocadas.

67. Por consiguiente, lo que interesa en el caso de autos es que los instrumentos jurídicos que vinculan a Ruhrwasser y Ruhrverband tengan una fuerza jurídica vinculante que permita garantizar al licitador que contará con la asistencia de la sociedad matriz.

Conclusión

68. En virtud de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna:

«La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una entidad adjudicadora tenga en cuenta, para apreciar los criterios de selección de las capacidades económica y técnica que debe reunir una sociedad con motivo del examen de una oferta presentada en un procedimiento de licitación organizado con miras a conceder un servicio público, las referencias de otra sociedad que sea accionista única de una de las sociedades que posean una participación en la primera sociedad mencionada, sin perjuicio de que ésta pruebe que, efectivamente, tiene a su disposición los medios de la sociedad que invoca.

Corresponde al Juez nacional apreciar si se ha aportado dicha prueba en el procedimiento principal.

A este fin, el Juez nacional debe, en particular, asegurarse de que la sociedad cuyas referencias son tomadas en consideración está obligada a participar adecuadamente en la ejecución del contrato público, habida cuenta de las referencias invocadas.»