Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 3 de junio de 2021 *

«Procedimiento prejudicial — Adjudicación de contratos públicos de servicios, de suministros y de obras — Directiva 2014/24/UE — Desarrollo del procedimiento — Selección de los participantes y adjudicación de los contratos — Artículo 63 — Licitador que recurre a las capacidades de otra entidad para cumplir las exigencias del poder adjudicador — Artículo 57, apartados 4, 6 y 7 — Declaraciones falsas presentadas por dicha entidad — Exclusión de ese licitador sin imponerle ni permitirle sustituir a dicha entidad — Principio de proporcionalidad»

En el asunto C-210/20,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 20 de febrero de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de marzo de 2020, en el procedimiento entre

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

y

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

con intervención de:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por el Sr. N. Piçarra, Presidente de Sala, y los Sres. D. Šváby (Ponente) y S. Rodin, Jueces;

* Lengua de procedimiento: italiano.

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

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl y Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., por los Sres. A. Manzi y F. Bertini, avvocati;

– en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli y el Sr. S. L. Vitale, avvocati dello Stato;

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y P. Ondrůšek y por la Sra. K. Talabér-Ritz, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, y del artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl y Cosmo Scavi Srl, integradas en la unión temporal de empresas (UTE) Rad Service (en lo sucesivo, «UTE Rad Service»), por una parte, y Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (en lo sucesivo, «UTE Del Debbio») y la unión temporal de empresas constituida por DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA y Edil Moter Srl (en lo sucesivo, «UTE Daf») por otra, en relación con la decisión de la Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (Agencia sanitaria local de la región de Toscana Centro, Italia) de excluir a la UTE Del Debbio de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras.

Marco jurídico

Directiva 2014/24

3 Los considerandos 84, 101 y 102 de la Directiva 2014/24 exponen:

«(84) Muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Limitar estos

requisitos, por ejemplo mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos.

No obstante, el licitador al que se decida adjudicar el contrato debe estar obligado a presentar las pruebas pertinentes y los poderes adjudicadores no deben celebrar contratos con aquellos licitadores que no puedan hacerlo. Los poderes adjudicadores deben estar también facultados a solicitar en cualquier momento la totalidad o parte de la documentación complementaria cuando lo consideren necesario para la correcta ejecución del procedimiento. Este caso podría presentarse en particular en el procedimiento en dos fases —procedimientos restringidos, procedimientos de licitación con negociación, diálogos competitivos y asociaciones para la innovación— en el que los poderes adjudicadores pueden aprovechar la posibilidad de limitar el número de candidatos invitados a presentar una oferta. Exigir la presentación de la documentación complementaria en el momento de seleccionar los candidatos que vayan a ser invitados podría estar justificado para evitar que los poderes adjudicadores inviten a candidatos que se muestren incapaces de presentar la documentación complementaria en la fase de adjudicación, privando de la participación a otros candidatos cualificados.

Es preciso establecer explícitamente que el documento europeo único de contratación también debería ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el operador económico, de modo que la verificación de la información sobre dichas entidades pueda llevarse a cabo simultáneamente y en las mismas condiciones que la verificación relativa al principal operador económico.

[…]

(101) Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el

producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión.

(102) No obstante, debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. En concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate. Los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación. No obstante, se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.»

4 El artículo 18 de dicha Directiva, que lleva por título «Principios de la contratación», dispone en su apartado 1, párrafo primero:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.»

5 El artículo 57 de la citada Directiva, titulado «Motivos de exclusión», dispone, en sus apartados 4 a 7:

«4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

[…]

c) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad;

[…]

h) cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificativos requeridos de conformidad con el artículo 59;

i) cuando el operador económico haya intentado […] proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

[…]

5. […]

Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4.

6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.

7. Mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo. En particular, determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4.»

6 A tenor del artículo 59 de la citada Directiva, titulado «Documento europeo único de contratación»:

«1. En el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación, consistente en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen que el operador económico en cuestión cumple las condiciones siguientes:

a) no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos contempladas en el artículo 57;

b) cumple los criterios de selección pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 58;

c) cuando proceda, cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con arreglo al artículo 65.

Si el operador económico recurre a las capacidades de otras entidades con arreglo al artículo 63, el documento europeo único de contratación contendrá asimismo la información indicada en el presente apartado, párrafo primero, en lo que respecta a dichas entidades.

El documento europeo único de contratación consistirá en una declaración formal del operador económico que indique que no es de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que se cumple el criterio de selección pertinente, y facilitará la información pertinente según lo requiera el poder adjudicador. Dicho documento indicará además la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos e incluirá una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos.

Cuando el poder adjudicador pueda obtener los documentos justificativos directamente accediendo a una base de datos de conformidad con el apartado 5, el documento europeo único de contratación también incluirá la información necesaria a tal fin, como la dirección de internet de la base de datos, todos los datos de identificación y, en su caso, la necesaria declaración de consentimiento.

[…]

4. Un poder adjudicador podrá pedir a los candidatos y licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo.

Excepto para los contratos basados en acuerdos marco celebrados con arreglo al artículo 33, apartado 3, o al artículo 33, apartado 4, letra a), antes de la adjudicación del contrato el poder adjudicador exigirá al licitador al que haya decidido adjudicar el contrato que presente los documentos justificativos actualizados de conformidad con el artículo 60 y, en su caso, con el artículo 62. El poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados recibidos en aplicación de los artículos 60 y 62.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, los operadores económicos no estarán obligados a presentar documentos justificativos u otras pruebas documentales en caso y en la medida en que

el poder adjudicador tenga la posibilidad de obtener los certificados o la información pertinente accediendo directamente a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que pueda consultarse de forma gratuita, como un registro nacional de contratación pública, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación.

[…]»

7 El artículo 60 de la Directiva 2014/24, titulado «Medios de prueba», establece:

«1. Los poderes adjudicadores podrán exigir los certificados, declaraciones y otros medios de prueba mencionados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo y en el anexo XII como demostración tanto de la inexistencia de los motivos de exclusión a que se refiere el artículo 57, como del cumplimiento de los criterios de selección de conformidad con el artículo 58.

Los poderes adjudicadores no exigirán medios de prueba distintos de los mencionados en el presente artículo y en el artículo 62. En cuanto al artículo 63, los operadores económicos podrán basarse en cualquier medio adecuado para demostrar al poder adjudicador que dispondrán de los recursos necesarios.

2. Los poderes adjudicadores aceptarán como prueba suficiente de que el operador económico no se encuentra en ninguno de los casos especificados en el artículo 57:

a) por lo que respecta al apartado 1 del citado artículo, la presentación de un certificado del registro pertinente, como el de antecedentes penales o, en su defecto, un documento equivalente expedido por una autoridad judicial o administrativa competente del Estado miembro o del país de origen o de establecimiento, que demuestre que el operador económico cumple tales requisitos;

b) por lo que respecta al apartado 2 y al apartado 4, letra b), del mismo artículo, un certificado expedido por la autoridad competente del Estado miembro o país de que se trate.

[…]»

8 Bajo el título «Recurso a las capacidades de otras entidades», el artículo 63 de esta Directiva 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.

El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

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.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 19, apartado 2, podrán recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades.

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.»

Derecho italiano

9 A tenor del artículo 32, apartado 7, del decreto legislativo n. 50 — Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.º 50, por el que se aprueba el Código de Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016 (suplemento ordinario de la GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016; en lo sucesivo, «Código de Contratos Públicos»):

«La adjudicación se hará efectiva tras comprobar que se cumplen los criterios.»

10 El artículo 80 del Código de Contratos Públicos dispone, en su apartado 5, letra f-*bis*):

«Los poderes adjudicadores excluirán de la participación en el procedimiento de licitación a cualquier operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones siguientes, incluso cuando dicha situación afecte a alguno de sus subcontratistas en los casos contemplados en el artículo 105, apartado 6: […] f-*bis*) cuando el operador económico presente documentos o declaraciones falsas en un procedimiento de licitación en curso y en relación con el recurso a las capacidades de otras entidades.»

11 El artículo 89 del mencionado Código establece:

«1. […]

El operador económico que desee recurrir a las capacidades de otras entidades adjuntará […] una declaración firmada por [la empresa auxiliar] en la que se certifique que cumple los criterios generales a que se refiere el artículo 80, así como los criterios técnicos, y que dispone de los recursos que justifican que se recurra a sus capacidades. El operador económico demostrará al

poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios mediante la presentación de una declaración firmada por la empresa auxiliar, en la que esta última se obligue frente al licitador y al poder adjudicador a poner a disposición durante todo el período de vigencia del contrato los recursos necesarios de los que carezca el licitador. En caso de declaraciones falsas, el poder adjudicador excluirá al licitador y ejecutará la garantía, sin perjuicio de la aplicación del artículo 80, apartado 12, a los firmantes de dichas declaraciones. […]

3. El poder adjudicador comprobará, con arreglo a los artículos 85, 86 y 88, si las entidades a las que el operador económico desea recurrir cumplen los criterios pertinentes de selección o si existen motivos de exclusión en el sentido del artículo 80. Obligará al operador económico a sustituir a las entidades que no cumplan alguno de los criterios de selección pertinentes o respecto de las cuales existan motivos obligatorios de exclusión. El anuncio de licitación podrá indicar también los casos en que el operador económico estará obligado a sustituir a una entidad que incurra en motivos de exclusión no obligatorios, siempre que se trate de criterios técnicos.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

12 Mediante anuncio de licitación de 3 de enero de 2018, la Agencia sanitaria local de Toscana Centro inició un procedimiento de adjudicación de las obras de demolición selectiva y mecánica de los edificios del antiguo Hospital *Misericordia e Dolce* de Prato (Italia), por un importe de base de 5 673 030,73 euros.

13 A efectos de la presentación de su oferta, la UTE Del Debbio se basó en las capacidades técnicas y profesionales de una empresa auxiliar.

14 Cuando ocupaban las dos primeras plazas en la clasificación provisional, la UTE Daf, por una parte, y la UTE Del Debbio, por otra, fueron excluidas del procedimiento por el poder adjudicador. A consecuencia de ello, la UTE Rad Service pasó a ser la primera de dicha clasificación.

15 La exclusión de la UTE Del Debbio vino motivada por la presentación de una declaración de la empresa auxiliar que no mencionaba un *patteggiamento*, es decir, una sentencia de aplicación de la pena pactada en el marco de un acuerdo entre las partes, dictada contra el titular y representante legal de la empresa el 14 de junio de 2013 y que adquirió fuerza de cosa juzgada el 11 de septiembre de 2013. Pues bien, en Derecho italiano, el *patteggiamento* se asimila expresamente, en las circunstancias del litigio principal, a una condena por delito de lesiones imprudentes, cometido infringiendo la normativa en materia de protección de la salud y seguridad en el lugar de trabajo.

16 El poder adjudicador consideró que la empresa auxiliar había presentado una declaración falsa y engañosa en respuesta a la cuestión que figuraba en el documento europeo único de contratación relativa a si había sido declarado culpable de falta profesional grave, contemplada en el artículo 80, apartado 5, letra c), del Código de Contratos Públicos. En consecuencia, el poder adjudicador consideró que la UTE Del Debbio debía quedar automáticamente excluida del procedimiento, de conformidad con el artículo 80, apartado 5, letra f-*bis*), y el artículo 89, apartado 1, de dicho Código.

17 Después de que el Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Toscana, Italia) anulara, mediante dos sentencias, las exclusiones de la UTE Del Debbio y de la UTE Daf, la UTE Rad Service interpuso recurso de apelación contra esas sentencias ante el órgano jurisdiccional remitente, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).

18 Este último considera que, con arreglo al artículo 89, apartado 1, párrafo cuarto, del Código de Contratos Públicos, la declaración falsa presentada por el representante legal de la empresa auxiliar en el marco del procedimiento de licitación implica automáticamente la obligación del poder adjudicador de excluir al licitador que se haya basado en las capacidades de esa empresa, sin que pueda proceder a su sustitución. Por tanto, a su juicio, el procedimiento de corrección previsto en el artículo 89, apartado 3, de dicho Código no resulta aplicable, de modo que el operador económico no puede sustituir a la empresa auxiliar.

19 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la compatibilidad de esa disposición con los principios y normas contemplados en el artículo 63 de la Directiva 2014/24 y con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24 pretende, en particular, garantizar que las prestaciones sean realizadas por operadores cuyas capacidades y moralidad sean adecuadas e impone, por consiguiente, al poder adjudicador aceptar la sustitución de una empresa auxiliar que no cumpla los criterios o respecto de la cual exista un motivo de exclusión.

20 Ahora bien, al prever la exclusión automática del licitador como consecuencia de declaraciones falsas de la empresa a cuyas capacidades tenga intención de recurrir, el artículo 89, apartado 1, párrafo cuarto, del Código de Contratos Públicos prohíbe —a su juicio— la sustitución de la empresa auxiliar y, por tanto, la solución correctora que, en cambio, prevé el apartado 3 de dicha disposición para todos los demás motivos obligatorios de exclusión.

21 Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente considera que el artículo 63 de la Directiva 2014/24 no establece ninguna diferencia de régimen e impone la sustitución de la empresa auxiliar siempre que sea objeto de motivos obligatorios de exclusión, cualesquiera que estos sean.

22 Además, a su juicio, un licitador no puede controlar la autenticidad y veracidad de las declaraciones presentadas por las empresas a cuyas capacidades tenga intención de recurrir. Por lo tanto, debe confiar, según el órgano jurisdiccional remitente, en las declaraciones o en la documentación aportada por estas. Por otra parte, la UTE Del Debbio alega que, en el caso de autos, le era imposible conocer la condena penal del titular de la empresa auxiliar, puesto que esta no figuraba en el extracto de antecedentes penales que puede ser consultado por una entidad privada distinta del interesado.

23 Por último, según el órgano jurisdiccional remitente, los posibles límites nacionales al ejercicio del derecho de un licitador a valerse de las capacidades de otras entidades deben considerarse estrictamente, a la luz de los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

24 En esas circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone el artículo 63 de la Directiva [2014/24], a la luz de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, consagrados en los artículos 49 [TFUE] y 56 [TFUE], a la aplicación de la normativa italiana en materia de recurso a las capacidades de

otras entidades y de exclusión de los procedimientos de licitación, recogida en el artículo 89, apartado 1, párrafo cuarto, del [Código de Contratos Públicos], según la cual, cuando una entidad auxiliar realiza manifestaciones falsas sobre la existencia de condenas penales con fuerza de cosa juzgada potencialmente aptas para demostrar que ha cometido una falta profesional grave, el poder adjudicador está obligado a excluir en todo caso al operador económico que participa en la licitación y no puede ni exigirle ni permitirle que designe a otra entidad auxiliar adecuada en sustitución de la primera, a pesar de que esa posibilidad está prevista en los demás supuestos en que las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico no cumplen un criterio de selección pertinente o están afectadas por un motivo de exclusión obligatoria?»

25 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente solicitó la aplicación del procedimiento acelerado, con arreglo al artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, basándose en que el presente asunto plantea una cuestión de principio, en que tiene por objeto la ejecución de obras urgentes relativas a edificios hospitalarios, que no deben aplazarse ni suspenderse y representan un valor significativo, y en que la disposición nacional controvertida en el litigio principal es objeto de numerosos litigios.

26 Esa solicitud de procedimiento acelerado fue denegada mediante resolución del Presidente del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2020.

Sobre la cuestión prejudicial

27 Con carácter preliminar, es preciso señalar que la cuestión planteada sugiere que una normativa nacional que prevé la exclusión automática de un licitador, cuando una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir ha transmitido información falsa, podría vulnerar el principio de no discriminación, puesto que se admite la sustitución de tal entidad cuando esta no cumple un criterio pertinente de selección o si existen motivos obligatorios de exclusión en su contra.

28 Pues bien, los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación a efectos de determinar las condiciones de aplicación de los motivos de exclusión facultativos previstos en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, apartado 36; de 28 de marzo de 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, apartado 45, y de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 34). En efecto, con arreglo al artículo 57, apartados 4 y 7, de la Directiva 2014/24, los Estados miembros tienen la facultad de no aplicar los motivos de exclusión facultativos que en ella se indican o de integrarlos en la normativa nacional con un grado de rigor que puede variar según los casos, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan a nivel nacional.

29 En esas circunstancias, procede reformular la cuestión prejudicial planteada y considerar que, mediante dicha cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 63 de la Directiva 2014/24, en relación con su artículo 57, apartados 4, letra h), y 6, y a la luz del principio de proporcionalidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual el poder adjudicador debe excluir automáticamente a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando una empresa auxiliar, a cuya capacidad tiene intención de recurrir, ha presentado una declaración falsa sobre la existencia de condenas penales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada, sin poder imponer, o, al menos, permitir, en tal caso, al referido licitador que sustituya a dicha entidad,

contrariamente a lo previsto en los demás supuestos en que las entidades en cuya capacidad se basa el licitador no cumplen un criterio de selección pertinente o respecto de las cuales existan motivos obligatorios de exclusión.

30 A este respecto, procede recordar que el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 prevé el derecho de un operador económico a recurrir, para un contrato determinado, a las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, con el fin de cumplir tanto los criterios relativos a la capacidad económica y financiera establecidos en el artículo 58, apartado 3, de dicha Directiva como los criterios relativos a las capacidades técnicas y profesionales, contemplados en el artículo 58, apartado 4, de esa misma Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartados 33, 35, 39, 49 y 51, y de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 25).

31 Con arreglo al artículo 59, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 2014/24, interpretado a la luz del considerando 84, párrafo tercero, de esta, el operador económico que pretenda acogerse a ese derecho deberá transmitir al poder adjudicador, en el momento de la presentación de su solicitud de participación o su oferta, un documento europeo único de contratación en el que dicho operador afirme que tanto él mismo como las entidades a cuyas capacidades tiene intención de recurrir no se encuentran en ninguna de las situaciones, contempladas en el artículo 57 de dicha Directiva, de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos.

32 En consecuencia, en virtud del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, corresponde al poder adjudicador comprobar, por una parte, que, con arreglo a los artículos 59 a 61 de esta, las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y, por otra parte, si existen motivos de exclusión, contemplados en el artículo 57 de dicha Directiva, relativos tanto al propio operador económico como a esas entidades.

33 A tenor del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro del que forme parte podrá exigir a este que requiera al operador económico afectado que sustituya a la entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir cuando esta última haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria. Así pues, del tenor de esta última frase se desprende claramente que, si bien los Estados miembros pueden establecer que, en tal supuesto, el poder adjudicador esté obligado a imponer tal sustitución a dicho operador económico, no pueden, en cambio, privar a ese poder adjudicador de su facultad de exigir, por iniciativa propia, tal sustitución. En efecto, los Estados miembros solo disponen de la posibilidad de sustituir la referida facultad por una obligación, para el poder adjudicador, de proceder a tal sustitución.

34 Esa interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24 contribuye, además, a garantizar el respeto del principio de proporcionalidad por parte de los poderes adjudicadores, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva. En efecto, de ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos

perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 45).

35 Pues bien, en primer lugar, el objetivo del artículo 57 de la Directiva 2014/24, que es también el perseguido por su artículo 63, es permitir al poder adjudicador asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores y, por tanto, de que no se romperá la relación de confianza con el operador económico de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 29, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 26). Desde ese punto de vista, el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, en relación con el considerando 102 de esta, garantiza, por principio, el derecho de todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 de dicha disposición a aportar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.

36 En esas circunstancias, antes incluso de exigir a un licitador la sustitución de una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir, debido a que se encuentra en una de las situaciones contempladas en el artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24, el artículo 63 de dicha Directiva presupone que el poder adjudicador da a dicho licitador o entidad la posibilidad de presentarle las medidas correctoras que eventualmente haya adoptado para subsanar la irregularidad declarada y, por tanto, demostrar que puede ser considerada de nuevo una entidad fiable (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 37).

37 Por lo tanto, solo con carácter subsidiario, y si la entidad frente a la que se opone una causa de exclusión contemplada en el artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24 no ha adoptado ninguna medida correctora o si el poder adjudicador considera insuficientes las que ha adoptado, puede o, si su Derecho nacional le obliga a ello, debe exigir al licitador que proceda a la sustitución de dicha entidad.

38 A este respecto, debe precisarse que, con arreglo al artículo 57, apartado 6, párrafo cuarto, de la Directiva 2014/24, un operador económico que haya sido excluido por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrá derecho, durante el período de exclusión fijado por dicha sentencia en los Estados miembros en los que la sentencia sea ejecutiva, a invocar las medidas correctoras que haya adoptado a raíz de esa sentencia y, por tanto, a eludir la exclusión si dichas pruebas se consideran suficientes. No obstante, cuando una sentencia firme excluya de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones a una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir el licitador, el licitador debe poder, en tal caso, ser autorizado por el poder adjudicador a proceder a la sustitución de esa entidad.

39 En segundo lugar, la pertinencia, a la vista del principio de proporcionalidad, de la interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24 que figura en el apartado 33 de la presente sentencia resulta también del considerando 101, párrafo tercero, de dicha Directiva, a tenor del cual, al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención a este principio. Pues bien, esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento

cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48).

40 En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad de que se trate, basándose en todos los elementos pertinentes (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 31, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 29). A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 52).

41 En el caso de autos, si el órgano jurisdiccional remitente corroborase la afirmación de la UTE Del Debbio según la cual la condena penal del directivo de la empresa auxiliar a cuya capacidad tenía intención de recurrir no figuraba en el extracto de antecedentes penales que pueden consultar las entidades privadas, de modo que la normativa italiana no permitía a la UTE Del Debbio tener conocimiento de dicha condena, no se le podría reprochar haber incurrido en falta de diligencia. Por tanto, en tales circunstancias, sería contrario al principio de proporcionalidad, enunciado en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, impedir la sustitución de la entidad afectada por una causa de exclusión.

42 Cabe precisar también que, cuando se ve obligado por su Derecho nacional a exigir a un licitador que sustituya a una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir, el poder adjudicador debe velar, de conformidad con los principios de transparencia y de igualdad de trato enunciados en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, por que la sustitución de la entidad de que se trate no dé lugar a una modificación sustancial de la oferta de ese licitador.

43 En efecto, la obligación del poder adjudicador de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública y que forma parte de la propia esencia de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación del mencionado poder adjudicador. El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen por tanto a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 25 y 27 y jurisprudencia citada).

44 De ello se deduce que, al igual que una petición de aclaración de una oferta, la solicitud de un poder adjudicador que exige la sustitución de una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir un licitador no puede tener como consecuencia que este último presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta, debido a las sustanciales modificaciones que introduciría respecto a la oferta inicial (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de marzo de

2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 64, y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 31 y 37).

45 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 63 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartado 4, letra h), de dicha Directiva y a la luz del principio de proporcionalidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual el poder adjudicador debe excluir automáticamente a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando una empresa auxiliar, a cuya capacidad tiene intención de recurrir, ha presentado una declaración falsa sobre la existencia de condenas penales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada, sin poder imponer o, al menos, permitir, en tal caso, al referido licitador que sustituya a dicha entidad.

Costas

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

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

El artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en relación con el artículo 57, apartado 4, letra h), de dicha Directiva y a la luz del principio de proporcionalidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual el poder adjudicador debe excluir automáticamente a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando una empresa auxiliar, a cuya capacidad tiene intención de recurrir, ha presentado una declaración falsa sobre la existencia de condenas penales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada, sin poder exigir o, al menos, permitir, en tal caso, al referido licitador que sustituya a dicha entidad.

Firmas