



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 11 de mayo de 2017

Sala Octava

Asunto C-131/16

SUMARIO:

Contratos públicos. Procedimiento de adjudicación. Principio de igualdad de trato. Requerimiento de subsanación de la oferta a los licitadores. Retención de la fianza. El principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigiese el pliego de condiciones y que no hayan sido remitidos en el plazo fijado para presentar las ofertas. En cambio, el referido artículo no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente. La Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un procedimiento de adjudicación de un contrato público ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido que recurre contra esas dos decisiones debe poder solicitar que la oferta del licitador adjudicatario quede excluida, de modo que la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, puede referirse, en su caso, a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

PRECEPTOS:

Directiva 92/13/CEE (coordinación de disposiciones sobre formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones), arts. 1.3 y 2 bis.2.

Directiva 2004/17/CE (Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales), art. 10.

www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Don M. Vilaras.

En el asunto C-131/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia), mediante resolución de 19 de febrero de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 1 de marzo de 2016, en el procedimiento entre

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

y

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

con la intervención de:

Digital-Center sp. z o.o.,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

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

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 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., por la Sra. A. Olszewska;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. F. Di Matteo, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. K. Herrmann y el Sr. A. Tokár, 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



www.civil-mercantil.com

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 10 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1), y del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 92/13»).

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Archus sp. z o.o. y Gama Jacek Lipik (en lo sucesivo, conjuntamente, «Archus y Gama»), por una parte, y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Sociedad Polaca de Petróleo y Gas Natural), por otra parte, en relación con las decisiones de esta última de rechazar la oferta de aquéllas en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y de aceptar la oferta presentada por Digital-Center sp. z o.o.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. El artículo 10 de la Directiva 2004/17 dispone lo siguiente:

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

4. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 establece:

«Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

5. El artículo 2 bis, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 92/13 dispone lo siguiente:

«Se considerarán candidatos afectados aquellos a los que la entidad contratante no haya facilitado información sobre el rechazo de su solicitud antes de notificar la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados.»

Derecho polaco

6. El artículo 25 de la Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, posición 2164) (Ley de 29 de enero de 2004, de contratación pública; en lo sucesivo, «Pzp») establece lo siguiente:

«1. En el procedimiento de adjudicación de contratos, la entidad adjudicadora sólo podrá solicitar a los operadores económicos los documentos y declaraciones necesarios para la tramitación del procedimiento. Los documentos y declaraciones que acrediten el cumplimiento de:

- 1) los requisitos para participar en el procedimiento y
- 2) los requisitos establecidos por la entidad adjudicadora respecto de las ofertas de suministros, de servicios o de obras

deberán ser indicados por la entidad adjudicadora en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o en la invitación a licitar.

2. El Presidente del Consejo de Ministros determinará por vía reglamentaria qué tipo de documentos podrá requerir la entidad adjudicadora a los operadores económicos y en qué forma podrán presentarse tales documentos [...].»

7. A tenor del artículo 26, apartado 3, de la Pzp:

«La entidad adjudicadora requerirá a los operadores económicos que no hayan presentado en el plazo establecido los documentos o declaraciones solicitados a los que se hace referencia en el artículo 25, apartado 1, que no hayan presentado poderes, o que hayan presentado con deficiencias los documentos y declaraciones solicitados por la entidad adjudicadora a los que se hace referencia en el artículo 25, apartado 1, o bien que hayan presentado poderes de forma irregular, para que presenten dichos documentos y declaraciones en un plazo determinado, a no ser que, pese a su presentación, deba rechazarse la oferta del operador económico o deba invalidarse el procedimiento. Los documentos y declaraciones presentados a solicitud de la entidad adjudicadora deberán acreditar que el operador económico cumple los requisitos de participación en el procedimiento y que los suministros, servicios u obras propuestos cumplen los requisitos establecidos por la entidad adjudicadora, y ello, a más tardar, el día de finalización del plazo de presentación de las solicitudes de participación en el procedimiento o del plazo de presentación de las ofertas».

8. El artículo 46, apartado 4a, de la Pzp está redactado en los siguientes términos:

«La entidad adjudicadora retendrá la garantía y los intereses si el operador económico, en respuesta al requerimiento al que se refiere el artículo 26, apartado 3, no proporciona, por razones que le sean imputables, los documentos o declaraciones a los que se hace referencia en el artículo 25, apartado 1, los poderes, la lista de entidades que pertenecen al mismo grupo a la que se refiere el artículo 24, apartado 2, punto 5, o información que indique que no pertenece a ningún grupo, o si no acepta la subsanación de un error a la que se hace referencia en el artículo 87, apartado 2, punto 3, de modo que no sea posible seleccionar su oferta como la más ventajosa».

9. El artículo 87 de la Pzp establece lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

«1. Durante el examen y la evaluación de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los operadores económicos que hagan aclaraciones sobre el contenido de éstas. La entidad adjudicadora no podrá negociar con el respectivo operador económico sobre la oferta presentada; sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1a y 2 del presente artículo, el contenido de la oferta no podrá ser modificado.

1a. En un procedimiento de diálogo competitivo, la entidad adjudicadora, durante el examen y la evaluación de las ofertas, podrá solicitar a los operadores económicos precisiones y reajustes en cuanto al contenido de las respectivas ofertas, así como la aportación de información adicional; con tal motivo no podrán modificarse sustancialmente el contenido de las ofertas ni las exigencias contenidas en el pliego de condiciones.

2. La entidad adjudicadora corregirá en cada oferta:

- 1) los errores tipográficos manifiestos,
- 2) los errores de cálculo manifiestos, teniendo en cuenta las consecuencias aritméticas de las correcciones efectuadas,
- 3) otros errores consistentes en incongruencias entre la oferta y el pliego de condiciones, siempre que no supongan modificaciones esenciales del contenido de la oferta; el operador económico cuya oferta sea corregida deberá ser informado inmediatamente.»

10. A tenor del artículo 179, apartado 1, de la Pzp:

«Los recursos previstos en la presente sección podrán ser presentados por los operadores económicos, los competidores y cualquier otra persona, siempre que tengan o hayan tenido interés en la adjudicación de un determinado contrato y se hayan visto o puedan verse perjudicados por una infracción de las disposiciones de la presente Ley cometida por la entidad adjudicadora.»

11. El artículo 180, apartado 1, de la Pzp dispone lo siguiente:

«Sólo podrá recurrirse contra una acción ilícita cometida por la entidad adjudicadora durante el procedimiento de adjudicación o contra la omisión de una acción a la que la entidad adjudicadora esté legalmente obligada.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

12. El 3 de junio de 2015, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con el número 2015/S 105-191838, un anuncio de licitación restringida para adjudicar un contrato público de servicios con el fin de digitalizar los documentos de su archivo geológico central y de preparar una versión electrónica de los documentos, accesible a través de su red interna. El objeto del contrato consistía en escanear los documentos en papel de dicho archivo, procesar digitalmente los documentos escaneados y grabarlos en soportes de datos duraderos de uso común, en formatos digitales determinados y en microfilmes.

13. El punto 4.1 del pliego de condiciones indicaba que los licitadores debían adjuntar dos documentos a su oferta de servicios. El primero debía ser una copia escaneada de un documento determinado por la entidad adjudicadora, grabada en un soporte duradero y editada

según la descripción que se detallaba en el punto 4.1, letra a), del pliego de condiciones. El segundo debía ser una muestra de microfilme de 35 mm en el que se recogiese el producto impresionado, evaluado de conformidad con el criterio de calidad, en formato A4 y una ampliación en formato A0 -es decir, ampliado 16 veces-, acompañados de una descripción del método de microfilmado y de las características técnicas que se detallaban en el punto 4.1, letra b), del pliego de condiciones (en lo sucesivo, «muestra de microfilme»).

14. La calidad del primer documento debía valorarse a la luz de los criterios de evaluación de las ofertas, mientras que la calidad de la muestra de microfilme debía serlo según la fórmula «cumplido/no cumplido», con la precisión de que, si la muestra no cumplía los requisitos, la oferta debía ser rechazada con arreglo al artículo 89, apartado 1, punto 2, de la Pzp.

15. Asimismo, los licitadores estaban obligados a depositar la suma de 20 000 eslotis polacos (PLN) para garantizar su oferta.

16. En el marco de este procedimiento se presentaron dos ofertas, una conjunta de Archus y Gama y otra de Digital-Center.

17. El 15 de octubre de 2015, Archus y Gama, alegando un error involuntario, remitieron a la entidad adjudicadora una solicitud de corrección de su oferta, con arreglo al artículo 87, apartado 2, punto 3, de la Pzp, con el fin de sustituir por una nueva muestra de microfilme la que habían adjuntado a su oferta, que no era conforme con las especificaciones del pliego de condiciones.

18. El 17 de noviembre de 2015, la entidad adjudicadora respondió a esta solicitud indicando que había estimado que la nueva muestra de microfilme completaba los documentos enviados, de conformidad con el artículo 26, apartado 3, de la Pzp. No obstante, les indicó también que no habían proporcionado la información relativa al método de microfilmado de la muestra ni a las características técnicas, según lo exigido en el punto 4.1, letra b), del pliego de condiciones, por lo que las instó a completar dicha información.

19. Tras haber examinado las dos muestras de microfilme enviadas por Archus y Gama, la entidad adjudicadora rechazó finalmente la oferta de éstas por no ser conforme con el referido punto 4.1, letra b), del pliego de condiciones. Estimó que las muestras de microfilme depositadas por dichas sociedades no permitían leer la copia de un documento microfilmado en formato A0 con una resolución mínima de 200 puntos por pulgada (dpi). Por lo demás, consideró que la oferta presentada por Digital-Center era la más ventajosa.

20. A continuación, Archus y Gama interpusieron un recurso ante la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia) contra las decisiones de la entidad adjudicadora que, respectivamente, rechazaban su oferta y aceptaban la oferta de Digital-Center.

21. El órgano jurisdiccional remitente explica, en esencia, que, en virtud de la normativa nacional en materia de contratación pública, la entidad adjudicadora puede exigir a los licitadores que presenten «documentos y declaraciones», así como muestras de los productos que han de suministrarse en el marco de la licitación. Asimismo, tiene la obligación de pedirles que completen, en su caso, los documentos que falten o que incluyan errores, para que sean



www.civil-mercantil.com

conformes con lo exigido en el pliego de condiciones, excepto en el supuesto de que la oferta deba ser rechazada por otros motivos o cuando sea necesario invalidar el procedimiento.

22. Ante todo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si es legal la obligación, impuesta a la entidad adjudicadora, de requerir al licitador para que complete un documento exigido por el pliego de condiciones o para que presente una nueva muestra conforme a dicho pliego, como en el litigio principal, en la medida en que esto puede hacer que dicho licitador modifique el contenido de su oferta, algo que menoscabaría la transparencia del procedimiento de licitación. A renglón seguido se pregunta si es conforme a Derecho retener la garantía abonada por el licitador cuando este último no accede al requerimiento que le ha hecho la entidad adjudicadora para que complete tal documento. Por último, se pregunta acerca del interés jurídico que tienen Archus y Gama en que se anule la oferta de Digital-Center.

23. En estas circunstancias, la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso) ha resuelto suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Puede interpretarse el artículo 10 de la [Directiva 2004/17] en el sentido de que la entidad adjudicadora puede ser obligada a requerir a los operadores económicos que no hayan presentado en el plazo establecido (esto es, el plazo para la presentación de ofertas) los "documentos y declaraciones" solicitados que acrediten que las ofertas de suministros, servicios u obras satisfacen las exigencias de la entidad adjudicadora (incluyéndose en el concepto de "documentos y declaraciones" también las muestras del objeto del contrato), o que hayan presentado con deficiencias los "documentos y declaraciones" solicitados, para que presenten en un determinado plazo adicional los "documentos o declaraciones" (muestras) que faltan o corregidos, sin especificar que se les prohíbe modificar el contenido de la oferta al completar los "documentos o declaraciones" (muestras)?

2) ¿Puede interpretarse el artículo 10 de la [Directiva 2004/17] en el sentido de que la entidad adjudicadora puede retener la fianza abonada por el operador económico si éste, pese a haber sido requerido al respecto por la entidad adjudicadora, no ha presentado "documentos y declaraciones" (muestras) complementarios que acrediten que las ofertas de suministros, servicios u obras satisfacen las exigencias de la entidad adjudicadora, en caso de que se haya modificado el contenido de la oferta o de que dicho operador no acepte la corrección de la oferta hecha por la entidad adjudicadora, con la consecuencia de que la oferta del operador económico no haya podido ser seleccionada como la más ventajosa?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la [Directiva 92/13] en el sentido de que por la expresión "determinado contrato" que dicha disposición emplea en la frase "interés en obtener un determinado contrato" se ha de entender un "procedimiento determinado de adjudicación de un contrato público" (en el presente asunto, el publicado mediante el anuncio de 3 de junio de 2015), o en el sentido de que con dicha expresión se hace referencia a un "determinado objeto del contrato" (en el presente asunto, el servicio de digitalización de documentos de los archivos de la entidad adjudicadora), con independencia de que, a consecuencia de la estimación del recurso, la entidad adjudicadora se vea obligada a invalidar el procedimiento en curso para la adjudicación de un contrato público y, en su caso, a iniciar un nuevo procedimiento con ese fin?»

Sobre la primera cuestión prejudicial

24. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se



www.civil-mercantil.com

recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de una licitación, la entidad adjudicadora requiera a los licitadores para que presenten los documentos y declaraciones exigidos que no hayan sido aportados por dichos licitadores en el plazo fijado para presentar las ofertas o para que corrijan dichos documentos y declaraciones en caso de errores, sin que la entidad adjudicadora esté obligada, por lo demás, a explicar a dichos licitadores que tienen prohibido modificar el contenido de las ofertas presentadas.

25. A este respecto, debe recordarse, ante todo, que la obligación de la entidad adjudicadora 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 (véanse, en particular, las sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 33) y que corresponde a la esencia misma de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, EU:C:1993:257, apartado 33; de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, apartado 51, y de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, apartado 33), 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 éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45, y de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 37).

26. Dicho principio obliga, en particular, a que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los competidores (sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, apartado 54; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, EU:C:2002:746, apartado 93, y de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 33).

27. El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen también a toda negociación entre la entidad adjudicadora 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 de la entidad adjudicadora ni del licitador (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 36, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 31).

28. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que la entidad adjudicadora le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que la entidad adjudicadora ha negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato (sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 37).



29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos [véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-].

30. Ante todo, una petición de aclaración de una oferta, que no puede formularse hasta que la entidad adjudicadora haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas, debe dirigirse, en principio, de manera equivalente a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación y debe referirse a todos los puntos de la oferta que requieran una aclaración (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 42 a 44, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 34 y 35).

31. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36).

32. Por último, y con carácter general, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone en lo que respecta a la facultad de solicitar a los licitadores que aclaren su oferta, la entidad adjudicadora está obligada a tratar a los licitadores del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que una petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al licitador o licitadores que la recibieron (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 41, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 37).

33. Ahora bien, una petición de aclaraciones no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que la entidad adjudicadora debe cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido (véase en este sentido la sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 40).

34. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente ha precisado, en su petición de decisión prejudicial, que los licitadores debían adjuntar a su oferta muestras del material de archivo digitalizado, que debían elaborarse siguiendo las consignas establecidas en el punto 4.1 del pliego de condiciones e indicar el método seguido y la calidad de la digitalización.

35. En las circunstancias del litigio principal, son Archus y Gama, en su condición de licitadores, quienes han remitido a la entidad adjudicadora una petición de corrección de su



www.civil-mercantil.com

oferta, basándose en el artículo 87, apartado 2, punto 3, de la Pzp, con el fin de sustituir por una nueva muestra de microfilme la que habían adjuntado a la oferta, que no era conforme con las especificaciones del pliego de condiciones.

36. Pues bien, según la jurisprudencia citada en el apartado 29 de la presente sentencia, el requerimiento dirigido por la entidad adjudicadora a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones exigidos no puede tener otro objeto, en principio, que la aclaración de la oferta de ese licitador o la subsanación de un error manifiesto del que adolezca dicha oferta. Por tanto, no puede permitir con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas. Tampoco puede tener como consecuencia, según la jurisprudencia citada en el apartado 31 de la presente sentencia, que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.

37. En todo caso, sólo cabe admitir la obligación que puede recaer sobre una entidad adjudicadora, en virtud del Derecho nacional, de requerir a los licitadores para que aporten los documentos y declaraciones exigidos que no remitieron en el plazo establecido para presentar las ofertas o para que corrijan dichos documentos y declaraciones en caso de errores en la medida en que las adiciones o correcciones llevadas a cabo en la oferta inicial no hagan que ésta quede modificada de manera sustancial. En efecto, del apartado 40 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), se desprende que la oferta inicial sólo puede ser corregida excepcionalmente para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.

38. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en las circunstancias del litigio principal, la sustitución llevada a cabo por Archus y Gama sigue estando dentro de los límites de la subsanación de un error manifiesto del que adolece su oferta.

39. Por tanto, debe responderse a la primera cuestión prejudicial planteada que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigiese el pliego de condiciones y que no hayan sido remitidos en el plazo fijado para presentar las ofertas. En cambio, el referido artículo no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

40. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en circunstancias como las del asunto principal, la entidad adjudicadora retenga la fianza abonada por un licitador en el marco de un procedimiento de



www.civil-mercantil.com

adjudicación de un contrato público cuando dicho licitador, o bien no ha aportado los documentos que acreditan que su oferta era conforme con las exigencias establecidas por la entidad adjudicadora en el pliego de condiciones porque el contenido de su oferta se habría visto modificado, o bien no ha aceptado que la entidad adjudicadora corrija su oferta, con la consecuencia de que su oferta no ha podido ser seleccionada.

41. Según jurisprudencia reiterada, el procedimiento que establece el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, gracias al cual el primero proporciona a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que les son necesarios para la solución de los litigios que deben resolver (véanse, en particular, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 30; de 15 de septiembre de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, apartado 16, y de 19 de junio de 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, apartado 31).

42. En el marco de esta cooperación, las cuestiones relativas al Derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta patente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias de 21 de enero de 2003, Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, apartado 43; de 15 de septiembre de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, apartado 17, y de 19 de junio de 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, apartado 32).

43. La función confiada al Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial consiste, en efecto, en contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no en formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (véanse, en particular, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 32, y de 15 de septiembre de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, apartado 18).

44. Pues bien, debe señalarse que, como se desprende de la resolución de remisión, es evidente que las circunstancias del litigio principal no encajan en ninguno de los dos supuestos contemplados por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión prejudicial.

45. En efecto, el litigio principal versa fundamentalmente, como se desprende del examen de la primera cuestión prejudicial, sobre la cuestión de si la entidad adjudicadora puede admitir, sin vulnerar el principio de igualdad de trato que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17, que un licitador pueda, con posterioridad a la presentación de su oferta, sustituir un documento cuya aportación se exigía en el pliego de condiciones -en el presente asunto, una muestra de microfilme-, en la medida en que la muestra enviada lo había sido supuestamente por error. De la resolución de remisión no se desprende en absoluto que Archus y Gama no hayan aportado los documentos exigidos por el pliego de condiciones o, incluso, que se hayan negado a aceptar que la entidad adjudicadora corrija su oferta. En

consecuencia, debe declararse que el problema planteado por el órgano jurisdiccional remitente en el marco de su segunda cuestión prejudicial es de carácter hipotético.

46. En estas circunstancias, la segunda cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente debe ser declarada manifiestamente inadmisibile.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

47. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 debe interpretarse en el sentido de que la expresión «determinado contrato» que dicha disposición emplea se refiere a un determinado procedimiento de adjudicación de un contrato público o al objeto mismo del contrato que se pretende adjudicar mediante un procedimiento de esa naturaleza, en el supuesto de que sólo se hayan presentado dos ofertas y de que se pueda reconocer que el licitador cuya oferta ha sido rechazada tiene un interés en lograr que se rechace la oferta del otro licitador y, en consecuencia, en que se tramite un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

48. El órgano jurisdiccional remitente ha precisado a este respecto que el operador económico que ha presentado una oferta en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público no tiene interés en ejercitar la acción contra la decisión de adjudicación del contrato público cuando su oferta ha sido rechazada. Por consiguiente, si bien un licitador como Archus y Gama tiene sin lugar a dudas interés en impugnar una decisión por la que se rechaza su oferta, en la medida en que, en ese caso, sigue teniendo una oportunidad de que se le adjudique el contrato, en cambio ya no tendrá interés alguno en la fase posterior del procedimiento de adjudicación del contrato desde el momento en que su oferta haya sido definitivamente rechazada, al menos en el supuesto de que se hayan presentado y se hayan seleccionado varias ofertas.

49. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si la expresión «determinado contrato» que emplea el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 se refiere a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

50. A este respecto, debe recordarse que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 establece que los Estados miembros deben velar por que, con arreglo a modalidades detalladas que les corresponde determinar a ellos mismos, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

51. Al interpretar las disposiciones equivalentes del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores tienen un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33; de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27, y de 21 de diciembre de



www.civil-mercantil.com

2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, apartado 29), con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de participantes que haya interpuesto recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 29).

52. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27).

53. El principio jurisprudencial así establecido en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), es aplicable a la situación objeto del litigio principal.

54. En efecto, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público que ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido ha interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente un recurso contra esas dos decisiones. En el marco de dicho recurso, el licitador excluido ha solicitado la exclusión de la oferta del adjudicatario por no ser conforme con las especificaciones del pliego de condiciones.

55. En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24).

56. Confirma esta interpretación lo dispuesto en el artículo 2 *bis*, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/13, donde se establece expresamente el derecho de los licitadores no excluidos definitivamente a recurrir, en particular, contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades adjudicadoras.

57. Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), apartados 13 a 16, 31 y 36, que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba.



www.civil-mercantil.com

58. En cambio, en el litigio principal, Archus y Gama han interpuesto un recurso contra la decisión que excluía su oferta y contra la decisión de adjudicación del contrato, adoptadas simultáneamente, por lo que no cabe considerarlas definitivamente excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato público. En tales circunstancias, la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 puede, en su caso, referirse a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

59. De las anteriores consideraciones se desprende que la Directiva 92/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un procedimiento de adjudicación de un contrato público ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido que recurre contra esas dos decisiones debe poder solicitar que la oferta del licitador adjudicatario quede excluida, de modo que la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 puede referirse, en su caso, a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

Costas

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

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

1) El principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigiese el pliego de condiciones y que no hayan sido remitidos en el plazo fijado para presentar las ofertas. En cambio, el referido artículo no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

2) La Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio



www.civil-mercantil.com

principal, en la que un procedimiento de adjudicación de un contrato público ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido que recurre contra esas dos decisiones debe poder solicitar que la oferta del licitador adjudicatario quede excluida, de modo que la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, puede referirse, en su caso, a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

Firmas

* Lengua de procedimiento: polaco.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.