



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 24 de noviembre de 2016¹

Asunto C-387/14

**Esaprojekt Sp. z.o.o.
contra
Województwo Łódzkie**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia)]

«Directiva 2004/18/CE — Principios de no discriminación y transparencia — Presentación por el licitador de información complementaria sobre suministros no mencionados en la oferta inicial — Posibilidad de combinar la experiencia de dos entidades — Posibilidad de basarse en la experiencia obtenida como miembro de una agrupación de empresas — Posibilidad de combinar experiencia obtenida en el marco de múltiples contratos — Falsedad grave»

I. Introducción

1. El presente asunto versa sobre un contrato público para el suministro de sistemas de tecnologías de la información a un hospital en Polonia. Inicialmente, el contrato se adjudicó a la sociedad Komputer Konsult Sp z.o.o. (en lo sucesivo, «KK»). Esaprojekt Sp z.o.o. (en lo sucesivo, «Esaprojekt»), que también había presentado una oferta, impugnó dicha adjudicación ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La adjudicación fue anulada porque la experiencia invocada por KK era insuficiente. Se instó a KK a que aclarara la lista en la que hacía constar su experiencia. En la lista modificada, KK se basaba en nueva experiencia de terceros. El contrato volvió a adjudicarse a KK. Esaprojekt interpuso un nuevo recurso que ha dado lugar a la petición de decisión prejudicial en el presente asunto.

2. El órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales mediante las cuales pretende que se determine, en primer lugar, en qué condiciones pueden modificar los licitadores la lista en la que hacen constar la experiencia que invocan y basarse en la experiencia de terceros. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se aclaren las condiciones en las que la información facilitada por un licitador constituye una «declaración falsa» en el sentido del artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18/CE.² En tercer lugar, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si la experiencia obtenida en el marco de distintos contratos puede invocarse conjuntamente para cumplir un requisito de licitación en caso de que el poder adjudicador no hubiera previsto expresamente la posibilidad.

¹ — Lengua original: inglés.

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

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

3. El artículo 2 de la Directiva 2004/18 (en lo sucesivo, «Directiva») establece el principio de transparencia y no discriminación en los procedimientos de licitación de contratos públicos de obras, suministros y servicios.

4. El artículo 44, apartado 1, dispone que la adjudicación de los contratos se realizará, *inter alia*, basándose en los criterios de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en el artículo 48. El artículo 44, apartados 2 y 3, establecen que cualquier nivel mínimo de capacidad exigido «deber[á] estar vinculad[o] y ser [proporcional] al objeto del contrato».

5. El artículo 45, apartado 2, letra g), recogido en la sección que lleva por título «Criterios de selección cualitativa», dispone que un operador económico podrá ser excluido de la participación en el procedimiento de licitación cuando «se le considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en aplicación de la presente Sección o que no haya proporcionado dicha información» y, en el artículo 45, apartado 2, se afirma con carácter general que «los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado».

6. El artículo 48, apartado 2, prevé los medios para acreditar la experiencia, lo cual incluye, en la letra a), en particular, listas de las obras ejecutadas, de los principales suministros efectuados o de los principales servicios prestados.

7. El artículo 48, apartado 3, establece que, en su caso, y para un contrato determinado, el operador económico «podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas». En esos casos, el operador debe demostrar que «dispon[e] de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios».

8. Según el artículo 51, que lleva por título «Documentación e información complementaria», el poder adjudicador «podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50».

B. Derecho nacional

9. El artículo 2, apartado 13, de la Ustawa Prawo zamówień publicznych (Ley de contratación pública; en lo sucesivo, «Ustawa PZP») define «contratos públicos» como «contratos onerosos celebrados entre un poder adjudicador y un operador económico sobre servicios, suministros u obras».

10. El artículo 24, apartado 2, punto 3, de la Ustawa PZP prevé la exclusión de los operadores económicos que «[...] hayan proporcionado información incorrecta que haya influido o pueda influir en el resultado del procedimiento [...]».

11. El artículo 26 de la Ustawa PZP prevé la posibilidad de que el poder adjudicador solicite a los licitadores que aporten la información que no hubieran facilitado, que corrijan errores o que proporcionen aclaraciones sobre declaraciones y documentos.

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

12. El presente asunto versa sobre un procedimiento de licitación de un contrato de sistemas de tecnologías de la información para un hospital público de la provincia de Łódź (Polonia). La parte pertinente de la licitación tiene por objeto la adquisición y el suministro de un sistema hospitalario integrado (SHI) para la gestión de los sectores administrativo (gris) y médico (blanco) en el Samodzielny Szpital Wojewódzki im Mikołaja Kopernika (Hospital Provincial Autónomo Nicolás Copérnico).

13. Con arreglo al pliego de condiciones, pueden presentar su candidatura a la adjudicación del contrato los operadores económicos que hayan acreditado, entre otros extremos, haber ejecutado al menos dos contratos cuyo objeto (en cada caso) sea: el suministro, la instalación, la configuración y la implantación de un SHI en los sectores blanco y gris de un centro sanitario que cuente con al menos 200 camas y por un valor bruto mínimo de 450 000 eslotis polacos (PLN).

14. Para probar el cumplimiento del requisito antes mencionado, los operadores económicos debían presentar una declaración y una lista de «principales suministros» de SHI en los sectores blanco y gris.

15. En su oferta, KK incluyó en su lista dos suministros de SHI en los sectores blanco y gris efectuado a los hospitales de i) Słupsk (en lo sucesivo, «suministro Słupsk» y ii) Nowy Sącz (en lo sucesivo, «suministro Nowy Sącz»). Ambos suministros fueron ejecutados por una agrupación formada por Konsultant IT Sp. z o.o. (en lo sucesivo, «KIT») y KK.

16. KK resultó adjudicataria de la compra y suministro del SHI. Esaprojekt recurrió dicha decisión alegando, en esencia, que los contratos mencionados por KK no cumplían los requisitos del procedimiento de licitación en lo relativo a experiencia en SHI.

17. Dicho recurso fue estimado. Se instó al poder adjudicador a que, conforme a lo establecido en el artículo 26, apartado 4, de la Ustawa PZP, solicitara a KK aclaraciones sobre el ámbito de los contratos indicados para demostrar que cumplía el requisito de participación en la licitación en materia de conocimientos y experiencia.

18. De la respuesta a la solicitud de aclaración resultaba que el suministro Słupsk se había ejecutado en el marco de dos procedimientos de licitación y de dos contratos independientes. Uno de esos contratos no cubría el sector blanco y el otro no cubría el sector gris. El poder adjudicador estimó que el suministro Słupsk no cumplía lo establecido en el pliego de condiciones conforme a lo indicado en el punto 13 de las presentes conclusiones, dado que el suministro Słupsk no era un único «contrato público» en el sentido del artículo 2, apartado 13, de la Ustawa PZP, sino que consistía en dos contratos independientes. Por consiguiente, el poder adjudicador solicitó a KK que completara la documentación que acreditaba el cumplimiento de los requisitos de participación en la licitación.

19. Para completar la documentación, KK presentó una nueva relación de suministros. Dicha lista incluía, al igual que la anterior, el suministro Nowy Sącz. Además, se añadieron dos nuevos suministros, ambos ejecutados por un tercero, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z.o.o. (en lo sucesivo, «Medinet») (en lo sucesivo, «suministros Medinet»). KK también aportó el compromiso de Medinet de poner a disposición de ésta los recursos necesarios para ejecutar el contrato y de participar en la ejecución del contrato en calidad de asesora y consultora.

20. El poder adjudicador aceptó la oferta modificada presentada por KK. Esaprojekt interpuso un nuevo recurso contra el Województwo Łódzkie ante la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia). En estas circunstancias, dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Permite el artículo 51 de la Directiva [2004/18], en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y de transparencia, consagrado por el artículo 2 de dicha Directiva, que, al aclarar o completar la documentación, un operador económico indique contratos ejecutados (es decir, suministros efectuados) distintos de los indicados en la relación de suministros que adjuntó a su oferta y, en particular, puede referir contratos ejecutados por otro operador económico si en la oferta no mencionó que puede disponer de las capacidades de éste?
- 2) A la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), de la que se desprende que “el principio de igualdad de trato debe interpretarse en el sentido que no se opone a que, una vez transcurrido el plazo de presentación de candidaturas a un contrato público, una entidad adjudicadora solicite a un candidato que presente documentos descriptivos de su situación, como el balance publicado, cuya existencia antes del transcurso del plazo de presentación de candidaturas sea objetivamente verificable, siempre que los documentos de dicho contrato no exigieran expresamente su presentación bajo pena de exclusión de la candidatura”, ¿debe interpretarse el artículo 51 de la Directiva [2004/18] en el sentido de que sólo es posible completar la documentación si es aportando documentos cuya existencia anterior al transcurso del plazo de presentación de ofertas o de solicitudes de participación sea objetivamente verificable, o bien en el sentido de que el Tribunal de Justicia sólo señaló una de las posibilidades y también es posible completar la documentación en otros casos, por ejemplo aportando posteriormente documentos que no existían antes del transcurso de dicho plazo pero que pueden acreditar objetivamente el cumplimiento de un requisito de participación?
- 3) En caso de que se responda a la segunda cuestión en el sentido de que también puede completarse la documentación con documentos distintos de los mencionados en la sentencia Manova, C-336/12, ¿pueden aportarse documentos procedentes del mismo operador económico, de un tercero subcontratista o de otros operadores económicos en cuyas capacidades se base el operador económico, si éstos no fueron mencionados al presentar la oferta?
- 4) ¿Permite el artículo 44 de la Directiva [2004/18], en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), y el principio de igualdad de trato de los operadores económicos consagrado en el artículo 2 de esta Directiva, remitirse a las capacidades de otro operador económico a las que se refiere el artículo 48, apartado 3, de tal manera que se sumen los conocimientos y la experiencia de dos operadores económicos que, por separado, no poseen los conocimientos y la experiencia exigidos por el poder adjudicador, cuando dicha experiencia sea indivisible (es decir, que la condición para participar en el procedimiento deba cumplirla íntegramente un mismo operador económico) y la ejecución del contrato también sea indivisible (constituya un todo)?
- 5) ¿Permite el artículo 44 de la Directiva [2004/18], en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), así como el principio de igualdad de trato de los operadores económicos consagrado en el artículo 2 de esta Directiva, remitirse a la experiencia de un grupo de operadores económicos, de tal manera que un operador económico que ha ejecutado un contrato como miembro de un grupo de operadores económicos puede remitirse a la ejecución por ese grupo con independencia de su grado de participación en la ejecución de dicho contrato, o sólo puede remitirse a la experiencia propia y efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de la parte del contrato que se le asignó internamente dentro del grupo?
- 6) ¿Puede interpretarse el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva [2004/18], con arreglo al cual puede ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico al que se le considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar información o que no

haya proporcionado dicha información, en el sentido de que se excluye del procedimiento a todo operador económico que haya proporcionado información falsa que haya influido o haya podido influir en el resultado del procedimiento, en la medida en que la responsabilidad por las declaraciones falsas resulta únicamente de haber facilitado al poder adjudicador información incorrecta que haya influido en su decisión sobre la exclusión del operador económico (y la desestimación de su oferta), con independencia de si el operador económico actuó con dolo, negligencia o culpa o sin observar la diligencia debida? ¿Sólo puede considerarse a un operador económico «gravemente culpable de hacer declaraciones falsas» o de no haber «proporcionado [...] información» en el caso de que haya aportado datos falsos (no conformes con la realidad) o también en el caso de que, pese a haber aportado datos correctos, el operador económico lo haya hecho de una manera que pretenda crear en el poder adjudicador la convicción de que el operador económico cumple los requisitos establecidos por aquél, sin ser cierto?

7) ¿Permite el artículo 44 de la Directiva [2004/18], en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos consagrado en el artículo 2 de esta Directiva, que un operador económico se remita a su experiencia haciendo referencia conjunta a dos o más contratos como si fueran uno solo, aunque el poder adjudicador no previera tal posibilidad ni en el anuncio de licitación ni en el pliego de condiciones?»

21. Los Gobiernos italiano y polaco y la Comisión han presentado observaciones escritas. El Gobierno polaco, la Comisión y el Województwo Łódzkie, demandado en el litigio principal, participaron en la vista celebrada el 21 de septiembre de 2016.

IV. Apreciación

A. Primera cuestión prejudicial (y cuestiones prejudiciales segunda y tercera)

22. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine si, a la luz de los artículos 2 y 51 de la Directiva, una vez transcurrido el plazo de presentación de candidaturas, un licitador puede basarse en la experiencia de un tercero que no invocó en su oferta inicial.

23. Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera se solicita orientación sobre si, a la luz de la sentencia Manova,³ un licitador puede aportar documentos que acreditan que puede basarse en la experiencia de ese tercero una vez transcurrido el plazo de presentación de las ofertas (en el presente asunto, Medinet).

24. En lo que atañe a la primera cuestión prejudicial, considero que, con carácter general, no es posible añadir esas referencias por los motivos que expongo a continuación. Esa respuesta hace innecesario abordar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

25. El artículo 51 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores pueden invitar a los licitadores a «[completar] o [hacer] más explícitos» los documentos que hayan presentado. Es evidente que esa expresión «[completar] o [hacer] más explícitos» es flexible. No obstante, de conformidad con reiterada jurisprudencia,⁴ el principio de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia se oponen a toda negociación entre la entidad adjudicadora y un licitador durante un

3 — Sentencia de 10 de octubre de 2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartado 36; de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), apartado 31, y de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 62.

procedimiento de licitación. Por lo tanto, en principio, si un poder adjudicador considera que una oferta es imprecisa o que no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, no puede exigirle aclaraciones, y ni siquiera dar la impresión de que permite la modificación de una oferta.⁵

26. Sin embargo, la Directiva «no se opone [...] a que los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos», a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.⁶ Los licitadores deben cumplir su deber de diligencia,⁷ pero debe evitarse un formalismo excesivo.⁸ Ello resulta particularmente importante, dada la necesidad de garantizar que los procedimientos de licitación sean abiertos y competitivos.

27. Por consiguiente, la posibilidad de aportar información complementaria después de transcurrido el plazo de presentación de ofertas se considera excepcional pero no se excluye por completo. La cuestión es pues dónde se encuentra el límite.

28. En mi opinión, el planteamiento del Tribunal de Justicia puede plasmarse mediante una metáfora: la información y documentación presentada por un licitador una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas es una instantánea. El poder adjudicador únicamente puede tener en cuenta la información y documentación que esa fotografía ya muestra. Eso no impide al poder adjudicador enfocar en determinados detalles de la fotografía que estén un tanto borrosos y solicitar que se incremente la resolución de la foto para ver el detalle de forma clara. No obstante, la información básica ya debe constar, si bien a baja resolución, en la instantánea original.

29. En esa lógica, considero que, en principio, no debe permitirse a un licitador acreditar que cumple los requisitos de capacidad profesional y técnica de una licitación invocando experiencia de terceros no mencionada antes de la expiración del plazo de presentación de las ofertas. Dicha información simplemente no constaba en la fotografía original.

30. Por lo tanto, invocar la experiencia de un tercero no constituye una mera aclaración o formalidad. Es, de hecho, una modificación sustancial de la oferta. La propia identidad de las entidades que van a desarrollar el trabajo, o al menos la experiencia que se invoca para ello, queda alterada. Se trata pues de una modificación sustancial que afecta a un elemento clave del procedimiento.⁹ Además, como señala la Comisión, ese cambio puede dar lugar a que el poder adjudicador deba llevar a cabo comprobaciones adicionales y puede incluso afectar a la elección de los candidatos invitados a presentar una oferta.

31. Con carácter más general, no cabe duda de que permitir esas modificaciones puede influir en el procedimiento competitivo. La decisión de un licitador de basarse en su propia experiencia o de invocar la de un tercero debe adoptarse en un momento determinado y sobre la base de la información que obre en su poder en ese momento. Ofrecer a un licitador una segunda oportunidad para adoptar esa decisión empresarial en un momento posterior le puede generar una ventaja

5 — Sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartado 41.

6 — Véanse las sentencias de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartados 63 y 64; 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), apartados 32 a 36.

7 — Sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartado 38.

8 — Sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 45.

9 — Véase, por analogía, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 45, en la que los cambios relativos a la identidad de la persona designada como director técnico se consideraron más que meramente formales y, en cuanto tales, constituían una base suficiente para excluir al licitador.

contraria al requisito de igualdad de trato. Por ejemplo, conocer el número o la identidad de los competidores en el procedimiento o una desaceleración del mercado puede inducir al licitador a buscar la colaboración de un socio con más experiencia para incrementar sus probabilidades de éxito.¹⁰

32. Esta conclusión queda asimismo respaldada por analogía por los asuntos relativos a la modificación de agrupaciones de licitadores una vez expirado el plazo de presentación de ofertas. En la reciente sentencia Højgaard, una agrupación de dos empresas, fue preseleccionada y presentó una oferta en una licitación pública, pero posteriormente se disolvió antes de que el contrato fuera adjudicado. Una de las sociedades, Aarsleff, solicitó entonces que se le permitiera sustituir a la agrupación en calidad de licitador preseleccionado en el procedimiento. Dicha modificación se aceptó y se adjudicó el contrato a Aarsleff. Dicha adjudicación fue recurrida ante los órganos jurisdiccionales nacionales y se planteó una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el principio de igualdad de trato de un cambio en la composición de una agrupación de empresas.

33. En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que las normas sobre modificaciones en la composición de una agrupación de empresas durante los procedimientos de licitación son, con carácter general, competencia de los Estados miembros.¹¹ Sin embargo, para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato, Aarsleff debía cumplir los criterios de preselección por sí misma.¹²

34. Asimismo, cuando un poder adjudicador exige a un licitador que elimine ciertos elementos de su lista de experiencia, evidentemente éste puede seguir invocando los restantes elementos. No obstante, no puede añadir a la lista nueva experiencia de terceros.¹³

35. Por consiguiente, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional en el sentido de que un operador económico no puede invocar experiencia de terceros por primera vez una vez expirado el plazo de presentación de las ofertas. A la luz de esa respuesta, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera del órgano jurisdiccional nacional (relativas a las condiciones en las que puede invocarse esa experiencia de terceros). En efecto, si un operador no puede basarse en absoluto en las capacidades de un tercero, no tiene sentido que aporte un compromiso de ese tercero o que acredite su experiencia.

36. A la luz de lo anterior, propongo que se responda del siguiente modo a las tres primeras cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional nacional:

El artículo 51 de la Directiva 2004/18, en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y el principio de transparencia, consagrados en el artículo 2 de dicha Directiva, no permite que, al aclarar o completar la documentación, un operador económico indique contratos ejecutados por terceros que no haya indicado en la relación de suministros que adjuntó a su oferta o aporte un compromiso de dicho tercero de poner sus recursos a disposición del licitador.

10 — Véanse por analogía las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774), puntos 80 y ss.

11 — Sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), apartado 35.

12 — Véase también la sentencia de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). En ese asunto, la agrupación licitadora había pretendido *ampliar* su composición tras la presentación de las ofertas. La legislación nacional se lo impedía expresamente. El Tribunal de Justicia concluyó que dicha prohibición era compatible con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO 1992, L 209, p. 1), predecesora de la Directiva 2004/18.

13 — Aunque excede del ámbito del presente asunto, no excluyo la posibilidad de que se permita al licitador invocar otra experiencia *propia*.

B. Cuarta cuestión prejudicial

37. La cuarta cuestión prejudicial versa sobre el hecho de que, en el procedimiento principal, el pliego de condiciones exige a los licitadores haber ejecutado «al menos dos contratos» que cubran ambos los sectores blanco y gris mencionados en el punto 13 de las presentes conclusiones. Tras la solicitud de aclaraciones de los poderes adjudicadores, KK incluyó en su lista los dos suministros Medinet y el suministro Nowy Sącz.

38. En esas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se determine, en esencia, si puede invocarse la experiencia resultante de los suministros Medinet y del suministro Nowy Sącz para cumplir el requisito de haber ejecutado «al menos dos contratos», de conformidad con los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva y con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 2 de la Directiva.

39. El tenor de la Directiva deja claro que, en el marco de las licitaciones públicas, los operadores económicos pueden basarse con carácter general en las capacidades de otras entidades.¹⁴ Esa norma general también se coherente con el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia¹⁵ y ha sido confirmada de forma reiterada por el Tribunal de Justicia.¹⁶ Por lo tanto, las capacidades en las que se basa un operador pueden «fragmentarse» o «dividirse» entre distintos actores, siempre y cuando el operador vaya a disponer en la práctica de los recursos necesarios de esas otras entidades.¹⁷

40. No obstante, de forma excepcional, cabe que se limite el recurso a terceros para garantizar unas «exigencias mínimas de capacidad» o unos «niveles mínimos de capacidad».¹⁸ Así sucede en el caso de «obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores». Esas exigencias deben «estar [vinculadas] y ser proporcionadas al objeto del contrato de que se trate».¹⁹

41. En el presente asunto, los pliegos de condiciones exigen «al menos dos contratos» que cubran un ámbito específico (SHI). De los puntos anteriores se desprende que esa exigencia puede imponerse como un mínimo y excluir la invocación de las capacidades de terceros siempre que «esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate».

42. Ésa es una cuestión de hecho cuya apreciación incumbe al órgano jurisdiccional nacional.

43. No obstante, el órgano jurisdiccional nacional señala que existe una diferencia cualitativa entre los pliegos de condiciones que exigen, por un lado, una experiencia reiterada y acumulada en un área y, por otro, experiencia en una serie de ámbitos separados.

14 — Véanse, por ejemplo, el artículo 4, apartado 2 (recurso a agrupaciones de empresas), el artículo 25 (subcontratación) y el artículo 48, apartado 3 (recurso a terceros) de la Directiva.

15 — Véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 34 y jurisprudencia citada.

16 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), apartados 30 a 32; de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593), apartados 26 y 27, y de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG Österreich y ARGE Telekom & Partner* (C-314/01, EU:C:2004:159), apartado 43.

17 — Artículo 48, apartado 3, de la Directiva.

18 — Véase el artículo 44, apartado 2, de la Directiva.

19 — Sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 35, que refleja el tenor del artículo 44, apartado 2, de la Directiva.

44. Estoy de acuerdo en que, intuitivamente, dicha diferencia existe. Combinar la experiencia obtenida en distintos sectores no siempre es posible, pues la experiencia intersectorial o plena en sistemas integrados puede ser irremplazable. Sin embargo, esa combinación interdisciplinar es sin duda menos problemática que añadir simplemente años de experiencia o contratos individuales. Una sociedad que ejecuta un segundo contrato en el mismo ámbito lo hará sobre la base de su experiencia anterior, eventualmente desde una perspectiva nueva y distinta.²⁰

45. Sin embargo, en última instancia, el principio jurídico es el mismo en ambos casos. La medida en que la experiencia de un operador que ha ejecutado dos contratos puede sustituirse por la de dos operadores que han ejecutado un contrato cada uno de ellos es una cuestión fáctica que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional.

46. En su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional establece expresamente que la experiencia pertinente y la ejecución del contrato «es indivisible». Ello supone que el órgano jurisdiccional nacional ya ha concluido que a) queda excluido que pueda invocarse la experiencia conjunta y b) que esa exclusión «está vinculada y es proporcionada al objeto del contrato de que se trata». Si es así, las disposiciones de la Directiva citadas por el órgano jurisdiccional nacional permiten al poder adjudicador excluir que puedan invocarse los recursos de otra entidad combinando los conocimientos y experiencia de dos entidades.

47. A la luz de lo anterior, propongo que se responda del siguiente modo a la cuarta cuestión del órgano jurisdiccional nacional:

El artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), y con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 2 de dicha Directiva, no permite que un operador económico se remita, en el sentido del artículo 48, apartado 3, de esa Directiva, a los conocimientos y experiencia de otra entidad, cuando esa posibilidad haya sido expresamente excluida por el poder adjudicador. No obstante, esa exclusión debe estar vinculada y ser proporcionada al objeto del contrato de que se trate.

C. Quinta cuestión prejudicial

48. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional solicita aclaraciones sobre las condiciones en las que un operador económico puede invocar la experiencia previa obtenida por un grupo de empresas de las que era miembro. Esa cuestión guarda relación con el hecho de que, en el procedimiento principal, el suministro Nowy Sącz y el suministro Słupsk fueron ambos llevados a cabo por una agrupación de dos empresas, KK y KIT. Por cuanto entiendo, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se dilucide si KK puede basarse en esa experiencia de forma incondicional para respaldar su oferta o si el papel desarrollado por KK en el suministro resulta determinante.²¹

49. Considero que el papel específico y la consiguiente experiencia de un miembro de una agrupación de empresas es efectivamente crucial.

20 — A título de ejemplo, si pretendo contratar a un abogado con nueve años de experiencia en Derecho fiscal, societario y mercantil, podría aceptar a tres abogados, cada uno con nueve años de experiencia en Derecho fiscal, societario o mercantil, respectivamente. Sin embargo, cabe que tenga mis reservas a la hora de contratar a tres abogados con tres años de experiencia en los tres ámbitos combinados. Desde luego, no contrataría a nueve abogados con un año de experiencia cada uno.

21 — De la petición de decisión prejudicial se deduce claramente que KK no pretende basarse en ningún caso en la experiencia de KIT como una “otra entidad”, en el sentido del artículo 48, apartado 3, de la Directiva, sino que presenta como propia la experiencia obtenida en el marco de la agrupación.

50. Los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva prevén que las ofertas se aprecien sobre la base, entre otras, de la experiencia, acreditada mediante listas de obras y suministros llevados a cabo en los últimos años. Claramente, contar con la experiencia necesaria para ejecutar un contrato no es lo mismo que conocer a alguien que la tenga. Asimismo, la experiencia no puede adquirirse exclusivamente por la circunstancia de haber sido formalmente parte en un contrato o de una agrupación de empresas.

51. El órgano jurisdiccional remitente ilustra debidamente esa situación con el ejemplo de una agrupación de tres empresas que construyen una autopista: un banco (que financia la operación), una empresa constructora (que lleva a cabo la construcción en sí) y un proveedor de servicios (que presta apoyo jurídico, administrativo y contable). Está claro que financiar la operación no proporciona al banco la experiencia necesaria para construir una autopista.

52. No obstante, en última instancia, la función concreta y la experiencia que cada empresa adquiera dependerán de las circunstancias específicas. Por ejemplo, es posible que el banco tomara la iniciativa de la financiación pero que el proveedor de servicios estuviera estrechamente vinculado a esa parte de la operación, obteniendo así cierta experiencia en ese ámbito. Cabe que ese nivel de experiencia sea completamente adecuado y suficiente en el marco de la licitación de otro proyecto, o puede que no. Se trata de una cuestión de hecho.

53. De igual modo, la función concreta que KK haya desempeñado en el suministro Nowy Sącz (y en el suministro Słupsk)²² y saber si tal función le permite cumplir el requisito de experiencia establecido en el anuncio de licitación son cuestiones de hecho cuya apreciación incumbe al órgano jurisdiccional nacional.

54. Por último, las observaciones anteriores hacen referencia a una situación en la que un operador económico presenta diversos suministros efectuados por un grupo de operadores *específicamente como experiencia propia*. Dichas observaciones deben entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que un operador económico se base en las capacidades de terceros, conforme establece, por ejemplo, el artículo 48, apartado 3, de la Directiva, que se ha comentado con cierto detalle en el punto 39 anterior

55. A la luz de lo anterior, propongo que se responda del siguiente modo la quinta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional:

Los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que un operador económico que ha ejecutado un contrato como miembro de un grupo de operadores económicos únicamente puede invocar como experiencia propia la experiencia efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de ese contrato. Esa conclusión se entiende sin perjuicio de que el operador económico pueda basarse en las capacidades de terceros en las condiciones previstas en la Directiva.

D. Séptima cuestión prejudicial

56. La séptima cuestión prejudicial guarda relación con el hecho de que, en el litigio principal, el suministro Słupsk se llevó a cabo en virtud de dos contratos independientes que conferían experiencia complementaria (en los sectores blanco y gris) mientras que el anuncio de licitación y el pliego de condiciones se referían a contratos relativos conjuntamente a los sectores blanco y gris.²³

22 — Województwo Łódzkie confirmó en la vista que KK ya no invoca formalmente el suministro Słupsk.

23 — En caso de que KK ya no invoque el suministro Słupsk, esta cuestión podría considerarse potencialmente hipotética. Sin embargo, dado que de la resolución de remisión no se desprende de forma clara que no se vaya a seguir invocando el suministro Słupsk, procede aplicar la presunción general de pertinencia de la cuestión.

57. En esas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones sobre las condiciones en las que puede invocarse conjuntamente la experiencia obtenida en el marco de dos contratos independientes para cumplir un requisito que no estaba expresamente formulado como divisible.

58. Por los motivos que expondré a continuación, considero que la respuesta a esta cuestión prejudicial debe ser que, con carácter general, los operadores deben poder acumular experiencia de tal modo «fragmentada». El poder adjudicador sólo debe poder excluir completamente esa posibilidad en circunstancias excepcionales.

59. De las respuestas propuestas para las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, entre otras cuestiones, se desprende que la Directiva no establece expresamente por quién y cómo debe haberse obtenido esa experiencia. Pues bien, con ciertas condiciones, es posible por ejemplo, con carácter general, que un operador se base en la experiencia adquirida: a) en el marco de contratos que haya suscrito él solo; b) en el marco de contratos firmados por un grupo de operadores del que forma parte o c) por terceros.

60. Lo determinante es si la experiencia global, propia o de terceros, que el operador económico puede realmente invocar es suficiente para ejecutar el contrato.

61. Por consiguiente, el hecho de que la experiencia se haya obtenido técnicamente a través de dos o más contratos independientes y no mediante un único pacto contractual en principio carece de pertinencia. Si la experiencia combinada es suficiente para ejecutar el contrato, debería bastar.

62. En efecto, los requisitos de una licitación pueden cumplirse acumulando capacidades o experiencia repartidas entre *distintos operadores*. Con mayor razón carecería simplemente de lógica excluir por principio la posibilidad de acumular las capacidades o experiencia obtenida por el *mismo operador* en el marco de *diferentes contratos*.

63. Pueden imponerse limitaciones a la acumulación de la experiencia de varios operadores cuando éstas «estén relacionadas y sean proporcionadas al objeto del contrato de que se trate».²⁴ En mi opinión, ese razonamiento y estas limitaciones pueden aplicarse por analogía a la fragmentación de la experiencia entre distintos contratos ejecutados por el mismo operador. Pues bien, por ejemplo, en principio un poder adjudicador puede establecer que ciertos requisitos de experiencia sólo puedan cumplirse invocando contratos individuales mediante los cuales se haya obtenido experiencia en distintos sectores. Sin embargo, ese requisito debe ser además necesario y proporcionado y estar relacionado con el objeto del contrato.

64. Compete al órgano jurisdiccional remitente determinar si la experiencia que se exige en la licitación de que se trata cumple esos requisitos. Sin embargo, es preciso formular las siguientes observaciones generales.

65. En primer lugar, en principio las licitaciones deben estar abiertas a la competencia.²⁵ A la luz de ese objetivo, excluir la posibilidad de basarse en la experiencia de terceros constituye una excepción. También debería serlo la exclusión de la posibilidad de invocar experiencia «fragmentada». Por consiguiente, a falta de tal exclusión en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, ésta no puede presuponerse sin más. Debe estar claramente establecida.

24 — Véase el punto 40 anterior.

25 — Véase el punto 25 anterior.

66. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional nacional se refiere expresamente al artículo 2 de la Directiva, que también consagra el principio de igualdad de trato. En mi opinión, tal principio no plantea ningún problema en lo que respecta a la posibilidad de invocar de forma acumulada la experiencia obtenida mediante contratos independientes en la medida en que a) *cualquier* operador económico que presente una oferta pueda invocar en principio de forma acumulada esos contratos o b) *ningún* operador económico pueda hacerlo (en caso de que esa posibilidad haya sido excluida por el poder adjudicador).

67. En tercer lugar, cuando no se haya excluido la posibilidad de invocar de forma acumulada la experiencia, corresponderá al poder adjudicador determinar si la experiencia combinada obtenida mediante dos o más contratos es suficiente en un determinado caso para cumplir los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, sin perjuicio del control de los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, aunque en principio puedan combinarse dos o más contratos, puede ocurrir que en un caso concreto la experiencia global simplemente sea inadecuada. A la hora de realizar dicha apreciación, es preciso tener en cuenta todos los elementos pertinentes, incluida, por ejemplo, la relación entre los distintos contratos²⁶ y los requisitos específicos.²⁷

68. A la luz de lo anterior, propongo que se responda del siguiente modo a la séptima cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional:

Los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, en relación con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 2 de dicha Directiva, permiten que un operador económico se remita a su experiencia haciendo referencia a dos o más contratos en conjunto como si fueran uno solo, a menos que el poder adjudicador hubiera excluido tal posibilidad. Dicha exclusión debe estar vinculada y ser proporcionada al objeto del contrato de que se trate.

E. Sexta cuestión prejudicial

69. Mediante su sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se determine si un licitador puede quedar excluido por ser «gravemente culpable de hacer declaraciones falsas» (por falsear u ocultar información) con arreglo al artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva, al margen de su actitud. También pregunta si dicha disposición permite excluir de la licitación a un operador que no cumple de forma efectiva los correspondientes requisitos pero que ha presentado información técnicamente correcta de forma creativa para dar la impresión de que sí los reúne.

70. El tenor del artículo 45, apartado 2, letra g), prevé la posibilidad²⁸ de que los Estados miembros excluyan a los licitadores en caso de que proporcionen información falsa. Dicha información falsa puede consistir en la información «requerida», por ejemplo, para acreditar su capacidad, se falsee u omita.

71. Por lo tanto, conforme a su significado habitual, el artículo 45, apartado 2, letra g), hace referencia a aquellos supuestos en los que un operador omite o aporta cierta información que lleva al poder adjudicador a tener una impresión incorrecta de sus aptitudes.

72. No toda declaración falsa constituye un motivo de exclusión. El empleo de los términos «grave» o «gravemente» implica que el mero hecho de aportar información incorrecta no es suficiente para que el artículo 45, apartado 2, letra g), resulte aplicable y que es preciso que se alcance un determinado umbral de gravedad.

26 — Cualquier vínculo formal entre los contratos y similitudes en cuanto a su alcance, cliente o plazo de ejecución, etc.

27 — Naturaleza integrada del servicio requerido, plazo de entrega y los correspondientes requisitos de capacidad mínima, etc.

28 — «Podrá ser excluido [...] todo operador económico [...]» (el subrayado es mío).

73. No obstante, no está claro cómo debe determinarse esa gravedad. La comparación de las distintas versiones lingüísticas únicamente genera mayor ambigüedad a este respecto. En algunas versiones lingüísticas, el término que connota gravedad o importancia se enlaza con el término «culpable»,²⁹ lo cual indudablemente puede interpretarse en el sentido de que es preciso que concurra cierta actitud o negligencia. En otras versiones lingüísticas, el término que connota gravedad o importancia enlaza con la propia declaración falsa, de modo que el foco se coloca en el propio acto o en sus consecuencias.³⁰

74. El último párrafo del artículo 45, apartado 2, de la Directiva puede arrojar algo de luz. Exige a los Estados miembros que precisen de conformidad con su Derecho nacional las «condiciones de aplicación» del artículo 45, apartado 2. Pues bien, el artículo 45, apartado 2, letra g), puede interpretarse en el sentido de que establece requisitos mínimos para establecer si existe una declaración falsa lo suficientemente grave como para facultar a un Estado miembro a excluir un licitador. Sin embargo, no pretende armonizar plenamente ese concepto.³¹ Esta interpretación también se coherente con una interpretación restrictiva de los motivos de exclusión y con la necesidad de evaluar las circunstancias de cada operador de forma individual.

75. ¿Qué es un nivel mínimo de gravedad? Por los motivos que expondré a continuación, considero que la «gravedad» debe guardar relación con las consecuencias (objetivas) de la entrega u omisión de información, al margen de la actitud o intención (subjettiva) de la persona que la facilita.

76. En mi opinión, *únicamente* los actos u omisiones que dan lugar a una ventaja competitiva que mantiene en el procedimiento de licitación a un operador que no debería participar en él están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 45, apartado 2, letra g).³² Dicho de otro modo, cuando la declaración falsa (por falsear u omitir información) no puede incidir en el resultado, no puede constituir un motivo válido para excluir al operador. En lo sucesivo haré referencia a este criterio como el «requisito de resultado».

77. Esta interpretación está respaldada por las versiones lingüísticas que ponen el acento en la gravedad de la declaración falsa. También puede considerarse compatible con aquellas versiones que ponen el acento en la «culpabilidad». Asimismo, refleja el objetivo de apertura a la competencia y se coherente con una interpretación estricta de los motivos de exclusión. Si un licitador está en mejores condiciones para ejecutar el contrato, bien en virtud de aplicar unas mejores prácticas, bien por presentar una oferta más ventajosa,³³ excluirlo iría en contra del objetivo de la Directiva de garantizar que los contratos se adjudiquen basándose en criterios objetivos, obteniendo la mejor relación calidad/precio.³⁴

78. De ello se desprende que el requisito de resultado es una condición *sine qua non* de cualquier exclusión por razón de falsedad.

79. Además, en mi opinión, en teoría, el artículo 45, apartado 2, letra g), puede ser aplicable *cada vez* que se cumpla el requisito de resultado. En efecto, si la entrega u omisión de determinada información puede incidir en el resultado, ya es *grave en sí misma*. A este respecto, cabe que en determinadas circunstancias un error «evidente» o «menor» o un «error meramente material» pueda tener la

29 — En francés, italiano, español y neerlandés respectivamente: «gravement coupable», «gravemente colpevole», «gravemente culpable», «in ernstige mate schuldig».

30 — En inglés, alemán y checo, respectivamente: «guilty of serious misrepresentation»; «in erheblicher Maße falscher Erklärungen schuldig»; «který se dopustil vážného zkrslení». Sin embargo, otras versiones lingüísticas, en particular la eslovaca, omiten cualquier referencia a la gravedad, ya sea en relación con la actitud, ya con las consecuencias del acto («bol uznaný vinným zo skreslovanie skutočnosti»).

31 — Véase asimismo el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva, que prevé la eventual exclusión cuando los operadores económicos hayan «cometido una falta grave en materia profesional». Como señala la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta dicha disposición hace referencia al papel de los Estados miembros a la hora de definir el concepto, teniendo en cuenta que es preciso que exista un nivel mínimo de gravedad para que se aplique dicha disposición.

32 — Que afecte de forma significativa, por ejemplo, a la preselección o a la adjudicación del contrato.

33 — Véase el artículo 53, apartado 1, de la Directiva.

34 — Véase, por ejemplo, el considerando 46 de la Directiva.

consecuencia inesperada de cambiar de forma drástica el resultado de una licitación. Tales errores pueden ser completamente involuntarios. Sin embargo, claramente no constituyen errores menores o triviales para el competidor que pierde la licitación o que queda en una clara situación de desventaja como consecuencia.

80. Por lo tanto, considero que el mero cumplimiento del requisito de resultado *basta para permitir la exclusión* por falsedad, sin necesidad de que se cumpla ningún otro requisito. Esta interpretación del concepto de declaración falsa, es decir, independientemente de cualquier elemento subjetivo de intencionalidad por parte del licitador, en el sentido del artículo 45, apartado 2, letra g), está respaldada por otros tres argumentos adicionales.

81. En primer lugar, puesto que el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva no hace siquiera referencia expresa a la actitud, intención, ligereza, o negligencia, menos aún desarrolla esos conceptos. En tales condiciones, no procede intentar definir el alcance del artículo 45, apartado 2, letra g), sobre la base de conceptos tan complejos que tendrían que elaborarse de la nada. Ese hecho aboga por sí solo por una interpretación objetiva de la disposición como la que he propuesto. Además, el artículo 45, apartado 2, únicamente establece las condiciones básicas en las que el Derecho de la Unión prevé la *posibilidad* de excluir a los licitadores. En tal sentido, se remite expresamente al Derecho nacional, que deberá especificar sus condiciones de aplicación, lo cual puede hacer entrar en juego, por ejemplo, los conceptos de negligencia o dolo conforme al Derecho interno.

82. En segundo lugar, el siguiente argumento es de índole práctica: ¿es razonable exigir a una autoridad administrativa que, en el marco de un procedimiento de licitación, suele actuar con cierta falta de tiempo y debe abordar un gran número de solicitudes voluminosas, realice investigaciones y determine cuál es la intención corporativa? Está claro que ese planteamiento no es viable.

83. En tercer lugar, aun cuando la autoridad administrativa pudiera determinar cuál es la intención corporativa, ¿hasta qué punto resultaría útil? Con carácter general, se espera que los operadores que participan en una licitación actúen con la debida diligencia.³⁵ Simplemente se presume que un profesional tiene que saber y actuar con la debida diligencia. Ello implica que, además de la intención, es probable que se consideren otros tipos de negligencia. En ese caso, la actitud no constituiría un auténtico criterio de diferenciación.

84. Por lo tanto, el requisito de resultado es una condición *sine qua non* suficiente en sí para que se aplique el artículo 45, apartado 2, letra g). Sin embargo, sólo abre la *posibilidad* de que los Estados miembros excluyan a un operador. Según el último párrafo del artículo 45, apartado 2, las condiciones concretas en las que los operadores pueden ser excluidos en la práctica están reguladas en el ámbito nacional.

85. Como observación final sobre el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional ha planteado expresamente la cuestión de si dicha disposición puede aplicarse en caso de que se presente información *correcta* de forma tendenciosa. En otras palabras, de modo que parezca que los requisitos de la licitación se han cumplido cuando en realidad no es así. La pregunta del órgano jurisdiccional nacional a este respecto hace referencia a un supuesto en el que un operador no cumple los requisitos de la licitación.

86. En ese caso, normalmente el operador sería excluido simplemente por no cumplir los requisitos de licitación. Ese licitador únicamente podría permanecer en el procedimiento si su oferta se modificara de forma que *cumpliera* los requisitos. Además únicamente en esas circunstancias sería preciso apreciar la exclusión sobre la base del artículo 45, apartado 2, letra g).

35 — Véase la sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartado 38.

87. Como ya he expuesto en mi análisis de la primera cuestión prejudicial, existen límites claros a las modificaciones introducidas una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas que resultan aceptables. Esos límites pueden excederse cuando las modificaciones supongan una diferencia sustancial, como la controvertida en este caso (a saber, la diferencia entre no cumplir los requisitos de licitación antes de la modificación y cumplir tales requisitos después de la modificación).

88. Sin embargo, suponiendo que esas modificaciones sean en teoría posibles, ¿podría excluirse en cualquier caso al operador por haber realizado declaraciones falsas en su oferta inicial?

89. Considero que la respuesta debe ser afirmativa, de modo que tal operador podría ser *potencialmente* excluido. Ello se debe a que a) inicialmente no facilitó la información exigida en virtud del artículo 48, apartado 2, letra a) [lo cual constituye uno de los tipos de falsedad mencionados en el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva], y b) dicha omisión era significativa, en el sentido de que podía incidir en el resultado de la licitación (requisito de resultado).

90. Por consiguiente, la cuestión no es tanto si el operador indudablemente llevó a cabo una «promoción extrema» de su experiencia efectiva. Es más bien si, al margen de cómo haya presentado dicha experiencia, el operador no facilitó inicialmente la información «exigida» con arreglo al artículo 48, apartado 2, letra a), y la posterior presentación de esa información modificó el resultado de la licitación.

91. A la luz de lo anterior, propongo que se responda del siguiente modo a la sexta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional:

Un operador económico únicamente puede ser considerado gravemente culpable de hacer declaraciones falsas con arreglo al artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18 si la supuesta declaración falsa puede incidir en la decisión del poder adjudicador de mantenerle en el procedimiento cuando no debería permanecer en él. La aplicación de esa disposición está condicionada a que se falsee u oculte la información exigida en virtud del capítulo VII, sección 2, de la Directiva. La aplicación del artículo 45, apartado 2, letra g), de esa Directiva no está condicionada a que se suministre información fáctica incorrecta o a una actitud particular del operador económico.

V. Conclusión

92. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia):

- «1) Cuestiones prejudiciales primera a tercera: El artículo 51 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y el principio de transparencia, consagrados en el artículo 2 de dicha Directiva, no permite que, al aclarar o completar la documentación, un operador económico indique contratos ejecutados por terceros que no haya indicado en la relación de suministros que adjuntó a su oferta o aporte el compromiso de dicho tercero de poner sus recursos a disposición del licitador.
- 2) Cuarta cuestión prejudicial: El artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), y con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 2 de dicha Directiva, no permite que un operador económico se remita, en el sentido del artículo 48, apartado 3, de esa Directiva, a los conocimientos y experiencia de otra entidad, cuando esa posibilidad haya sido expresamente excluida por el poder adjudicador. No obstante, esa exclusión debe estar vinculada y ser proporcionada al objeto del contrato de que se trate.

- 3) Quinta cuestión prejudicial: Los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que un operador económico que ha ejecutado un contrato como miembro de un grupo de operadores económicos únicamente puede invocar como experiencia propia la experiencia efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de ese contrato. Esa conclusión se entiende sin perjuicio de que el operador económico pueda basarse en las capacidades de terceros en las condiciones previstas en esa Directiva.
- 4) Sexta cuestión prejudicial: Un operador económico únicamente puede ser considerado gravemente culpable de hacer declaraciones falsas con arreglo al artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18 si la supuesta declaración falsa puede incidir en la decisión del poder adjudicador de mantenerle en el procedimiento cuando no debería permanecer en él. La aplicación de esa disposición está condicionada a que se falsee u oculte la información exigida en virtud del capítulo VII, sección 2, de la Directiva 2004/18. La aplicación del artículo 45, apartado 2, letra g), de esa Directiva no está condicionada a que se suministre información fáctica incorrecta o a una actitud particular del operador económico.
- 5) Séptima cuestión prejudicial: Los artículos 44 y 48, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, en relación con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 2 de dicha Directiva, permiten que un operador económico se remita a su experiencia haciendo referencia a dos o más contratos en conjunto como si fueran uno solo, a menos que el poder adjudicador hubiera excluido tal posibilidad. Dicha exclusión debe estar vinculada y ser proporcionada al objeto del contrato de que se trate.»