



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGGOZZI
presentadas el 25 de noviembre de 2015¹

Asunto C-396/14

**MT Højgaard A/S
Züblin A/S
contra
Banedanmark**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos, Dinamarca)]

«Procedimiento prejudicial — Artículo 267 TFUE — Competencia del Tribunal de Justicia — Carácter de “órgano jurisdiccional” del órgano remitente — Independencia — Directiva 2004/17/CE — Contratos públicos — Procedimiento negociado — Principio de igualdad de trato — Modificación de una agrupación de operadores económicos durante el procedimiento de adjudicación del contrato — Adjudicación del contrato a una sociedad que no había sido preseleccionada»

1. Atendiendo al principio de igualdad de trato, en caso de que una agrupación de operadores económicos haya sido preseleccionada y haya presentado una oferta en un procedimiento de licitación y, a continuación, antes de la adjudicación del contrato, esta agrupación se disuelva debido a la quiebra de uno de sus dos miembros, ¿puede el poder adjudicador permitir al miembro restante, que no ha presentado su candidatura como tal y, por tanto, no ha sido preseleccionado, continuar el procedimiento y, finalmente, adjudicarle el contrato?

2. Ésta es, en esencia, la novedosa cuestión planteada al Tribunal de Justicia por el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) en el marco de un litigio entre MT Højgaard A/S y Züblin A/S (conjuntamente en lo sucesivo, «MTHZ»), una agrupación de operadores económicos que participó en un procedimiento de licitación de Banedanmark, administrador de las infraestructuras ferroviarias de Dinamarca y poder adjudicador en el citado procedimiento. MTHZ afirma ante el órgano jurisdiccional remitente que Banedanmark vulneró el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 10 de la Directiva 2004/17/CE² al autorizar a Per Aarsleff A/S (en lo sucesivo, «Aarsleff»), el miembro restante de una agrupación disuelta durante el procedimiento, a participar en la licitación en lugar de la agrupación, a pesar de que Aarsleff no había sido preseleccionada.

3. En el presente asunto, el Gobierno danés solicita, en primer lugar, al Tribunal de Justicia que especifique las razones por las que el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. A continuación, en lo que atañe a la respuesta que se dé en cuanto al fondo a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia deberá lograr un justo equilibrio entre, por

1 — Lengua original: francés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1).

una parte, el interés público de los poderes adjudicadores en que los procedimientos de licitación estén abiertos a la competencia en la mayor medida posible, de forma que se garantice la participación en una licitación del mayor número posible de licitadores y, por otra parte, el interés —o más bien el derecho— de todos los licitadores que participan en una licitación en que su participación en el procedimiento se lleve a cabo respetando plenamente la igualdad de oportunidades de todos los licitadores.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El contrato controvertido en el litigio principal tiene por objeto la construcción de vías férreas por lo que se rige por las disposiciones de la Directiva 2004/17, comúnmente denominada «Directiva sectorial».

5. El considerando 9 de la Directiva 2004/17 establece que, «a fin de garantizar la apertura a la competencia de los contratos públicos adjudicados por entidades que operan en los sectores del [...] transporte [...], es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación aplicables a los contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Dicha coordinación se basa en los requisitos derivados de los artículos 14, 28 y 49 del Tratado CE y del artículo 97 del Tratado Euratom, esto es, en los principios de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta [...]. Esta coordinación, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y debe permitir la máxima flexibilidad.»

6. El artículo 10 de la referida Directiva, titulado «Principios de adjudicación de contratos», dispone que «las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia».

7. El artículo 11, apartado 2, de la antedicha Directiva prevé que «estarán autorizadas a licitar o presentarse como candidatos las agrupaciones de operadores económicos. Para la presentación de una oferta o de una solicitud de participación, las entidades adjudicadoras no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada; no obstante, la agrupación seleccionada podrá estar obligada a revestir una forma jurídica determinada cuando se le haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo».

8. Según el artículo 51 de la misma Directiva, titulado «Disposiciones generales», que forma parte del capítulo VII de la Directiva, titulado «Tramitación»:

«1. Las entidades adjudicadoras, a efectos de la selección de participantes en los procedimientos de adjudicación:

- a) excluirán, en caso de haber establecido normas y criterios para la exclusión de licitadores o candidatos con arreglo a los apartados 1, 2 o 4 del artículo 54, a los operadores económicos que respondan a dichos criterios y cumplan dichas normas;
- b) seleccionarán a los licitadores y candidatos de conformidad con las normas y criterios objetivos establecidos en virtud del artículo 54;

c) en los procedimientos restringidos y en los procedimientos negociados con convocatoria de licitación, reducirán, cuando proceda, de conformidad con el artículo 54, el número de candidatos seleccionados con arreglo a las letras a) y b).

[...]

3. Las entidades adjudicadoras comprobarán que las ofertas presentadas por los licitadores seleccionados se ajusten a las normas y requisitos aplicables a dichas ofertas y adjudicarán el contrato basándose en los criterios previstos en los artículos 55 y 57.»

9. El artículo 54 de la Directiva 2004/17 recoge los criterios de selección cualitativa fijados por las entidades adjudicadoras y, en la última frase de su apartado 3, dispone que, en el caso de los procedimientos restringidos o negociados, «el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente».

10. La Directiva 2004/17 será derogada, con efectos a partir del 18 de abril de 2016, por la Directiva 2014/25/UE.³

B. Derecho danés

11. El Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) fue creado por la Ley n.º 344 sobre la Comisión de recursos en materia de contratos públicos (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) de 6 de junio de 1991. Tanto su organización como su actividad se rigen por la Ley n.º 492 sobre la aplicación de las normas de adjudicación de contratos (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer), de 12 de mayo de 2010, en su versión modificada (en lo sucesivo, «Ley sobre adjudicación de contratos públicos»), así como por el Decreto n.º 887 sobre la Comisión de recursos en materia de contratos públicos (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud), de 11 de agosto de 2011, en su versión modificada.

12. La Ley sobre determinadas actividades comerciales (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), publicada mediante el Decreto de refundición n.º 1295, de 15 de noviembre de 2013, define en su artículo 2, párrafo primero, el concepto de «interessentskab» (sociedad colectiva; en lo sucesivo «I/S») como «una sociedad en la que todos los socios son responsables solidarios a título personal e ilimitado de las obligaciones de la sociedad colectiva». Una I/S es una persona jurídica autónoma y un sujeto de derecho dotado de capacidad jurídica.

II. Hechos del litigio principal, procedimiento nacional y cuestión prejudicial

13. Banedanmark publicó en enero de 2013, de conformidad con la Directiva 2004/17, un anuncio para la adjudicación de un contrato público según el procedimiento negociado relativo a la realización de un proyecto denominado «TP 4 Urban Tunnels» en el marco de la construcción de una nueva línea ferroviaria entre las ciudades de Copenhague (Dinamarca) y Ringsted (Dinamarca).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17 (DO L 94, p. 243).

14. Del pliego de condiciones de dicho contrato se desprende que el procedimiento preveía la presentación de tres ofertas y la celebración de una negociación después de la presentación de las dos primeras ofertas, ya que la adjudicación del contrato debía efectuarse después de la tercera y última oferta. El anuncio de licitación establecía asimismo la intención de Banedanmark de invitar a entre cuatro y seis candidatos a presentar una oferta y que, en caso de que el número de candidatos fuera superior a seis, dicha entidad realizaría una selección previa sobre la base de referencias relativas a otros trabajos similares. No se establecía ningún requisito mínimo para ser preseleccionado.

15. Cinco operadores económicos presentaron su candidatura, y Banedanmark preseleccionó a los cinco. Sin embargo, una de las empresas retiró su candidatura en junio de 2013, por lo que sólo quedaban cuatro licitadores preseleccionados.

16. Entre estos figuraba una agrupación formada por E. Pihl & Søn A/S (en lo sucesivo, «Pihl») y Aarsleff, que se había presentado a la preselección como consorcio en forma de I/S denominada «JV Pihl — Aarsleff — TP 4 Urban Tunnels I/S». Pihl y Aarsleff eran dos de las empresas más importantes en el sector de la construcción en Dinamarca. El contrato de constitución de la I/S entre Pihl y Aarsleff se celebró el 26 de agosto de 2013.

17. Sin embargo, ese mismo día, es decir, se dictó una sentencia de declaración de quiebra de Pihl. Banedanmark tuvo conocimiento de dicha resolución esa misma tarde y solicitó inmediatamente información a Aarsleff acerca de los efectos de la declaración de quiebra sobre el procedimiento de licitación en curso.

18. A pesar de la declaración de quiebra del día anterior, la I/S presentó una primera oferta el 27 de agosto de 2013, firmada por Aarsleff y Pihl, pero no por el administrador concursal de esta última.

19. El 15 de octubre de 2013, tras una amplia correspondencia con Aarsleff sobre la forma de gestionar las consecuencias de la quiebra de Pihl, Banedanmark comunicó a todos los licitadores su decisión de permitir a Aarsleff seguir participando en solitario en el procedimiento de licitación, pese a la quiebra de Pihl.

20. En su comunicación, Banedanmark justificó esta decisión aduciendo que Aarsleff cumplía los requisitos para participar en la licitación sin las capacidades económicas y técnicas de Pihl y que la circunstancia de que esta última formase parte de la agrupación no había tenido un peso decisivo para autorizarla a participar en la licitación. En dicha comunicación, Banedanmark destacaba asimismo que Pihl no sería sustituida por un nuevo licitador en el seno de la agrupación y que, por tanto, los licitadores seleccionados seguirían siendo los mismos, dado que no se permitía participar en el procedimiento de licitación a ningún operador nuevo. Banedanmark señalaba asimismo que Aarsleff había contratado a más de cincuenta trabajadores de Pihl tras la apertura del procedimiento de quiebra, incluyendo a personas clave para la ejecución del proyecto objeto de la licitación.

21. Posteriormente, Aarsleff presentó una segunda oferta en su propio nombre, alegando que lo hacía en su condición de sucesora de la agrupación constituida con Pihl, que el administrador concursal aún no se había pronunciado sobre si pretendía mantener el contrato de constitución de la agrupación y que, en consecuencia, había resuelto dicho contrato. Tras analizar las segundas ofertas que había recibido, Banedanmark seleccionó, con arreglo a los requisitos establecidos en el anuncio de licitación, las tres ofertas económicamente más ventajosas y solicitó a los tres licitadores seleccionados que presentasen una tercera y última oferta. Entre estos se encontraban Aarsleff y MTHZ. La última oferta se presentó el 12 de diciembre de 2013.

22. El 20 de diciembre de 2013, Banedanmark comunicó a los tres licitadores preseleccionados que había decidido adjudicar el contrato a Aarsleff, cuya oferta era, en general, desde el punto de vista de la calidad y del precio, la más ventajosa económicamente.

23. A raíz de esta decisión, MTHZ presentó un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, en el que solicita, por una parte, que declare que Banedanmark ha infringido los principios de igualdad de trato y de transparencia en el sentido del artículo 10 de la Directiva 2004/17 al permitir que Aarsleff, pese a no haber sido preseleccionada, participe en la licitación en lugar de la agrupación que había constituido con Pihl. Por otra parte, MTHZ solicita la anulación de la decisión de adjudicar el contrato a Aarsleff.

24. De la resolución de remisión adoptada el 28 de enero de 2014 se desprende que el órgano jurisdiccional remitente se negó a reconocer un efecto suspensivo al recurso presentado por MTHZ basándose en que no se cumplía el requisito de la urgencia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente consideró en dicha resolución que el requisito del *fumus boni juris* se cumplía, dado que, en su opinión, del examen del recurso se desprendía a primera vista que era posible que la decisión final acogiese el recurso de anulación interpuesto por MTHZ. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señaló, en primer lugar, que es preciso distinguir la situación en la que la modificación de una agrupación tiene lugar antes de la adjudicación del contrato de aquella en la que dicha modificación sucede después de esta adjudicación. A continuación, consideró que la circunstancia de que una agrupación haya sido preseleccionada por la entidad adjudicadora no significa que cada uno de sus miembros haya sido preseleccionado, con independencia de que la entidad adjudicadora pueda concluir, sobre la base de la oferta presentada, que cada uno de los miembros de la agrupación cumple los requisitos pertinentes.

25. En su resolución de remisión, el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) señala, en primer lugar, que no existe ninguna disposición en el Derecho danés que prohíba modificar la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de licitación después de la presentación de las ofertas. A continuación, este organismo indica que el Banedanmark no estableció requisitos mínimos cualitativos relativos a la capacidad técnica de los licitadores en el anuncio de licitación y que sólo se efectuaría una evaluación cualitativa de las candidaturas en caso de que su número fuera superior a seis. En estas circunstancias, sobre la base de la información comunicada relativa a Aarsleff, a su entender, cabe considerar probado que ésta también habría sido preseleccionada si hubiera presentado su candidatura directamente en vez de hacerlo a través de la agrupación formada con Pihl.

26. Sin embargo, el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) alberga ciertas dudas relativas a la compatibilidad del procedimiento adoptado con el principio de igualdad de trato. En estas circunstancias, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«En circunstancias como las del procedimiento principal, ¿se opone el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 10 de la Directiva 2004/17/CE [...], en relación con el artículo 51 de dicha Directiva, a que una entidad adjudicadora adjudique el contrato a un licitador que no había solicitado ser preseleccionado y que, por lo tanto, no fue preseleccionado?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. La resolución de remisión fue recibida por el Tribunal de Justicia el 20 de agosto de 2014. MTHZ, el Gobierno danés y la Comisión Europea han presentado observaciones e intervinieron en la vista celebrada el 8 de septiembre de 2015.

IV. Análisis jurídico

28. Antes de responder a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, conviene examinar, con carácter preliminar, la cuestión planteada por el Gobierno danés sobre la competencia del Tribunal de Justicia.

A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

29. Según el Gobierno danés, aunque el Tribunal de Justicia haya reconocido en la sentencia *Unitron Scandinavia y 3-S*⁴ que el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, a saber, el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos), es un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, sería necesario aclarar, a la luz de los elementos tomados en consideración por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia *TDC*,⁵ en la que se suscitaba la cuestión de determinar el carácter de órgano jurisdiccional de otra Comisión de recursos de Derecho danés, a saber, el *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones), si el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) puede calificarse como tal y, en caso afirmativo, por qué razón.

30. A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, para apreciar si un órgano remitente constituye un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia.⁶

31. En lo que se refiere a los criterios relativos al origen legal del órgano remitente, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte de dicha entidad de normas jurídicas, ningún elemento de los autos pone en entredicho el carácter de órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE, del *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos), conforme reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia *Unitron Scandinavia y 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567). Teniendo en cuenta la información facilitada al Tribunal de Justicia en el marco del presente procedimiento, procede, en cambio, analizar en mayor profundidad los criterios relativos al carácter obligatorio de su jurisdicción y a su independencia, dado que, con arreglo a ese último el criterio, el Tribunal de Justicia negó el carácter de órgano jurisdiccional al *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones) en la sentencia *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. En lo que se refiere, en primer lugar, al carácter obligatorio de la jurisdicción del *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos), me limitaré a señalar que la circunstancia de que la competencia de este organismo sea exclusiva sólo durante un período denominado de «standstill»⁷ y que, al final de este período, sea alternativa a la de los tribunales, no es motivo para poner en entredicho el carácter de órgano jurisdiccional de tal organismo.

33. En efecto, de la jurisprudencia se desprende que la existencia de una vía de recurso alternativa a una vía jurisdiccional no excluye necesariamente que el órgano ante el que se interpone ese recurso alternativo pueda calificarse de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE, siempre que la decisión del órgano remitente tenga carácter vinculante —lo

4 — (C-275/98, EU:C:1999:567). Véase en particular el apartado 15, que se refiere a los puntos 17 y 18 de las conclusiones del Abogado General Alber en el mismo asunto (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — (C-222/13, EU:C:2014:2265).

6 — Véanse, entre otras, las sentencias *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235), apartado 21, y *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartado 27.

7 — Véanse los artículos 3, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos.

que no se pone en duda en el presente asunto—⁸ y el órgano en cuestión sea un órgano previsto por la Ley cuya competencia no dependa de la voluntad de las partes.⁹ Por otra parte, dado que el recurso controvertido en el litigio principal se presentó durante el período de *standstill*, la jurisdicción del *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) tenía en aquel momento carácter obligatorio.

34. En segundo lugar, en lo que se refiere al criterio relativo a la independencia, es preciso recordar que el concepto de independencia, inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida. De la jurisprudencia se desprende que este concepto consta de un aspecto externo, que supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan, y un aspecto interno, que se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Estas garantías de independencia e imparcialidad exigen la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio.¹⁰

35. En la sentencia TDC, invocada por el Gobierno danés, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones) no era un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, puesto que no cumplía el criterio de independencia. El Tribunal de Justicia basó su conclusión en dos elementos. Por una parte, en lo que se refiere al aspecto externo de la independencia, el Tribunal de Justicia señaló que, si bien la normativa danesa establecía garantías particulares para el cese de los jueces de los órganos jurisdiccionales ordinarios, ninguna normativa específica contemplaba, por el contrario, las condiciones de cese de los miembros del *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones), aplicándose únicamente las normas generales del Derecho administrativo y del Derecho laboral en caso de cese abusivo.¹¹ Por otra parte, en lo que atañe al aspecto interno de la independencia, el Tribunal de Justicia descartó la condición de tercero del *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones) con respecto a los intereses enfrentados al comprobar que, cuando se interpone un recurso contra una de sus decisiones ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, dicho organismo interviene en el procedimiento en calidad de parte demandada.¹²

36. No obstante, conforme a la información de que dispone el Tribunal de Justicia, el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) no reúne ninguno de los dos elementos apreciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia TDC.

37. En efecto, en lo que se refiere, en primer lugar, al aspecto interno de la independencia, el Gobierno danés ha afirmado expresamente, tanto en sus observaciones como en la vista, que, a diferencia de lo que ocurre con el *Teleklagenævnet* (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones), el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) no es parte en los asuntos de que conocen los tribunales ordinarios contra sus decisiones. En consecuencia, no existe razón alguna para dudar de su condición de tercero respecto de los intereses en juego.

8 — Con arreglo a los artículos 13, 14 y 16 a 18 de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos, el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) podrá, en particular, anular las decisiones o las adjudicaciones de contratos ilícitas, realizar requerimientos, imponer sanciones económicas, conceder indemnizaciones y declarar la nulidad de contratos.

9 — Véase la sentencia *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), apartados 22 y 23 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, el análisis completo de la jurisprudencia relativa a esta cuestión que figura en las conclusiones del Abogado General Jääskinen en el mismo asunto (C-203/14, EU:C:2015:445), puntos 40 y ss.

10 — Véase, entre otras, la sentencia *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apartados 49 a 53 y jurisprudencia citada.

11 — Sentencia TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartados 34 a 36.

12 — *Ibidem*, apartado 37.

38. En segundo lugar, en cuanto al aspecto externo de la independencia, es preciso señalar que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se deduce que existen notables diferencias entre el Teleklagenævnet (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones) y el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) en lo que se refiere a su composición, a las garantías contra el cese de sus miembros y a su funcionamiento.

39. Pues bien, de las disposiciones pertinentes de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos se desprende que el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) — que se creó con el objetivo, entre otras cosas, de aplicar la Directiva 89/665/CEE¹³ — está formado por un presidente y por varios vicepresidentes (que forman la presidencia), así como por diversos miembros expertos, nombrados en su totalidad por el Ministro de Empresas y de Desarrollo (Erhvervs- og vækstministeren) por un período máximo de 4 años.¹⁴

40. No obstante, a diferencia del Teleklagenævnet (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones), la presidencia del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) debe estar formada por jueces de tribunales de primera instancia y de tribunales regionales superiores.¹⁵ Sin embargo, como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia TDC,¹⁶ estos jueces se benefician de una protección particular contra el cese. Como se ha indicado durante la vista, dicha protección, que se fundamenta en el artículo 64 de la Constitución danesa, al parecer se extiende asimismo a la presidencia de las comisiones de recursos.

41. Además, del análisis de las disposiciones de la Ley se desprende que los miembros de la presidencia desempeñan un papel mucho más significativo que los miembros expertos en la actividad decisoria del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos). En efecto, en su composición ordinaria, este órgano está formado por un miembro de la presidencia, que actúa como presidente, y por un miembro experto. En caso de empate durante la adopción de una decisión, el Presidente tendrá voto dirimente.¹⁷ Por otra parte, los miembros de la presidencia pueden adoptar ciertas decisiones sin la intervención de los miembros expertos¹⁸ y tienen un peso prevalente en la adopción de las decisiones en los asuntos más complejos o que impliquen cuestiones de principio.¹⁹

42. En efecto, parece que el Derecho danés no prevé ninguna norma específica relativa al cese de una parte de los miembros del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos), a saber, los miembros expertos, así como para los miembros del Teleklagenævnet (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones), aplicándose únicamente las normas generales del Derecho administrativo y del Derecho laboral en caso de cese abusivo.

13 — Directiva 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 L 395, p. 33), en su versión modificada.

14 — Véase el artículo 9, apartados 1 y 2, primera frase, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos.

15 — Véase el artículo 9, apartado 2, segunda frase, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos.

16 — EU:C:2014:2265, apartado 35.

17 — Véase el artículo 10, apartados 4, primera frase, y 5, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos. Con arreglo a la primera disposición, salvo en el caso previsto el apartado 6 de dicho artículo, un miembro de la presidencia y un miembro experto participarán en la tramitación de cada asunto. De conformidad con la segunda disposición, las decisiones del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) se adoptarán por mayoría simple, siendo decisivo el voto del presidente en caso de empate.

18 — Véase el artículo 10, apartado 6, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos.

19 — Véase el artículo 10, apartado 4, de la Ley sobre adjudicación de contratos públicos, en virtud del cual el Presidente del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) puede, en casos específicos, decidir aumentar el número de miembros de la presidencia y de miembros expertos que participan en la sustanciación de un asunto. En tales casos, el número de miembros de la presidencia debe coincidir con el número de miembros expertos. Según esa disposición, que se aplica en los casos complejos o que implican cuestiones de principio, también en este tipo de asuntos que revisten una importancia particular, el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) estará formado por un mismo número de miembros de la presidencia y de miembros expertos, lo que implica que, habida cuenta del carácter decisivo del voto del presidente, los miembros de la presidencia tendrán un peso preponderante en la adopción de la decisión.

43. No obstante, cabe señalar a este respecto que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha afirmado en ciertas ocasiones que, para considerar satisfecho el requisito relativo a la independencia del órgano remitente, la jurisprudencia exige, en particular, que los supuestos de cese de los miembros de dicho órgano estén previstos en disposiciones legales expresas,²⁰ es preciso señalar que, en esos asuntos, la constatación de la inexistencia de dichas normas constituía un elemento de indudable importancia pero que formaba parte de un análisis global²¹ de los elementos característicos del órgano remitente en cuestión. En estos asuntos, el Tribunal de Justicia se basó en un análisis global de todos estos elementos para negar el carácter de órgano jurisdiccional a los organismos en cuestión.²² Por otra parte, en algunos casos, en particular respecto de los órganos nacionales responsables de los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos con arreglo a la Directiva 89/665, el Tribunal de Justicia ha reconocido el carácter de órgano jurisdiccional a un órgano de remisión sin preguntarse si existían tales normas.²³

44. En el presente asunto, cabe señalar que no solo está cubierta por una garantía particular contra el cese, a saber, la garantía constitucional, una parte significativa de los miembros del Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) y, en particular, los miembros que desempeñan un papel significativo en la actividad decisoria, sino que de los autos se desprende que existen otros elementos que refuerzan la independencia de este organismo con respecto a las posibles presiones o intromisiones indebidas del exterior. De este modo, el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal.²⁴ En particular, no presenta ningún vínculo funcional con el Erhvervsstyrelsen (Autoridad danesa para la empresa), que pone a su disposición la Secretaría, ni con los poderes adjudicadores cuyos actos se impugnan ante él.²⁵ Por otra parte, el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno.²⁶ Todos sus miembros están obligados a ejercer sus funciones de forma independiente.²⁷ Además, en la medida en que el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) puede, entre otras cosas, declarar la ilegalidad de resoluciones o de adjudicaciones de contratos, así como emitir requerimientos relacionados con las adjudicaciones de contratos, este órgano ejerce fundamentalmente una función jurisdiccional.²⁸

45. Por último, procede recordar que el Tribunal de Justicia, en el marco de la apreciación del estatuto jurídico de los órganos nacionales mencionados en la Directiva 89/665, responsables de los recursos en materia de licitación, ha confirmado ya el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE de otros órganos nacionales similares en lo esencial al órgano remitente en el presente asunto.²⁹

20 — Auto Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274), apartado 24, y sentencia TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartado 32.

21 — Véase la sentencia Syfait y otros (C-53/03, EU:C:2005:333), apartado 37.

22 — Véase el análisis del Tribunal de Justicia en las sentencias Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313), apartados 37 a 43; Syfait y otros (C-53/03, EU:C:2005:333), apartados 30 a 37, y en el auto Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274), apartados 25 a 30. Véase, asimismo, la sentencia TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) en la que el Tribunal de Justicia se basó en dos elementos, el relativo al aspecto interno y el relativo al aspecto externo, para negar la existencia de la independencia del Teleklagenævnet (Comisión de recursos en materia de telecomunicaciones) (véase el punto 35 de las presentes conclusiones).

23 — Véase, en particular, la sentencia HI (C-92/00, EU:C:2002:379), apartados 24 a 28.

24 — Véase la sentencia Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 19 y jurisprudencia citada.

25 — Véase, *a sensu contrario*, la sentencia Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313), apartados 37 a 40.

26 — Véase la sentencia Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 19 y jurisprudencia citada.

27 — Véase el artículo 1, apartado 4, del Decreto n.º 887, de 11 de agosto de 2011, sobre la Comisión de recursos en materia de contratos públicos. En cuanto a la pertinencia de este elemento, véase la sentencia Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413), apartado 35.

28 — Véase la sentencia Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413), apartado 37.

29 — Véase la sentencia Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 26 y jurisprudencia citada.

46. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, estimo que no procede cuestionar la conclusión del Tribunal de Justicia en la sentencia *Unitron Scandinavia y 3-S*, según la cual el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) tiene la condición de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE.

B. Sobre la cuestión prejudicial

47. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 10 de la Directiva 2004/17, en relación con el artículo 51 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, se opone a que una entidad adjudicadora adjudique el contrato a un licitador que no había presentado su candidatura y que, por lo tanto, no ha sido preseleccionado.

48. La cuestión prejudicial se inscribe en un contexto fáctico en el que una agrupación de dos empresas, que reviste la forma de una sociedad mercantil y que ha sido preseleccionada en un procedimiento de adjudicación de contrato, se disuelve a raíz de la quiebra de uno de sus dos miembros y en el que el poder adjudicador autoriza al miembro restante a seguir participando en el procedimiento en sustitución de la agrupación y, finalmente, le adjudica el contrato a pesar de que dicho miembro no había sido preseleccionado como tal. Ésta es la situación a la que el órgano jurisdiccional remitente se refiere en su cuestión prejudicial.

49. Por tanto, la cuestión prejudicial atañe, en esencia, a la posibilidad de que dispone un poder adjudicador, a la luz del principio de igualdad de trato, de autorizar a un miembro de una agrupación de operadores económicos, que no ha sido preseleccionado individualmente, a ocupar el lugar de la agrupación durante un procedimiento de adjudicación de contrato.

1. Sobre el marco normativo aplicable

50. En primer lugar, es preciso señalar que la Directiva 2004/17 no contiene ninguna norma específica relativa a las modificaciones de la composición de una agrupación de operadores económicos.

51. La única disposición de esta Directiva que se refiere a las agrupaciones de operadores económicos es su artículo 11, apartado 2,³⁰ que, no obstante, no atañe a su modificación durante el procedimiento de licitación. De este modo, en la medida en que la Directiva no contiene ninguna disposición que regule tales modificaciones, procede concluir que corresponde a los Estados miembros la regulación de las mismas.³¹ En estas circunstancias, corresponde, en su caso, al legislador nacional, de manera general, o al poder adjudicador, en un caso específico, establecer normas al respecto.³²

30 — Véase el punto 7 de las presentes conclusiones. Este artículo se reproduce, en esencia, en el artículo 37, apartados 2 y 3, de la Directiva 2014/25.

31 — Véase, por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia *Makedoniko Metro y Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47), apartado 61.

32 — Al adoptar dichas normas, tanto el legislador como el poder adjudicador deberán respetar los principios generales del Derecho. Véase, a este respecto, el considerando 9 de la Directiva 2004/17 y, aún más explícitamente, el considerando 2 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 L 134, p. 114). Véase, asimismo, el considerando 2 de la Directiva 2014/25.

52. Sobre este aspecto, es preciso señalar también que, en la sentencia *Makedoniko Metro y Michaniki*,³³ el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 93/37 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,³⁴ no se opone a una normativa nacional que prohíbe el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando dicho cambio se haya producido después de la presentación de las ofertas.

53. Sin embargo, en el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende, por una parte, que la normativa danesa no establece normas específicas relativas a los cambios en la composición de las agrupaciones de operadores económicos y, por otra, que el poder adjudicador tampoco estableció normas específicas a este respecto en el anuncio de licitación.

54. En tales circunstancias, la admisibilidad de los cambios en la composición de las agrupaciones de operadores económicos durante el procedimiento de adjudicación de contratos estará sujeta a los principios generales del Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión, en especial, al principio de igualdad de trato y de transparencia, previsto en el artículo 10, de la Directiva 2004/17, y tiene su límite en tales principios.

2. Sobre el principio de igualdad de trato en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos

55. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.³⁵

56. El Tribunal de Justicia ha afirmado en varias ocasiones que la esencia de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos reside en el principio de igualdad de trato de los licitadores y en el deber que corresponde a los poderes adjudicadores de garantizar su observancia.³⁶

57. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene como objetivo contribuir a favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.³⁷ Esto implica que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones *a lo largo de todo el procedimiento* de adjudicación del contrato, en particular, tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por el poder adjudicador.³⁸

58. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que uno de los objetivos de las normas en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible y que redunde en interés del Derecho de la Unión que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación³⁹ y que dicha apertura a la competencia más amplia posible se pretende no únicamente

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, apartados 61 y 63.

34 — Véase la nota a pie de página 31.

35 — Véanse, entre otras, las sentencias *Fabricom* (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), apartado 27 y jurisprudencia citada, y *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647), apartado 30.

36 — Véanse, en este sentido, las sentencias *Fabricom* (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), apartado 26, y *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731), apartado 45 y jurisprudencia citada.

37 — Véanse, en este sentido, las sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236), apartado 110, y *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 33.

38 — Véanse, en este sentido, las sentencias *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), apartados 33 y 34; *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731), apartado 45 y jurisprudencia citada, y el auto *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613), apartado 38. El subrayado es mío.

39 — Véanse, en este sentido, las sentencias *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317), apartado 26, y *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807), apartado 37.

en aras del interés de la Unión en materia de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés del propio poder adjudicador implicado, que dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate.⁴⁰

59. No obstante, en materia de contratación pública, deberán tenerse en cuenta tanto la preocupación por garantizar una competencia efectiva como el respeto del principio de igualdad entre licitadores. Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia ha declarado que la aplicación del principio de igualdad de trato en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no constituye un fin en sí mismo, sino que debe entenderse desde la perspectiva de los objetivos que contribuye a perseguir,⁴¹ el objetivo de fomentar la apertura a la competencia más amplia posible sólo puede aplicarse y alcanzarse si los operadores económicos que participan en la contratación pública están en condiciones de hacerlo en pie de igualdad, sin asomo alguno de discriminación.⁴² Habida cuenta de que el fomento de una competencia efectiva forma parte de un objetivo más amplio de fomento de una competencia que, antes de ser efectiva, debe ser sana, su consecución encuentra necesariamente un límite en el respeto del principio de igualdad de trato entre licitadores.⁴³

60. A este respecto, es preciso señalar asimismo que, como han puesto de manifiesto algunos de los intervinientes, el principio de igualdad de trato de los licitadores puede desempeñar un papel fundamental antes de la adjudicación de contrato, cuando los diferentes licitadores compiten entre sí. En cambio, una vez adjudicado el contrato, el interés se centra en su ejecución. En ese contexto, un acontecimiento, como un cambio en la agrupación adjudicataria del contrato, no planteará en principio cuestiones sobre la igualdad de trato entre licitadores, sino más bien sobre una posible modificación de los aspectos esenciales del contrato en cuestión⁴⁴ o la puesta en peligro de su correcta ejecución.⁴⁵

61. Estos son los principios que deben presidir el análisis de los límites que impone el principio de igualdad de trato en un caso como el controvertido en el litigio principal, a la posibilidad de que dispone un poder adjudicador antes de la adjudicación del contrato de autorizar a un operador económico que no había sido preseleccionado inicialmente para reemplazar a otro operador, en particular, a la agrupación preseleccionada de la que formaba parte.

3. Sobre la posibilidad de autorizar a un operador económico que no ha sido preseleccionado a reemplazar a otro operador en un procedimiento de adjudicación de contratos

62. Parece que los intervinientes se muestran de acuerdo en que, en principio, en las licitaciones en las que se efectúa una preselección, sólo podrán presentar ofertas y, por tanto, ser adjudicatarios del contrato, aquellos licitadores que han sido preseleccionados.

40 — Sentencia CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartado 37. Con respecto a los procedimientos negociados, el artículo 54, apartado 3, de la Directiva 2004/17, mencionada en el punto 9 de las presentes conclusiones, menciona expresamente el requisito de una competencia «suficiente».

41 — Véase, en este sentido, la sentencia Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), apartado 29.

42 — Véanse las conclusiones del Abogado General Léger en los asuntos acumulados Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2004:709), punto 22, así como las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544), punto 23.

43 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en los asuntos acumulados La Cascina y otros (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2005:524), punto 26.

44 — Véase la sentencia Priesstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), apartado 40 y siguientes.

45 — A este respecto, es preciso señalar que la Directiva 2014/25 regula expresamente, en su artículo 89, apartado 1, letra d), inciso ii), el supuesto de una modificación del contratista con posterioridad a la adjudicación del contrato. Esta disposición establece que no es necesario efectuar una nueva adjudicación de contrato en particular cuando el contratista inicialmente designado como adjudicatario por la entidad adjudicadora sea sustituido por un nuevo contratista como consecuencia de «la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la [...] Directiva».

63. Estoy de acuerdo con este enfoque que, como ha indicado acertadamente MTHZ, tiene su fundamento normativo explícito en el artículo 51, apartado 3, de la Directiva 2004/17. En efecto, al disponer que los poderes adjudicadores «comprobarán [la conformidad de] las ofertas presentadas por los *licitadores seleccionados*», esta disposición presupone la identidad entre los operadores preseleccionados y los operadores que presenten las ofertas.⁴⁶ Por consiguiente, en principio, debe existir identidad jurídica y material entre el operador económico preseleccionado y el que presenta la oferta y que podría, en su caso, adjudicarse el contrato.

64. A este respecto, a diferencia de lo indicado por la Comisión en la vista, cabe señalar que considero indiscutible que, en el presente caso, no existe ninguna identidad ni jurídica ni material entre la agrupación constituida en forma de I/S y Aarsleff. En efecto, si bien es cierto que Aarsleff era uno de los miembros de la I/S, no cabe duda de que constituye una persona jurídica material y jurídicamente distinta de la agrupación de la que formaba parte.

65. Dicho esto, la cuestión radica en saber si, a la luz del principio de igualdad de trato tal como se interpreta en los puntos 55 a 59 de las presentes conclusiones, deben admitirse excepciones al principio relativo a la necesaria correspondencia entre el licitador preseleccionado y el licitador que presenta la oferta, en particular en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal.

66. Pues bien, desde mi punto de vista, dicho principio no puede tener carácter absoluto y carecer de excepciones. Considero que es posible concebir una serie de casos, si bien limitados, en los que debería admitirse un cambio en la identidad de un licitador durante el procedimiento, en particular, con relación al requisito de mantener una apertura a la competencia lo más amplia posible en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato.

67. No obstante, como he señalado en el punto 59 de las presentes conclusiones, habida cuenta de que dicho requisito encuentra su límite en el respeto del principio de igualdad de trato, un poder adjudicador no podrá discriminar a los licitadores aduciendo como justificación el requisito de la apertura a la competencia lo más amplia posible del procedimiento de adjudicación de contrato. En consecuencia, las posibles excepciones al principio de correspondencia entre el licitador preseleccionado y el licitador que presenta la oferta —que, por lo demás deben interpretarse de forma restrictiva, dado que constituyen excepciones a un principio de alcance general—⁴⁷ encuentran un límite absoluto en el respeto del principio de igualdad de trato entre licitadores.

68. Una vez fijados estos principios, es preciso preguntarse cuál es el enfoque concreto que permite conciliar mejor los requisitos —que, en un caso como el controvertido en el litigio principal, pueden resultar conflictivos— que se derivan del estricto respecto de la igualdad de oportunidades entre licitadores y de la máxima apertura a la competencia.

69. Cada uno de los intervinientes adopta un planteamiento distinto.

70. En primer lugar, por las razones que acabo de exponer en el punto 66 de las presentes conclusiones, me inclino a descartar un enfoque, como el que parece defender MTHZ, según el cual nunca deberían establecerse excepciones al principio de correspondencia entre el operador preseleccionado y el operador que presenta la oferta.

46 — En el marco de la normativa de los procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa, el artículo 47, apartado 2, de la Directiva 2014/25 es aún más claro a este respecto, en la medida en que establece que «solo podrán participar en las negociaciones los operadores económicos invitados por la entidad adjudicadora tras haber evaluado la información facilitada».

47 — Véanse, en este sentido, las sentencias Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199), apartado 24, y Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 52 y jurisprudencia citada.

71. La Comisión, por su parte, considera en esencia que si el operador que no ha sido preseleccionado —en particular, en el caso de autos, el miembro restante de una agrupación— se ajusta al pliego de condiciones, el principio de igualdad de trato no se opone a que el poder adjudicador le permita continuar en el procedimiento. Sin embargo, esta solución no permite asegurar que el requisito relativo a la igualdad de oportunidades entre licitadores quede estrictamente garantizado.

72. Es cierto que el hecho de que el nuevo operador se atenga al pliego de condiciones,⁴⁸ constituye un requisito necesario para evitar la discriminación entre licitadores. Sin embargo esta única circunstancia no garantiza que, al quedar autorizado a participar en la licitación en un momento posterior respecto del resto de licitadores, el nuevo operador no se beneficie en el momento en el que accede al procedimiento de ventajas competitivas. Tales ventajas pueden consistir, por ejemplo, en el conocimiento de información a la que no tuvieron acceso el resto de licitadores⁴⁹ cuando decidieron participar en el procedimiento de adjudicación del contrato.⁵⁰

73. El Gobierno danés considera que, en un caso como el controvertido en el litigio principal, el principio de igualdad de trato no se opone a que un poder adjudicador acepte la modificación de la identidad de un licitador entre la preselección y la adjudicación del contrato, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, la parte restante del licitador cuya identidad ha sido modificada debe cumplir, por sí sola, los requisitos de aptitud previstos para la preselección y, en segundo lugar, la modificación de la identidad del licitador no deberá afectar al círculo de candidatos preseleccionados, en el sentido de que, aun cuando la parte restante del licitador hubiese participado en la preselección desde el principio bajo la nueva forma, los candidatos preseleccionados habrían seguido siendo los mismos.

74. Pues bien, considero que esta solución tampoco es satisfactoria. En efecto, creo que el primer requisito coincide, en esencia, con el previsto en la solución propuesta por la Comisión. En lo que respecta al segundo requisito, no creo que baste con que la modificación subjetiva no afecte al círculo de candidatos preseleccionados para garantizar el respeto estricto de la igualdad de oportunidades entre licitadores. En efecto, por las mismas razones expuestas en el punto 72 de las presentes conclusiones, considero que la circunstancia de que ningún operador haya sido excluido indebidamente del procedimiento ni admitido indebidamente a participar en el mismo, pese a ser asimismo un requisito necesario para evitar una discriminación, no basta para garantizar el respeto del requisito de la igualdad de oportunidades entre licitadores.

75. Desde mi punto de vista, a falta de normas explícitas adoptadas con anterioridad por el legislador o por el poder adjudicador, es necesario que la entidad adjudicadora realice un análisis específico caso por caso, sobre la base de todos los elementos de hecho de que dispone, para comprobar si la modificación subjetiva en cuestión genera una situación en la que los licitadores no se encuentran en igualdad de condiciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato, en particular, pero no sólo, en el momento de la presentación de sus ofertas. Este análisis se centrará especialmente en comprobar si dicha modificación da lugar a una ventaja competitiva para el nuevo licitador produciendo, de este modo, una alteración del proceso competitivo.

48 — Por otra parte, en este planteamiento no queda claro si el nuevo operador debe atenerse al pliego de condiciones en el momento en que se produce la modificación o en el momento en que se preseleccionó al resto de licitadores.

49 — Véase la sentencia *Fabricom* (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), apartado 29, en la que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta posibles ventajas competitivas por la información que un licitador obtuvo sobre el contrato público en cuestión.

50 — Por otra parte, es preciso indicar que la propia Comisión admite en sus observaciones que el criterio que propone no permite garantizar que se elimine totalmente el riesgo de falseamiento de la competencia.

76. Pues bien, pueden plantearse en abstracto varios supuestos de modificación subjetiva cuyo análisis en el presente contexto no resulta necesario. Me limitaré a señalar que, en caso de que el alcance de la modificación de la identidad subjetiva sea puramente formal y no material, al implicar, por ejemplo, exclusivamente un cambio de forma o una reorganización interna que carece de consecuencias significativas,⁵¹ resulta poco probable que dicha modificación pueda provocar una situación que tenga como consecuencia una desigualdad de oportunidades.

77. No obstante, desde mi punto de vista, una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una agrupación constituida como persona jurídica diferente de los operadores económicos que forman parte de la misma se disuelve y es sustituida en el procedimiento por el miembro restante de la agrupación, no constituye un caso de modificación de identidad subjetiva de alcance exclusivamente formal y no material.

78. En estas circunstancias, considero que corresponde al juez remitente apreciar en el caso concreto sobre la base de los elementos de hecho de que dispone si, en el presente caso, la decisión de Banedanmark ha violado el principio de igualdad de trato entre los diferentes licitadores que han participado en el procedimiento y, en particular, si Aarsleff se benefició de ventajas competitivas respecto de otros licitadores en el momento en que fue autorizada a proseguir el procedimiento tras la disolución de la I/S.

79. A este respecto, me limitaré a formular las siguientes consideraciones sobre la base de la información contenida en el expediente que obra en poder del Tribunal de Justicia.

80. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente destaca que debe considerarse probado que Aarsleff habría sido seleccionada de todas formas si hubiera presentado su candidatura directamente en vez de presentarla a través de la agrupación disuelta. No obstante, considero que esta circunstancia no excluye que se haya podido producir una vulneración del principio de igualdad de trato en el presente asunto. En el caso de autos, la cuestión decisiva no reside tanto (o no solamente) en saber si Aarsleff habría sido hipotéticamente preseleccionada o no en caso de haber presentado su propia candidatura, sino en si se ha beneficiado de un trato diferente que le ha generado una ventaja competitiva en el momento en que se le permitió participar en solitario en el procedimiento sin haber sido preseleccionada previamente.

81. Seguidamente, parece que Aarsleff decidió participar en solitario en la licitación sobre la base de información a la que el resto de licitadores no tuvo acceso en el momento en que decidieron participar en dicha licitación.⁵² En particular, MTHZ alega que, tras la quiebra de Pihl y la disolución de la agrupación, cuando Aarsleff fue autorizada a tomar tal decisión, por una parte, podía conocer el número exacto de empresas que participaban en dicho procedimiento y que habían presentado una oferta y, por otra parte, sabía que la oferta presentada por la agrupación de la que Aarsleff formaba parte había sido evaluada como la segunda mejor oferta. Asimismo, es preciso añadir también a todas estas circunstancias que, tras la quiebra de Pihl, Aarsleff pudo contratar a cincuenta trabajadores de Pihl, incluyendo a personas clave para la ejecución del proyecto objeto de la licitación.⁵³

82. Pues bien, una situación, previa al inicio de un procedimiento de adjudicación de un contrato, en la que dos operadores económicos deciden crear una agrupación que tiene como finalidad exclusiva participar en dicho procedimiento, presupone que estos dos operadores han tomado la decisión comercial de participar conjuntamente en la licitación y de compartir los beneficios y los riesgos asociados a la misma tras haber evaluado las oportunidades y los riesgos vinculados a este proyecto.

51 — Véase, por analogía, la sentencia *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), apartados 43 a 45.

52 — A este respecto, véase la nota 49 de las presentes conclusiones.

53 — A este respecto, es preciso señalar que de la comunicación enviada por Banedanmark a otros licitadores (mencionada en el punto 20 de las presentes conclusiones) se desprende que tuvo en cuenta esta circunstancia cuando decidió autorizar a Aarsleff a sustituir a la agrupación disuelta.

En estas circunstancias, es preciso analizar en concreto si la posibilidad de que dispone uno de estos operadores, en una fase posterior del procedimiento en la que los elementos de incertidumbre asociados al desarrollo del procedimiento son menores, de modificar esta decisión comercial al permitirle participar en solitario en el mismo, puede dar lugar a un trato diferente respecto del resto de licitadores y lleva aparejada una ventaja competitiva. Es preciso comprobar si esta decisión comercial posterior fue adoptada efectivamente sobre la base de información distinta de aquella a la que el resto de licitadores tuvo acceso cuando tomaron la decisión de participar en el procedimiento bajo una forma o una composición determinada sin posibilidad de modificarla posteriormente.

V. Conclusión

83. En virtud de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Klagenævnet for Udbud (Comisión de recursos en materia de contratos públicos) del siguiente modo:

- «1) El artículo 51, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, debe existir una identidad jurídica y material entre el operador económico preseleccionado en un procedimiento de adjudicación de contrato con preselección y el operador económico que presente la oferta en ese mismo procedimiento.
- 2) En una situación como la controvertida en el litigio principio, en la que dos operadores económicos han constituido una agrupación en forma de sociedad mercantil a fin de participar en un procedimiento de adjudicación de contrato público y, en la que uno de ellos, tras la preselección de la agrupación pero antes de la adjudicación de contrato, fue declarado en quiebra de manera que se disolvió la agrupación, el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que corresponde al poder adjudicador, sobre la base de un análisis específico, fundado en todos los elementos fácticos de que dispone, comprobar si una posible autorización para continuar participando en el procedimiento en lugar de la agrupación, concedida al miembro restante de la misma, que no había sido preseleccionado inicialmente, origina una situación en la que los licitadores no se encuentran en igualdad de condiciones en el procedimiento, en particular, en la presentación de sus ofertas. Así sucederá concretamente cuando el miembro restante de la agrupación haya podido tomar decisiones en el marco del procedimiento de adjudicación de contrato sobre la base de una información a la que el resto de licitadores no tuvo acceso en el momento en que debieron tomar la misma decisión, y cuando haya tenido la posibilidad, tras la apertura del procedimiento, de tener conocimiento de elementos clave para la realización del proyecto de los que no disponía en el momento en que debería haber sido preseleccionado.»