Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 21 de enero de 2016 [1]

Asunto C-27/15

Pippo Pizzo y otros
contra
CRGT srl

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia)]

«Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Participación en un concurso — Posibilidad de valerse de las capacidades de otras empresas para cumplir las condiciones necesarias — Falta de pago de una contribución no prevista de manera explícita — Exclusión del licitador»

1. El presente reenvío prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia una nueva ocasión para abundar en su jurisprudencia sobre los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en particular, sobre la Directiva 2004/18/CE. [2]

2. Por un lado, se plantea una vez más si un licitador puede hacer uso de las capacidades de terceros para satisfacer las condiciones de participación en el procedimiento de adjudicación, problema relativamente sencillo de resolver a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia.

3. Por otro lado —y este problema tiene mayor complejidad—, el órgano jurisdiccional remitente pregunta sobre la posibilidad de que determinados requisitos de admisibilidad para concurrir al procedimiento de contratación no figuren de modo expreso en el anuncio de licitación ni en el pliego de cláusulas o condiciones, sino que puedan deducirse de normas nacionales de alcance general.

4. En relación con este segundo problema, propongo al Tribunal de Justicia una lectura matizada de su jurisprudencia sobre la necesidad de que la documentación del concurso comprenda de manera expresa todas las condiciones de licitación. Lo haré apoyándome en la lógica que considero inherente a la idea del «licitador razonablemente informado y normalmente diligente» como criterio determinante del espíritu de aquella jurisprudencia.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

I. **Marco normativo**

A. *Derecho de la Unión*

1. Directiva 2004/18

5. El artículo 2 de la Directiva 2004/18 preceptúa que «[l]os poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

6. El artículo 47 de la Directiva señala:

«1. En general, la justificación de la capacidad económica y financiera del operador económico podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) declaraciones apropiadas de bancos o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales;

b) la presentación de balances o de extractos de balances, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido;

c) una declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades de que es objeto el contrato […].

2. 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, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades al efecto.

[…]»

7. Según el artículo 48 de la Directiva 2004/18:

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

[…]

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.

[…]»

2. Directiva 2014/24/UE [3]

8. A tenor del artículo 63 de la Directiva 2014/24:

«1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera […] y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional […], 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. […] Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a poder disponer de los medios necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

[…]

Cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

[…]

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 o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos de las contempladas en el artículo 19, apartado 2, por un participante en esa agrupación.»

B. *Derecho nacional*

1. Decreto Legislativo nº 163, de 12 de abril de 2006 [4]

9. El artículo 49 del Decreto Legislativo nº 163 prescribe:

«1. El licitador, actuando por sí solo, en consorcio o en una agrupación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34, en relación con un procedimiento de licitación concreto de obras, suministros o servicios, podrá cumplir las condiciones económicas, financieras, técnicas y de organización, es decir, obtener la certificación [...] SOA, basándose en las capacidades de otra entidad o en la certificación SOA de otra entidad.

[...]

6. Para las obras, el licitador solo podrá basarse en las capacidades de una única empresa auxiliar para cada una de las categorías de cualificación. El anuncio de licitación podrá autorizar que se base en la capacidad de más de una empresa auxiliar en función del importe del contrato o de la peculiaridad de las prestaciones [...]».

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, p. 65).

4 — Código de los contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros por el que se aplican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (GURI, nº 100, de 2 de mayo de 2006, suplemento ordinario nº 107), en su versión modificada por el Decreto Legislativo nº 152, de 11 de septiembre de 2008 (GURI, nº 231, de 2 de octubre de 2008, suplemento ordinario nº 227); en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 163/2006».

2. Ley nº 266, de 23 de diciembre de 2005 [5]

10. En virtud del artículo 1, apartado 67, párrafo primero, de la Ley nº 266, «[l]a Autoridad de supervisión de las obras públicas […] determinará anualmente la cuantía de las contribuciones que deberán abonarle los sujetos, públicos y privados, sujetos a su supervisión, así como las correspondientes modalidades de recaudación, incluida la obligación de abonar la contribución por parte de los operadores económicos como requisito de admisibilidad de la oferta en el ámbito de los procedimientos dirigidos a la realización de obras públicas».

II. **Hechos**

11. La Autoridad portuaria de Messina (Italia) convocó en noviembre de 2012 un procedimiento abierto, a escala europea, para la adjudicación del servicio cuatrienal de gestión de desechos y residuos de los buques que hacen escala en su circunscripción territorial. El servicio había sido gestionado anteriormente por la empresa CRGT srl (en adelante, «CRGT»).

12. El servicio se adjudicó a la asociación temporal de empresas Pippo Pizzo y Onofaro Antonino (en adelante, «Pizzo»), después de constatarse que otras sociedades concurrentes —entre ellas, CRGT— no habían abonado a la Autoridad de supervisión de los contratos públicos (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) (en lo sucesivo, «AVCP») la contribución prevista en la Ley nº 266/2005 como requisito de admisibilidad de sus ofertas, por lo que fueron excluidas del concurso.

13. CRGT interpuso recurso contra su exclusión ante el Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (Sección Catania, Sala IV) (Tribunal Administrativo Regional de Sicilia). Pizzo planteó un recurso incidental en el que sostenía que CRGT debía haber sido excluida, además, por haber aportado únicamente una de las dos declaraciones bancarias exigidas en la convocatoria para acreditar su capacidad económica y financiera.

14. El tribunal de instancia estimó el recurso de CRGT al considerar improcedente su exclusión del concurso, habida cuenta de que: a) los documentos de la convocatoria no preveían el pago de la contribución referida en la Ley nº 266/2005; b) dicha contribución concierne explícitamente a las obras públicas, pero no a los contratos de servicios, y c) la aplicación de esa contribución a los contratos de servicios solo es posible mediante una interpretación extensiva de la Ley nº 266/2005 que, en razón del principio de exhaustividad de las causas de exclusión, no puede perjudicar a los licitadores que, sin mediar culpa, entendieron que la contribución litigiosa no era exigible en el caso.

15. Además, el tribunal de instancia desestimó el recurso incidental de Pizzo, declarando que CRGT podía invocar en su favor, como efectivamente había hecho, la capacidad económica y financiera de una empresa auxiliar con la que había celebrado un contrato al efecto.

16. Pizzo interpuso recurso de apelación ante el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, al que se opuso CRGT, quien hizo valer de nuevo otros motivos esgrimidos en su primer recurso que no interesan en este asunto.

17. En estas circunstancias, el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha decidido plantear la cuestión prejudicial.

5 — Ley presupuestaria para 2006 (Legge finanziaria 2006; GURI, nº 302, de 29 de diciembre de 2005, suplemento ordinario nº 211). En adelante, «Ley nº 266/2005».

III. **Cuestión planteada**

18. El tenor del reenvío prejudicial, registrado en el Tribunal de Justicia el 22 de enero de 2015, es el siguiente:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 47 y 48 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 el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la normativa italiana antes descrita, que permite valerse de forma fraccionada de las capacidades de otras empresas, en los términos antes indicados, en el ámbito de los servicios?

2) ¿Se oponen, o no, los principios del derecho de la Unión Europea, y en particular los de protección de la confianza legítima, seguridad jurídica y proporcionalidad, a una norma del ordenamiento de un Estado miembro que permite excluir de un procedimiento de contratación pública a una empresa que no haya entendido, al no estar expresamente indicado en los documentos relativos a la licitación, que tenía la obligación de abonar una cantidad para participar en dicho procedimiento –obligación cuyo incumplimiento se sancionaba con la exclusión–, y ello aunque la existencia de tal obligación no se deduzca claramente del tenor literal de la ley vigente en el Estado miembro, pero pueda reconstituirse sin embargo mediante una doble operación jurídica, consistente, primero, en la interpretación extensiva de ciertas disposiciones del ordenamiento positivo del mismo Estado miembro y, posteriormente, en la integración –conforme a los resultados de tal interpretación extensiva– del contenido preceptivo de los documentos relativos a la licitación?»

19. El tribunal de reenvío considera, por lo que hace a la primera pregunta, que la Directiva 2014/24 podría haber impuesto límites a la posibilidad de recurrir a las capacidades de un tercero para satisfacer los criterios de licitación.

20. En cuanto a la segunda, el Consiglio di Giustizia se pregunta también si los principios de protección de la confianza legítima, de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de *favor participationis* no deberían abocar a conceder a la sociedad afectada un breve plazo para la subsanación del incumplimiento de la obligación de pago.

IV. **El procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Las alegaciones de las partes**

21. Han comparecido en el procedimiento, presentando observaciones escritas, el Gobierno italiano y la Comisión.

A. *Primera pregunta*

22. En relación con la primera de las preguntas formuladas por el órgano judicial de reenvío, el Gobierno italiano alega que su admisibilidad resulta dudosa por cuanto aquel no ha descrito las «hipótesis fácticas» sobre las que se fundamenta y, por tanto, no ha facilitado al Tribunal de Justicia ni a las partes los instrumentos necesarios para adoptar una posición sobre el problema suscitado.

23. Para el Gobierno italiano está fuera de lugar la alusión a la Directiva 2014/24, dada su inaplicabilidad al caso y habida cuenta de que todavía no ha expirado el plazo establecido para su transposición. De cualquier forma, a su juicio, dicha Directiva no es menos favorable que la Directiva 2004/18 al recurso a las capacidades de terceros.

24. Sobre el fondo, el Gobierno italiano entiende que el problema puede resolverse a la luz de los principios recogidos en la sentencia Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino,[6] referida a un supuesto de hecho sin diferencias jurídicamente relevantes con el debatido en el proceso *a quo*.

25. Considera, por tanto, el Gobierno italiano que no existe incompatibilidad alguna entre la Directiva 2004/18 y las reglas de derecho interno contenidas en el artículo 49 del Decreto Legislativo nº 163/2006.

26. La Comisión coincide con el Gobierno italiano en la idea de que la respuesta a la primera pregunta se deduce de la doctrina establecida en el asunto Swm Costruzioni, ya citado. El Tribunal de Justicia ha admitido que un operador económico puede hacer valer, además de las propias, las capacidades de uno o varios terceros, al objeto de satisfacer las condiciones mínimas exigidas y no satisfechas enteramente por él mismo.

27. En relación con la Directiva 2014/24, la Comisión destaca, también en coincidencia con el Gobierno italiano, que no es aplicable *ratione temporis* a este caso.

28. En consecuencia, la Comisión afirma que los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma nacional como la invocada por el tribunal de reenvío.

B. *Segunda pregunta*

29. A propósito de la segunda pregunta, el Gobierno italiano no advierte la infracción de ninguno de los principios enumerados en el auto de planteamiento. Destaca que el artículo 46, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo nº 163/2006 reconoce como causas de exclusión, además de las previstas por el mismo Decreto Legislativo y por la convocatoria del concurso, las recogidas «por otras disposiciones legales en vigor». De ahí que, a su juicio, el hecho de que la *lex specialis* no haya mencionado como causa de exclusión la falta de pago de la contribución a la AVCP no es una circunstancia justificativa del incumplimiento de la licitadora. Esta debe conocer todas las reglas constitutivas del conjunto de las causas de exclusión obligatorias y que, justamente, colman las eventuales lagunas de la convocatoria en ese particular.

30. Entiende, asimismo, el Gobierno italiano que los licitadores no pueden subsanar las lagunas de sus ofertas una vez expirado el plazo para su presentación, cabiendo únicamente correcciones o complementos puntuales en el sentido de la sentencia dictada en el asunto Manova.[7] El poder adjudicador puede aceptar que los licitadores suplan ciertas carencias sobre las condiciones subjetivas de participación, pero no que regularicen la falta de pago de una contribución. De otra forma se estaría permitiendo la satisfacción fuera de plazo de una condición de admisibilidad no cumplida en el momento oportuno, con detrimento de los principios de igualdad de trato, imparcialidad y transparencia.

31. Para el Gobierno italiano, solo si se tratara de un incumplimiento meramente adjetivo (realización del pago en forma distinta a la legalmente requerida o falta de acreditación de que el pago se había realizado en el momento y modo debidos) sería posible conceder al licitador la posibilidad de acreditar la satisfacción efectiva de la correspondiente condición.

6 — Asunto C-94/12, EU:C:2013:646. En lo sucesivo, «asunto Swm Costruzioni».

7 — Asunto C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 32.

32. En consecuencia, el Gobierno italiano propone como respuesta a la segunda pregunta que los principios invocados por el tribunal de reenvío no se oponen a una normativa nacional que consiente excluir al licitador que no ha satisfecho una obligación que, sin estar expresamente prevista por la ley para el tipo de contrato público en liza, puede deducirse por vía de la interpretación de determinadas disposiciones legales realizada reiteradamente por la Administración del Estado afectado.

33. La Comisión, por su lado, considera que la segunda pregunta versa específicamente sobre la interpretación del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia. A su juicio, dichos principios implican que el poder adjudicador debe indicar con claridad los requisitos de la licitación, de manera que puedan ser conocidos por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente. Por lo demás, señala la Comisión, la Directiva 2004/18 requiere que las causas de exclusión figuren en el anuncio de licitación.

34. Para la Comisión, estas exigencias no se cumplen cuando una obligación sancionada con la exclusión (en el supuesto de autos, el pago de una contribución a una autoridad administrativa) no está prevista explícitamente por los documentos del concurso ni resulta del derecho positivo nacional, sino que solo puede deducirse de una interpretación extensiva de ese derecho que permita colmar la laguna que, de otro modo, presentarían aquellos documentos. A juicio de la Comisión, es ésta una situación particularmente perjudicial, además de para los operadores económicos nacionales, para los establecidos en otros Estados miembros, que corren así el riesgo de encontrarse en una posición de desventaja.

35. La Comisión entiende, por lo demás, que los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad han de interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el poder adjudicador conceda al operador económico la posibilidad de satisfacer, en un plazo fijado por él mismo, la obligación de pago objeto de controversia.

V. **Apreciación**

A. *Primera pregunta*

36. Aunque el Gobierno italiano califica de dudosa la admisibilidad de la pregunta, no llega al punto de proponer su inadmisión. Y es que ciertamente no existen razones para rechazar *a limine* la duda del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana sobre la compatibilidad entre los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18 y la norma nacional que, en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios, permite a un operador económico recurrir de forma fraccionada a las capacidades de otro para satisfacer los criterios de participación en el procedimiento de adjudicación.

37. Coincido, sin embargo, con el Gobierno italiano y con la Comisión en la aplicación al caso de autos de la doctrina del Tribunal de Justicia en el asunto Smw Costruzioni, pues uno y otro son sustancialmente idénticos, en lo que a los pormenores jurídicos debatidos se refiere.

38. En el asunto Smw Costruzzioni el Tribunal de Justicia afirmó que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 «no prohíben, en principio, a los candidatos o a los licitadores recurrir a las capacidades de varias entidades terceras para justificar que cumplen un nivel mínimo de capacidad. Con más razón, dichas disposiciones no establecen ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un candidato o un licitador recurra a las capacidades de una o varias entidades terceras junto con sus propias capacidades, para cumplir los requisitos fijados por la entidad adjudicadora.» [8]

8 — Asunto C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 30.

39. Para el Tribunal de Justicia, esa posibilidad no es incondicional, sino que está supeditada a que «se acredite ante [la entidad adjudicadora] que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de esas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato.» [9]

40. Ciertamente, el Tribunal de Justicia no excluye la existencia de «obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores», [10] tesitura en la que cabe «exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate.» [11] No obstante, considera que «dicho supuesto constituye una situación excepcional», [12] asegurando, en consecuencia, que «la Directiva 2004/18 se opone a que el derecho nacional eleve dicha exigencia a la categoría de regla general, en el modo en que lo hace una disposición como el artículo 49, apartado 6, del Decreto Legislativo nº 163/2006.» [13]

41. A la vista de lo anterior, la pregunta planteada por el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana puede responderse en los mismos términos en los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en el asunto Smw Costruzioni. Debe advertirse, por lo demás, en línea con la Comisión, [14] que en este asunto no concurre el supuesto excepcional que, de acuerdo con el apartado 35 de aquella sentencia, permite «exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico», pues la capacidad en entredicho es de orden puramente económico.

42. El tribunal de reenvío argumenta que, más allá de cuanto se infiera de la Directiva 2004/18, la Directiva 2014/24 podría haber impuesto límites más estrictos a la posibilidad de recurrir a las capacidades de terceros para satisfacer los criterios de licitación. Por su parte, tanto el Gobierno italiano como la Comisión coinciden en que esta última Directiva es inaplicable al supuesto litigioso. Comparto plenamente esta apreciación.

43. El propio órgano judicial de reenvío admite que aún no ha expirado el plazo para la transposición de la Directiva 2014/24, razón suficiente para descartar su aplicabilidad en este asunto, pero invoca «la obligación, que incumbe a los jueces nacionales, de seleccionar y preferir, de entre todas las posibles interpretaciones del derecho interno, únicamente aquellas conformes con las normas de derecho de la Unión que deben transponerse». [15]

44. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia impone a los Estados miembros la obligación de «abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva» durante el plazo para transponerla, [16] pero no llega hasta el extremo de obligar al juez nacional a la interpretación de su propio derecho interno en términos de plena conformidad con una directiva cuyo plazo de transposición todavía no ha finalizado.

45. Por lo demás, es discutible la apreciación del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, en el sentido de que la Directiva 2014/24 es más restrictiva que la Directiva 2004/18 en cuanto a la posibilidad de utilizar las capacidades de terceros; tema éste sobre el cual no creo necesario hacer otras matizaciones de fondo, dada su irrelevancia para el litigio.

9 — Asunto C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 33.
10 — Asunto C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 35.
11 — *Loc. ult. cit.*
12 — Asunto C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 36.
13 — *Loc. ult. cit.*
14 — Apartado 30 de su escrito de observaciones.
15 — Apartado C1 del auto de planteamiento.
16 — Asunto Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), apartado 45.

46. En consecuencia, entiendo que los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18 no se oponen a una normativa nacional que, en las circunstancias del caso debatido en el procedimiento principal, admite recurrir de forma fraccionada a las capacidades de otras empresas para satisfacer los criterios de selección.

B. *Segunda pregunta*

47. La segunda de las preguntas del tribunal de reenvío me parece más delicada. La divergencia de las posiciones defendidas por el Gobierno italiano y por la Comisión da cuenta de su dificultad. Mientras el primero sostiene que el operador excluido no podía desconocer la exigibilidad de la condición litigiosa (el previo pago de la contribución a la AVCP), la segunda opina que dicha condición solo podría exigirse si figurara expresamente en los documentos del concurso o surgiera con claridad del derecho positivo vigente.

48. En realidad, a mi juicio, ambas posiciones están más próximas de lo que se pudiera suponer. Así, el Gobierno italiano ha atendido al criterio de la exigibilidad del conocimiento de la condición litigiosa, en tanto que la Comisión se ha centrado en el de su publicidad. En definitiva, son dos perspectivas complementarias, pues la publicidad de la condición sirve a su conocimiento y este únicamente es factible (y exigible) si aquella ha sido debidamente publicada.

49. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha insistido en la necesidad de que «todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate». [17]

50. La obligación de publicidad «clara, precisa e inequívoca» la imponen, en primer lugar, el principio de igualdad de trato que «obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores» [18]; y, en segundo lugar, el principio de transparencia, cuyo objetivo «es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador». [19] Principios de igualdad de trato y de actuación transparente a los que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 se refiere como «principios de adjudicación de contratos» a los que han de atenerse los poderes adjudicadores.

51. No hay duda, por tanto, de que los licitadores deben estar en situación de conocer las condiciones de la licitación, lo que responde a exigencias elementales de igualdad y transparencia. Pero es más discutible hasta qué punto han de figurar explícitamente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones *todos* los requisitos de admisibilidad al concurso, o, por el contrario, determinados requisitos, de orden general, pueden darse por sabidos aun cuando no consten explícitamente en aquellos documentos.

52. En mi opinión, habida cuenta del objetivo perseguido con la obligación de la publicidad de las condiciones –que no es otro que la garantía de la comprensión de su contenido y su alcance por «todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes»–, no sería lógico que los poderes adjudicadores estuvieran también obligados a especificar aquellas cuyo cumplimiento lo

17 — Asunto Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 44, con cita de la sentencia dictada en el asunto Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236), apartados 108 a 111.

18 — *Loc. ult. cit.*

19 — *Loc. ult. cit.*

imponen disposiciones normativas de alcance general que un licitador «razonablemente informado y normalmente diligente» no puede ignorar. Pienso, por ejemplo, en los requisitos elementales que, en el contexto del derecho civil y mercantil, afectan a la capacidad jurídica de las personas y de las sociedades, requisitos que ningún operador económico puede desconocer ni exigir que consten explícita y detalladamente en la documentación del concurso público.

53. Es cierto que pueden surgir dudas en torno a otros requisitos menos «evidentes» o, si se prefiere, menos «lógicos» o «naturales», pero de inexcusable conocimiento por parte de un licitador mínimamente diligente e informado. Precisamente la diligencia y la información razonablemente exigibles en un licitador constituyen, a mi juicio, el criterio determinante para el entendimiento cabal del espíritu al que responden el artículo 2 de la Directiva 2004/18 y la interpretación que de los principios de igualdad y transparencia realiza, en este contexto, el Tribunal de Justicia. [20]

54. El Gobierno italiano ha sostenido en sus observaciones escritas [21] que el artículo 46, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo nº 163/2006 establece como cláusulas de exclusión, además de las previstas por el mismo Decreto Legislativo y por el anuncio de licitación, las prescritas «por otras disposiciones legales en vigor». Entre esas «otras disposiciones legales» pueden encontrarse las relativas a las obligaciones fiscales comunes a cualesquiera licitadores, obligaciones a cuyo pago están sujetos, so pena de exclusión del concurso.

55. El artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/18 no requiere, en concreto, que los pliegos de condiciones especifiquen con detalle todas «las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro». Los licitadores o candidatos no dejan de estar sujetos a aquellas obligaciones –cuyo incumplimiento puede eventualmente llevar aparejada su exclusión– por el hecho de que no figuren explicitadas en los documentos del concurso.

56. Corresponde al derecho italiano, según la interpretación que de él hagan sus propios tribunales, resolver si la contribución a la AVCP podría catalogarse, en razón de sus características, como una obligación de naturaleza fiscal, en sentido amplio. Corresponde igualmente a los tribunales italianos (corroborando o rechazando la interpretación de la autoridad pública destinataria del pago de la contribución) determinar los ámbitos subjetivo y objetivo de extensión de los apartados 65 y 67 del artículo 1 de la Ley nº 266/2005, relativos a la contribución cuya falta de pago ha determinado la exclusión de CRGT del concurso.

57. El Tribunal de Justicia no debería terciar en el debate –que calificaría de orden puramente interno– de si las autoridades administrativas o jurisdiccionales italianas han interpretado de manera más o menos extensiva los preceptos de la Ley nº 266/2005. Si, según se deduce del auto de reenvío, la AVCP ha interpretado la Ley nº 266/2005, con reiteración, en el sentido de que la exigencia de la contribución ha de aplicarse a los contratos de servicios, y este criterio ha sido refrendado por el Consiglio di Stato, en cuanto jurisdicción que tiene la última palabra sobre el derecho interno, a él hay que atenerse.

58. Estas mismas consideraciones son aplicables al efecto excluyente de la falta de pago de la contribución. De nuevo –y siempre a tenor de los datos que obran en autos– tanto la AVCP cuanto los órganos jurisdiccionales que han respaldado su criterio han juzgado que el incumplimiento de la obligación de satisfacer aquella contribución, prevista en la norma imperativa pero no en el pliego de condiciones, conlleva la inevitable exclusión del concurso.

20 — Además de los asuntos Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) y Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236), citados, hay que mencionar, entre otros, los asuntos SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647) y eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Apartado 66.

59. Todo indica que la interpretación de la legalidad que está en la base de la aplicación de los apartados 65 y 67 del artículo 1 de la Ley nº 266/2005 a los contratos de servicios arranca de una doctrina establecida por la autoridad administrativa competente, la AVCP, desde, cuando menos, el año 2008. Tal interpretación ha sido corroborada, al parecer, por la suprema jurisdicción administrativa nacional en una jurisprudencia cuyo inicio no se ha precisado en este procedimiento. De cualquier forma, lógicamente se puede pensar que es una doctrina aplicada con regularidad por la AVCP en todos los supuestos de licitación de contratos de servicios (de hecho, el Gobierno italiano enumera varias decisiones, de años sucesivos, de la AVCP en ese sentido). Y es de presumir, en fin, que el operador económico excluido en el proceso judicial *a quo* (CRGT), quien había gestionado anteriormente el servicio objeto de licitación, la conocía o podía conocerla.

60. Con estas reservas, se puede hablar, por tanto, de una cláusula de exclusión que, aun no figurando expresamente en el anuncio de licitación ni en el pliego de condiciones, se ha conformado por vía de la interpretación constante, judicialmente autorizada, de una disposición legislativa. La interpretación auspiciada por la AVCP y refrendada jurisdiccionalmente resulta favorable a la inadmisibilidad de las ofertas presentadas sin el pago de la contribución.

61. Admito que, en hipótesis, podría calificarse de una condición de difícil identificación, de manera que su exigencia no se avendría, en principio, con la doctrina en esta materia del Tribunal de Justicia. Estimo, sin embargo, que circunscribiéndose al criterio del licitador mínimamente diligente e informado, se vería de otro modo, aunque, como a continuación expongo, quizás no sea el Tribunal de Justicia quien está en la mejor posición para advertirlo.

62. En efecto, solo el tribunal de reenvío está en situación de determinar si, en las concretas circunstancias del caso, el licitador excluido no podía desconocer la interpretación de la Ley nº 266/2005 ni la práctica seguida en este género de concursos, consolidada por una aplicación administrativa constante, a tenor de la cual la contribución a la AVCP es también exigible en los contratos de servicios. Para su juicio puede ser útil constatar si el licitador excluido ha participado en concursos de las mismas características y en los que la cláusula controvertida se haya considerado exigible sobre la base de la interpretación de la Ley nº 266/2005 asumida por la AVCP.

63. En definitiva, al órgano judicial corresponde determinar si la doctrina de la AVCP y la jurisprudencia del Consiglio di Stato son suficientemente conocidas en el ámbito de las empresas licitadoras de concursos públicos como para deducir que un licitador diligente e informado no podía ignorarla.

64. Esta última afirmación conduce a otra que creo relevante desde el punto de vista del principio de igualdad de trato. Y es que, si se constatara que, en la práctica, el común de los licitadores están enterados de la doctrina de la AVCP y, por tanto, abonan cumplidamente la contribución litigiosa, se incurriría en un comportamiento discriminatorio dispensando de esa obligación a un licitador en particular.

65. Ciertamente, según ha señalado la Comisión,[22] la exigencia de una cláusula como la aquí examinada puede resultar especialmente perjudicial para los licitadores establecidos en otros Estados miembros, cuyo nivel de conocimiento del derecho nacional y de su interpretación auténtica puede no ser comparable al de los licitadores nacionales. Sin embargo, el criterio del licitador razonablemente informado y normalmente diligente –clave para la solución que propongo– permite obviar ese inconveniente, pues el grado de información y diligencia ha de acomodarse en cada caso a las características del licitador concreto, de suerte que, en el asunto de autos, el conocimiento que podría ser inexcusable en CRGT podría no serlo en un licitador foráneo.

22 — Apartado 38, *in fine*, de su escrito de observaciones.

66. Queda, en fin, la duda acerca de la posible subsanación del incumplimiento de la obligación de pagar la contribución que marca la Ley nº 266/2005. A este respecto, de acuerdo con la Comisión, opino que, de aceptar la jurisdicción de reenvío que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente desconocía la existencia de aquella obligación, el poder adjudicador debe concederle un plazo suficiente para subsanar el defecto. Es esta una consecuencia que se desprende, *sensu contrario*, de la doctrina del Tribunal de Justicia según la que la entidad adjudicadora no ha de admitir «cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión de éste» [23]. Justamente este sería el caso del incumplimiento de una obligación que no podría deducirse de «lo dispuesto expresamente en [aquellos] documentos».

67. En suma, el derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que consiente excluir de un procedimiento de contratación pública al licitador que ha incumplido una obligación de naturaleza fiscal cuando, aun no estando contenida de manera expresa en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, se exige por la constante interpretación administrativa, sancionada por los tribunales, de la ley interna aplicable, siempre que dicha circunstancia no pueda ser ignorada por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente, lo que corresponde determinar al juez nacional. De aceptarse que el conocimiento de aquella obligación no es inexcusable, el poder adjudicador ha de conceder al licitador excluido un plazo suficiente para la subsanación de su incumplimiento.

VI. **Conclusión**

68. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia responder a la cuestión planteada en los términos siguientes:

«1) Los artículos 47 y 48 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite valerse de forma fraccionada de las capacidades de otras empresas, en los términos indicados, en el ámbito de los servicios.

2) Los principios del derecho de la Unión Europea, y en particular los de igualdad de trato y transparencia, no se oponen a una normativa nacional que admite excluir de un procedimiento de contratación pública al licitador que ha incumplido una obligación de naturaleza fiscal cuando, aun no estando contenida de manera expresa en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, se exige por la constante interpretación administrativa, sancionada por los tribunales, de la ley interna aplicable, siempre que dicha circunstancia no pueda ser ignorada por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente, lo que corresponde determinar al juez nacional. De aceptarse que el conocimiento de aquella obligación no es inexcusable, el poder adjudicador ha de conceder al licitador excluido un plazo suficiente para la subsanación de su incumplimiento.»

23 — Asunto Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 46.