



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

*Sentencia de 13 de julio de 2017*

*Sala Segunda*

*Asunto C-76/16*

### SUMARIO:

**Contratos del Sector Público. Requisitos de capacidad económica y financiera exigidos por el órgano de contratación en el anuncio de licitación. Exigencia de presentación de certificado bancario acreditativo de la concesión de un préstamo. Exclusión de licitadores.** El artículo 47, apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador excluya a un licitador de un contrato público por considerar que no cumple el requisito de capacidad económica y financiera establecido en el anuncio de licitación en lo concerniente a la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria, conforme a la cual esta se comprometa a concederle un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizarle la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato. El artículo 47, apartado 5, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que cuando un anuncio de licitación exige que se presente una declaración emitida por una entidad bancaria, mediante la que ésta se comprometa a conceder un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizar al licitador la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato, la circunstancia de que las entidades bancarias a las que el licitador haya solicitado tal declaración no consideren posible emitir una declaración en esos términos puede constituir una «razón justificada», en el sentido de este artículo, que, en su caso, autorice al licitador a acreditar su capacidad económica y financiera mediante cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, siempre y cuando el licitador no esté objetivamente en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

### PRECEPTOS:

Directiva 89/665/CEE (Coordinación de Disposiciones en materia de procedimientos de recurso de adjudicación de contratos públicos), arts. 1 y 2.

Directiva 2004/18/CE (Coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios), arts. 44, 47 y 48.

### PONENTE:

*Doña C. Toader.*

En el asunto C-76/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Eslovaca), mediante resolución de 28 de enero de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de febrero de 2016, en el procedimiento entre

**Ingsteel spol. s r. o.,**

**Metrostav a.s.**

y

**Úrad pre verejné obstarávanie,**

con intervención de:

**Slovenský futbalový zväz,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. M. Ilešic, Presidente de Sala, y la Sra. A. Prechal, el Sr. A. Rosas, la Sra. C. Toader (Ponente) y el Sr. E. Jarašiusas, 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 del Gobierno eslovaco, por la Sra. B. Ricziová, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. A. Tokár, en calidad de agente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 21 de marzo de 2017;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

1. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 47, apartados 1, letra a), 4 y 5 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), del artículo 1, apartado 1, y del artículo 2, apartados 3 y 6 a 8, 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), 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 89/665»), y del

artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. Dicha petición se presentó en el contexto de un litigio entre Ingsteel spol. s r. o. y Metrostav a.s. (en lo sucesivo, «licitador excluido»), por una parte, y la Úrad pre verejné obstarávanie (autoridad de regulación de los contratos públicos, Eslovaquia), relativo a un procedimiento de adjudicación de un contrato público incoado por la Slovenský futbalový zväz (Federación eslovaca de fútbol; en lo sucesivo, «poder adjudicador»).

### **Marco jurídico**

#### *Derecho de la Unión*

Directiva 2004/18

3. De conformidad con el artículo 91 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] (DO 2014, L 94, p. 65), la Directiva 2004/18 fue derogada con efectos a partir del 18 de abril de 2016. No obstante, habida cuenta de la fecha en que se produjeron los hechos objeto del litigio principal, la presente remisión prejudicial se examinará con arreglo a la Directiva 2004/18, en su versión vigente antes de la referida derogación.

4. El considerando 39 de la Directiva 2004/18 tenía el siguiente tenor:

«La verificación de la aptitud de los licitadores, en los procedimientos abiertos, y de los candidatos, en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación así como en el diálogo competitivo, y su selección deben realizarse en condiciones de transparencia. A tal fin, conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato.»

5. El artículo 44 de la Directiva 2004/18, con el epígrafe «Verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos», establecía, en su apartado 2, lo siguiente:

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

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

Dichos niveles mínimos se indicarán en el anuncio de licitación.»

6. El artículo 47 de esta Directiva, que llevaba por epígrafe «Capacidad económica y financiera» estaba redactado en los siguientes términos:

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

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

[...]

4. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a licitar, qué referencia o referencias de las contempladas en el apartado 1 han elegido, así como cualquier otra referencia probatoria que se deba presentar.

5. Si, por una razón justificada, el operador económico no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su capacidad económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.»

7. El artículo 48 de dicha Directiva establecía los requisitos relativos a las capacidades técnicas y profesionales de los operadores económicos.

Directivas 89/665 y 2007/66

8. El considerando 36 de la Directiva 2007/66 establece:

«La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la [Carta]. En concreto, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.»

9. El artículo 1 de la Directiva 89/665, que lleva por epígrafe «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», dispone lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva [2004/18], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva.

[...]

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2004/18], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contrat[os] públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. 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. Los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la

interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.

[...]

La suspensión contemplada en el párrafo primero no podrá finalizar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que el poder adjudicador envió una respuesta por fax o por medio electrónico, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que el poder adjudicador envió una respuesta, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta.»

**10.** El artículo 2 de esta Directiva, que establece los requisitos de los procedimientos de recurso, dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para:

a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador;

b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

2. Las facultades establecidas en el apartado 1 y en los artículos 2 *quinquies* y 2 *sexies* podrán conferirse a organismos distintos, responsables de diferentes aspectos de los procedimientos de recurso.

3. Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expire el plazo suspensivo a que se refieren el artículo 2 *bis*, apartado 2, y el artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5.

4. Excepto en los casos previstos en el apartado 3 y en el artículo 1, apartado 5, los procedimientos de recurso no tendrán necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos a los que se refieran.

[...]

6. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclame una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada deba ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

7. Excepto en los casos previstos en los artículos 2 *quinquies* a 2 *septies*, los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 del presente artículo sobre un contrato celebrado tras un procedimiento de adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Por otra parte, excepto en caso de que una decisión deba ser anulada antes de conceder una indemnización por daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato de conformidad con el artículo 1, apartado 5, el apartado 3 del presente artículo, o los artículos 2 *bis* a 2 *septies*, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

8. Los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

9. Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo [267 TFUE], y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.

[...]

*Derecho eslovaco*

11. A tenor del artículo 9, apartado 3, de la Ley n.º 25/2006 de Contratos Públicos, en su versión aplicable al asunto principal:

«En la adjudicación de contratos públicos se respetarán los principios de igualdad de trato, no discriminación de licitadores y candidatos, transparencia, economía y eficiencia.»

12. El artículo 27 de esta Ley, que lleva por epígrafe: «Capacidad económica y financiera», establece:

«1. Con carácter general, podrá demostrarse la capacidad económica y financiera por los medios siguientes:

a) declaración del banco o de una filial extranjera, eventualmente en forma de promesa de crédito del banco o de su filial extranjera;

[...]

3. Si debido a razones objetivas el licitador o candidato no está en condiciones de demostrar su capacidad económica y financiera mediante un documento determinado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá admitir que esa prueba se facilite por medio de cualquier otro documento.»

13. El artículo 32, apartado 1, letra b), de dicha Ley tiene el siguiente tenor:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

«El poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación los criterios de selección relativos a

[...]  
b) la capacidad económica y financiera y los medios de prueba contemplados en el artículo 27.  
[...]»

#### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

**14.** Mediante anuncio publicado el 16 de noviembre de 2013 en el suplemento del *Diario Oficial de la Unión Europea* con el número 223/2013 y en el Boletín Oficial de Contratos Públicos eslovaco del mismo día con la referencia 18627-MSP, el poder adjudicador convocó una licitación a efectos de la adjudicación de un contrato público para la remodelación, la modernización y la construcción de dieciséis estadios de fútbol (en lo sucesivo, «contrato público»).

**15.** De la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente en respuesta a una solicitud de aclaraciones resulta que el valor del contrato público ascendía a 25 500 000 euros, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

**16.** En relación con los requisitos de capacidad económica y financiera, el anuncio de licitación, remitiéndose al artículo 27, apartado 1, letra a), de la Ley n.º 25/2006, exigía a los licitadores que presentaran una declaración de un banco eslovaco o de la filial eslovaca de un banco extranjero que certificase la concesión de un préstamo por un importe mínimo de 3 000 000 de euros, que debería estar a su disposición mientras durara la ejecución del contrato público. Esta declaración tenía que presentarse en forma de contrato de préstamo o de contrato de apertura de crédito y haber sido emitida por una persona autorizada por el banco en cuestión para actuar en su nombre.

**17.** El licitador excluido participó en dicha licitación. Para justificar que satisfacía los requisitos mencionados en el apartado anterior, presentó una declaración emitida por una entidad bancaria que contenía la información relativa a la apertura de un crédito en cuenta corriente por un importe superior a 5 000 000 de euros y una declaración jurada que certificaba que en el supuesto de que su oferta fuera seleccionada se pondría a su disposición en su cuenta corriente un crédito de un importe mínimo de 3 000 000 de euros en la fecha de celebración del contrato de obra, sobre el que tendría disposición efectiva mientras durase la ejecución del contrato público.

**18.** El licitador excluido invocó la imposibilidad objetiva de satisfacer de otro modo los requisitos sobre capacidad económica y financiera establecidos por el poder adjudicador, basándose en las declaraciones de los bancos eslovacos a los que habían consultado, conforme a las cuales un compromiso de préstamo vinculante como el solicitado en el anuncio de licitación únicamente habría podido contraerse una vez se hubiera aprobado la operación objeto del crédito y se respetaran todas las exigencias impuestas por el banco para la celebración del contrato de préstamo.

**19.** Al estimar que el licitador no cumplía particularmente los requisitos de capacidad económica y financiera establecidos en el artículo 27, apartado 1, letra a), de la Ley



n.º 25/2006, el poder adjudicador decidió excluirlo de la licitación. Esta decisión fue confirmada por la autoridad de regulación de los contratos públicos. El Krajský súd de Bratislava (Tribunal Regional de Bratislava, Eslovaquia) desestimó el recurso interpuesto contra dicha decisión mediante sentencia de 13 de enero de 2015, que el licitador excluido recurrió ante el órgano jurisdiccional remitente, el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca).

**20.** Este último se pregunta acerca de la legalidad de la decisión adoptada por el poder adjudicador, que, pese al hecho de que el licitador excluido contara en el momento del procedimiento de selección con el compromiso de una entidad bancaria de concederle un préstamo de 5 000 000 de euros, estimó que no reunía los requisitos de capacidad económica y financiera establecidos en el anuncio de licitación.

**21.** El órgano jurisdiccional remitente se pregunta también si la capacidad económica y financiera puede demostrarse por medios alternativos y, en tal supuesto, si sería suficiente que el licitador excluido presentara una declaración jurada que certificase que en el supuesto de que su oferta fuera seleccionada dispondría en su cuenta corriente de un crédito por un importe mínimo de 3 000 000 de euros desde la fecha de celebración del contrato de obra y mientras durase la ejecución del contrato público.

**22.** En último lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si en el ámbito nacional se garantiza al licitador la tutela judicial «efectiva», en el sentido del Derecho de la Unión, habida cuenta de que el objeto de dicha tutela ha desaparecido, puesto que el contrato público ya ha sido prácticamente ejecutado por el adjudicatario.

**23.** En tales circunstancias, el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es conforme al artículo 47, en particular a sus apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva [2004/18], la actuación de una autoridad nacional que, en el marco de un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de un valor estimado de 3 millones de euros, ha considerado que no se cumplen los requisitos establecidos en el anuncio de licitación relativos a la capacidad económica y financiera de un licitador, sobre la base de una declaración jurada presentada por dicho licitador y de la información facilitada por el banco, según la cual el interesado podía obtener un crédito bancario especial sin una finalidad concreta por un importe máximo superior a la cuantía del contrato?

2) Las circunstancias propias del mercado de servicios bancarios de un Estado miembro, conforme a las cuales el banco, en su promesa de crédito vinculante, supedita la concesión de recursos económicos al cumplimiento de los requisitos previstos en el contrato de crédito, que no están definidos de forma concreta en el momento de la licitación, ¿pueden constituir a efectos del artículo 47, apartado 5, de la citada Directiva 2004/18 una razón que justifique que el licitador no pueda facilitar los documentos solicitados por el poder adjudicador, es decir, en ese supuesto puede demostrarse la capacidad económica y financiera mediante una declaración jurada que acredite la existencia de una relación de crédito suficiente con el banco?

3) En el ámbito del control jurisdiccional de la decisión de la autoridad nacional competente en materia de contratos públicos de excluir a un licitador, el hecho de que los distintos contratos ya hayan sido ejecutados prácticamente en su totalidad por el licitador

adjudicatario ¿se puede considerar un impedimento objetivo a causa del cual el órgano jurisdiccional nacional no pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la [Carta], en relación con los artículos 1, apartado 1, y 2, apartados 3, 6, 7 y 8 de la Directiva [89/665]?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Sobre la primera cuestión prejudicial*

**24.** Mediante la primera cuestión prejudicial planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 47, apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el poder adjudicador excluya a un licitador de un contrato público por considerar que no cumple los requisitos de capacidad económica y financiera establecidos en el anuncio de licitación en lo concerniente a la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria, conforme a la cual ésta se comprometa a concederle un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizarle la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato.

**25.** Con carácter preliminar, debe recordarse que el artículo 267 TFUE no faculta al Tribunal de Justicia para aplicar las normas del Derecho de la Unión a un asunto determinado, sino tan sólo para interpretar el Tratado y los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación judicial establecida por dicho artículo, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional, a partir de los datos obrantes en los autos, los elementos de interpretación del Derecho del Unión que pudieran serle útiles para la apreciación de los efectos de una u otra disposición de este Derecho (sentencia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 71 y jurisprudencia citada).

**26.** De conformidad con el artículo 44 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores podrán exigir los niveles mínimos de capacidades que los licitadores deben reunir. Esos niveles mínimos han de indicarse en el anuncio de licitación.

**27.** A este respecto, el artículo 47, apartado 1, de esta Directiva enumera los medios que, en general, pueden exigirse a un operador económico para justificar su capacidad económica y financiera. La finalidad perseguida por tales medios es acreditar que el licitador dispone de los recursos necesarios para la ejecución de un contrato público. Entre ellos figuran las «declaraciones apropiadas de bancos».

**28.** A tenor del apartado 4 del mismo artículo, los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación, qué referencias han elegido de las contempladas en el apartado 1, así como cualquier otra referencia probatoria que se deba presentar.

**29.** En el presente asunto, el anuncio de licitación objeto del litigio principal exigía, como criterio de justificación de la capacidad económica y financiera, la presentación por el licitador de un documento emitido por una entidad bancaria que certificara la concesión a su favor de un préstamo de un importe mínimo de 3 000 000 de euros, vigente mientras durase la ejecución del contrato, es decir, 48 meses.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**30.** De los autos remitidos al Tribunal de Justicia resulta que el licitador excluido presentó una declaración emitida por una entidad bancaria que contenía información sobre su situación financiera y certificaba la apertura de un crédito en cuenta corriente por un importe superior a 5 000 000 de euros. El licitador excluido presentó también una declaración jurada en la que manifestaba que, en el supuesto de que se seleccionara su oferta, dispondría en su cuenta de un crédito de 3 000 000 de euros como mínimo mientras durase la ejecución del contrato.

**31.** No obstante, el poder adjudicador consideró que el licitador excluido no reunía los requisitos de capacidad económica y financiera, debido a que los medios de prueba sobre su situación económica y financiera no respetaban la forma y el contenido exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación.

**32.** A este respecto, procede recordar que el artículo 47 de la Directiva 2004/18 concede un amplio margen de libertad a los poderes adjudicadores, como resulta particularmente de la expresión «en general» utilizada en dicha disposición. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias, el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o los licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2012, *Édukövízig y Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, apartado 28).

**33.** Dicho esto, del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 resulta expresamente que los niveles mínimos de las capacidades exigidos para un contrato público determinado deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Por consiguiente, las exigencias en términos de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiadas para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y deben adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituyan objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2012, *Édukövízig y Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, apartado 29).

**34.** Asimismo, es preciso recordar, por un lado, que el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los

criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 36 y jurisprudencia citada).

**35.** En lo concerniente, por una parte, al requisito expresamente mencionado en el anuncio de licitación de que la garantía financiera se debía prestar «a efectos de la ejecución del contrato», del tenor de la primera cuestión prejudicial parece desprenderse que el poder adjudicador consideró que tal requisito no se satisfacía porque el crédito bancario concedido al licitador, aun cuando era de un importe superior al exigido por el anuncio de licitación, era un crédito en cuenta corriente que no estaba afectado a la ejecución del contrato.

**36.** A este respecto, procede considerar que el requisito de obtener un crédito afectado a la ejecución del contrato es objetivamente apropiado para informar sobre la capacidad económica del licitador para ejecutar debidamente el contrato. En efecto, como señaló la Comisión Europea, la afectación del préstamo es apropiada para probar que el licitador dispone efectivamente de recursos que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 29). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar que el importe exigido en el anuncio de licitación es proporcional al objeto del contrato.

**37.** Por otra parte, en relación con el requisito, también mencionado en el anuncio de licitación, de concesión de un préstamo de un importe mínimo de 3 000 000 de euros mientras durara la ejecución del contrato (48 meses), si bien es cierto que el artículo 47 de la Directiva 2004/18 no establece expresamente que el poder adjudicador pueda exigir a un licitador la disponibilidad de los recursos necesarios para la ejecución del contrato durante todo el tiempo de su ejecución, ha de considerarse, como indica el Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, que la comprobación del cumplimiento de los criterios económicos y financieros por parte del poder adjudicador, en el procedimiento de adjudicación, implica que éste tenga la garantía de que el licitador puede disponer efectivamente de los medios de todo tipo invocados durante el período a que se refiere el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de enero de 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, apartado 26 y jurisprudencia citada).

**38.** Además, el mantenimiento de la disponibilidad de la cantidad exigida durante la ejecución del contrato es un elemento útil para apreciar, de manera concreta, la capacidad económica y financiera del licitador para hacer frente a los compromisos adquiridos. En efecto, la correcta ejecución del contrato está intrínsecamente ligada a la disposición por parte del licitador de los recursos financieros para llevarlo a término.

**39.** Por tanto, en el presente asunto, el requisito de que el licitador pueda disponer de los fondos mientras dure la ejecución del contrato es apropiado para garantizar los objetivos del artículo 47, apartado 1, de la Directiva 2004/18.

**40.** No obstante, corresponde al juez nacional apreciar la adecuación de las pruebas aportadas por el licitador a tal efecto, en particular, la constituida por el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

**41.** De lo expuesto anteriormente resulta que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 47, apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva 2004/18, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador excluya a un licitador



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de un contrato público por considerar que no cumple el requisito de capacidad económica y financiera establecido en el anuncio de licitación en lo concerniente a la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria, conforme a la cual ésta se comprometa a concederle un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizarle la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial*

**42.** Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si cuando un anuncio de licitación exige la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria, mediante la que ésta se comprometa a conceder un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizar al licitador la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato, la circunstancia de que las entidades bancarias a las que el licitador haya solicitado tal declaración no consideren posible emitir una declaración en esos términos puede constituir una «razón justificada», en el sentido del artículo 47, apartado 5, de la Directiva 2004/18, que, en su caso, autorice al licitador a acreditar su capacidad económica y financiera mediante otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, como una declaración jurada que certifique que en el supuesto de que su oferta fuera seleccionada tendría a su disposición en su cuenta corriente un crédito del importe fijado en el anuncio de licitación a partir de la celebración del contrato y mientras durase su ejecución.

**43.** El artículo 47, apartado 5, de la Directiva 2004/18 autoriza a los licitadores que, por una razón justificada, no estén en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador a acreditar su capacidad económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado a tales efectos.

**44.** En el presente asunto, el licitador excluido presentó una declaración jurada que certificaba que, en el supuesto de que su oferta fuese seleccionada, dispondría en su cuenta de un crédito de 3 000 000 de euros como mínimo mientras durase la ejecución del contrato, alegando que le resultaba imposible obtener una declaración de una entidad bancaria que se comprometiera a concederle un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación.

**45.** A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el licitador excluido objetivamente no estaba en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador. En particular, como señala el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, tal sería el caso si un licitador no pudiera conseguir en Eslovaquia las referencias exigidas en el anuncio de licitación.

**46.** Sólo en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente constatará que existe tal imposibilidad objetiva debería verificar si el poder adjudicador podía considerar fundadamente que la declaración jurada presentada por el licitador no constituía un documento apropiado para acreditar su capacidad económica y financiera. Corresponde también al órgano jurisdiccional remitente verificar, de conformidad con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, en relación con su considerando 39, que la amplitud de la información y el nivel de la capacidad exigidas están vinculados y son proporcionados al objeto del contrato y que los criterios de selección se aplican de manera no discriminatoria.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**47.** Por lo que respecta a las consideraciones de orden fáctico, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el licitador excluido objetivamente no estaba en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador y, en caso de que así fuera, si el poder adjudicador podía considerar fundadamente que la declaración jurada presentada por el licitador no constituía un documento apropiado a efectos de probar su capacidad económica y financiera.

**48.** Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 47, apartado 5, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que cuando un anuncio de licitación exige que se presente una declaración emitida por una entidad bancaria, mediante la que ésta se comprometa a conceder un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizar al licitador la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato, la circunstancia de que las entidades bancarias a las que el licitador haya solicitado tal declaración no consideren posible emitir una declaración en esos términos puede constituir una «razón justificada», en el sentido de este artículo, que, en su caso, autorice al licitador a acreditar su capacidad económica y financiera mediante cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, siempre y cuando el licitador no esté objetivamente en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

*Sobre la tercera cuestión prejudicial*

**49.** Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir (véase, en particular, el auto de 8 de septiembre de 2016, CaixaBank y Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 y C-120/16, no publicado, EU:C:2016:673, apartado 13 y jurisprudencia citada).

**50.** A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado en numerosas ocasiones que la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho de la Unión que sea eficaz para el órgano jurisdiccional nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos sobre los que se basan tales cuestiones (véase, en particular, el auto de 8 de septiembre de 2016, CaixaBank y Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 y C-120/16, no publicado, EU:C:2016:673, apartado 14 y jurisprudencia citada).

**51.** Las exigencias relativas al contenido de una petición de decisión prejudicial figuran de manera explícita en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y en el punto 15 de las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO 2016, C 439, p. 1), conforme a las cuales toda petición de decisión prejudicial contiene «una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en los que se basan las cuestiones prejudiciales», «el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente», y «la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, y

de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal» (véase, en este sentido, el auto de 20 de julio de 2016, Stanleybet Malta y Stoppani, C-141/16, no publicado, EU:C:2016:596, apartados 8 y 9 y jurisprudencia citada).

**52.** En el presente asunto, la resolución de remisión no contiene ninguna indicación de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 89/665 relativas a los procedimientos de recurso y a sus efectos, en su versión modificada por la Directiva 2007/66. No indica, en particular, si la República Eslovaca estableció, tal como hace el artículo 2, apartado 6, de esta Directiva, que la decisión cuestionada deba ser anulada en primer término para que pueda reclamarse una indemnización por daños y perjuicios o si, al igual que el artículo 2, apartado 7, párrafo segundo, de dicha Directiva, establece que una vez celebrado el contrato, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limitarán a la indemnización por daños y perjuicios.

**53.** Asimismo, la resolución de remisión adolece de imprecisión, por lo que respecta a los hechos objeto del asunto principal, acerca del objeto del recurso interpuesto por el licitador excluido y de las razones por las que el procedimiento de adjudicación prosiguió a pesar de que se encontrara pendiente de resolución un recurso contra la decisión del poder adjudicador.

**54.** Al no disponer de tales indicaciones, el Tribunal de Justicia no puede dar una respuesta útil a la tercera cuestión prejudicial planteada, que, en consecuencia, es inadmisibile.

#### **Costas**

**55.** 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 Segunda) declara:

**1) El artículo 47, apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador excluya a un licitador de un contrato público por considerar que no cumple el requisito de capacidad económica y financiera establecido en el anuncio de licitación en lo concerniente a la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria, conforme a la cual ésta se comprometa a concederle un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizarle la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato.**

**2) El artículo 47, apartado 5, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que cuando un anuncio de licitación exige que se presente una declaración emitida por una entidad bancaria, mediante la que ésta se comprometa a conceder un préstamo por el importe fijado en el anuncio de licitación y a garantizar al licitador la disponibilidad de dicho importe mientras dure la ejecución del contrato, la circunstancia de que las entidades bancarias a las que el licitador haya solicitado tal declaración no consideren posible emitir una declaración en esos términos puede constituir una «razón justificada», en el sentido de este artículo, que, en su caso, autorice al licitador a**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**acreditar su capacidad económica y financiera mediante cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, siempre y cuando el licitador no esté objetivamente en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.**

Firmas

\* Lengua de procedimiento: eslovaco.  
Fuente sitio en internet del Tribunal de Justicias