



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 14 de septiembre de 2017\*

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2004/18/CE — Artículo 47, apartado 2, y artículo 48, apartado 3 — Licitador que se basa en las capacidades de otras entidades para cumplir las exigencias del poder adjudicador — Pérdida por parte de dichas entidades de las capacidades exigidas — Normativa nacional que prevé la exclusión del licitador de la licitación y la adjudicación del contrato a un competidor»

En el asunto C-223/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 3 de noviembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2016, en el procedimiento entre

**Casertana Costruzioni Srl**

y

**Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti — Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,**

**Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo — A.R.Ca.Di.S.,**

con intervención de:

**Consorzio Stabile Infratech,**

**W.E.E. Water Environment Energy SpA,**

**Massimo Fontana,**

**Studio Tecnico Associato Thinkd,**

**Claudio Della Rocca,**

**Nicola Maione,**

**Vittorio Ciotola,**

**Fin.Se.Co. SpA,**

**Edilgen SpA,**

\* Lengua de procedimiento: italiano.

**Site Srl,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, y los Sres. E. Regan, A. Arabadjiev, C.G. Fernlund y S. Rodin (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sr. I. Illéssy, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de marzo de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Casertana Costruzioni Srl, por los Sres. E. Sticchi Damiani y G. Ceceri, avvocati;
- en nombre de Consorzio Stabile Infratech, por los Sres. L. Lentini y F. Migliarotti, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por Sra. C. Colelli, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y A. Tokár, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 11 de mayo de 2017;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), y del artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Casertana Costruzioni Srl (en lo sucesivo, «Casertana»), por un lado, y el Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti — Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (Ministerio de Infraestructuras y Transportes — Inspección Interregional de Obras Públicas de Campania y Molise, Italia) y la Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo — A.R.Ca.Di.S (Agencia Regional Campana para la Defensa del Suelo, Italia), por otro lado, en relación con el procedimiento de adjudicación de la elaboración del proyecto de obras, la coordinación de la seguridad en la fase de proyecto y la ejecución de obras en el marco del proyecto «La Bandiera Blu» en el litoral domitio.

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

#### *Directiva 2004/18*

- 3 El artículo 47, apartado 2, de la Directiva 2004/18 disponía lo siguiente:

«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 tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.»

- 4 El artículo 48, apartado 3, de dicha Directiva tenía el siguiente tenor:

«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 tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá 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.»

- 5 La Directiva 2004/18 fue derogada por la Directiva 2014/24.

#### *Directiva 2014/24*

- 6 El artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 dispone lo siguiente:

«Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. [...] Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

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

Cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

[...]»

### ***Derecho italiano***

- 7 El artículo 40, apartados 1 y 2, del Decreto legislativo, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, Código de contratos públicos de obras, servicios y suministro en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario a la GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006), dispone lo siguiente:

«1. Las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo obras públicas, sean cuales fueren sus modalidades, deberán haber obtenido una habilitación y asegurarse de que su actividad sea conforme a los principios de calidad, profesionalidad y lealtad. Con ese mismo fin, los productos, procedimientos, servicios y sistemas de calidad que dichas personas empleen estarán sujetos a certificación con arreglo a la normativa en vigor.

2. El reglamento previsto en el artículo 5 regula el sistema único de certificación para todos aquellos que lleven a cabo obras públicas de un importe superior a 150 000 euros, sean cuales fueren sus modalidades, en función del tipo y del importe de las obras. El reglamento previsto en el artículo 5 también permite revisar periódicamente las categorías de certificación y establecer posibles nuevas categorías.»

- 8 El artículo 49 del mismo Decreto Legislativo prevé lo siguiente:

«El licitador, actuando por sí solo, en consorcio o a través de una unión temporal de empresas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34, en relación con un procedimiento concreto de licitación de obras, suministros o servicios, podrá cumplir las condiciones económicas, financieras, técnicas y de organización, es decir, obtener la certificación SOA, basándose en las capacidades de otra empresa o en la certificación SOA de otra entidad.»

### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

- 9 De la resolución de remisión se desprende que, en junio de 2013, la Inspección Interregional de Obras Públicas de Campania y Molise, actuando por delegación de la Agencia Regional Campania para la Defensa del Suelo, convocó un procedimiento de licitación abierto, a escala europea, para la adjudicación de la elaboración del proyecto de obras, la coordinación de la seguridad en la fase de proyecto y la ejecución de obras en el marco del proyecto «La Bandiera Blu» en el litoral domitio.
- 10 En el pliego de condiciones se precisaba que para participar en la licitación era necesario obtener una certificación expedida por la Società Organismo di Attestazione (SOA) acreditativa de las habilitaciones exigidas para prestar servicios de elaboración de proyecto y ejecución de determinadas categorías.
- 11 La sociedad Casertana concurrió a la licitación como impulsora de una unión temporal de empresas en fase de constitución y declaró que había recurrido a dos empresas auxiliares (una de las cuales era Consorzio Stabile GAP) a los efectos de las habilitaciones exigidas por el Decreto Legislativo n.º 163.
- 12 Durante el procedimiento, concluida la fase de presentación de ofertas, Consorzio Stabile GAP perdió la habilitación para la categoría de servicios exigida, quedando de esta forma meramente habilitada para una categoría de servicios inferior.
- 13 Mediante resolución de 8 de octubre de 2014, se adjudicó el contrato a la unión temporal de empresas dirigida por Consorzio Stabile Infratech, mientras que la unión temporal de empresas dirigida por Casertana quedó clasificada en segundo lugar.

- 14 Casertana interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania, Italia) en el que impugnaba, por varios motivos, la resolución de adjudicación definitiva del contrato en cuestión.
- 15 Posteriormente, la unión temporal de empresas adjudicataria planteó una cuestión incidental a efectos de determinar la exclusión de la parte demandante en el litigio principal, alegando que esta última debería haber sido excluida de la licitación porque su empresa auxiliar había perdido, en el transcurso del procedimiento de adjudicación, la categoría exigida para participar en la licitación. La sociedad demandante en el litigio principal alegó en su defensa que dicha pérdida de categoría imputable a la empresa auxiliar constituía un supuesto de fuerza mayor que no podía dar lugar a la exclusión automática de la unión temporal de empresas.
- 16 Mediante sentencia de 27 de marzo de 2015, el Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania) estimó la cuestión incidental planteada por la unión temporal de empresas adjudicataria, admitiendo el primer motivo al considerar que la pérdida de la habilitación para la categoría exigida de la empresa auxiliar en el transcurso del procedimiento de licitación conllevaba la exclusión de dicho procedimiento de la unión temporal de empresas de la que formaba parte la sociedad demandante en el litigio principal. Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional estimó que las alegaciones de la parte demandante en el litigio principal en cuanto a la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor carecían de pertinencia.
- 17 El 8 de julio de 2015, Casertana interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania). En esencia, la parte demandante en el litigio principal considera que el licitador, al haber confiado en que la empresa auxiliar disponía de las habilitaciones exigidas, no puede ser obligado a responder de la pérdida de dicha habilitación en la medida en que esta circunstancia no le es imputable. Casertana alega la imposibilidad de identificar una «culpa» que le sea imputable, por lo que dicho órgano jurisdiccional debería haber reconocido la facultad del licitador para sustituir a la empresa auxiliar, tal como, según aquella, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como del artículo 63 de la Directiva 2014/24, que prevé expresamente la mencionada facultad.
- 18 En tales circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Se oponen los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la [Directiva 2004/18], sustituidos por el artículo 63 de la [Directiva 2014/24], a una normativa nacional que excluye —o que puede ser interpretada en el sentido de que excluye— la posibilidad de que el operador económico, es decir, el licitador, pueda designar a una empresa diferente de la inicialmente propuesta como «empresa auxiliar», debido a que esta haya dejado de cumplir o ya no alcance el umbral de cumplimiento necesario de los requisitos de participación, lo que conlleva la exclusión del operador económico del procedimiento de licitación por un hecho que no le es imputable ni de forma objetiva ni subjetiva?»

### **Sobre la cuestión prejudicial**

- 19 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 63 de la Directiva 2014/24, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que un operador económico que participa en una licitación sustituya a una empresa auxiliar que ha perdido las habilitaciones exigidas con posterioridad a la presentación de la oferta, circunstancia que conlleva la exclusión automática de dicho operador económico.

***Sobre la aplicabilidad del artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24***

- 20 El órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse a la luz del artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24.
- 21 Para responder a esta cuestión, es preciso, con carácter preliminar, recordar que, según jurisprudencia reiterada, la directiva aplicable es, en principio, la que está en vigor en el momento en que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público. En cambio, son inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de transposición ha expirado después de ese momento (sentencias de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 83).
- 22 En el litigio principal, el anuncio de licitación fue remitido el 7 de junio de 2013 al *Diario Oficial de la Unión Europea* y fue publicado el 10 de junio de 2013 en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Boletín Oficial italiano), mientras que la Directiva 2014/24 se adoptó el 26 de febrero de 2014 y, en cualquier caso, su plazo de transposición expiró, con arreglo a su artículo 90, el 18 de abril de 2016.
- 23 En estas circunstancias, la Directiva 2014/24 no era aplicable *ratione temporis* en el momento en que la licitación de que se trata en el litigio principal fue publicada (junio de 2013).
- 24 En cuanto al extremo de si el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse tomando en consideración el contenido del artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24, que constituye la disposición correspondiente del citado artículo 48, apartado 3, procede señalar que esta última disposición está formulada en términos generales y no indica expresamente las modalidades conforme a las cuales un operador económico puede basarse en las capacidades de otras entidades en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato público (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartados 87 y 88).
- 25 En cambio, el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 prevé en lo sucesivo que los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades «si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades» (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 89) y que «el poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria».
- 26 No obstante, si bien es verdad que la Directiva 2014/24, como enuncia en particular su considerando 2, trata de aclarar determinados conceptos y nociones fundamentales para garantizar la seguridad jurídica y tomar en consideración determinados aspectos de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, no es menos cierto que el artículo 63 de dicha Directiva aporta modificaciones sustanciales en lo que atañe al derecho de un operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades en el marco de un contrato público (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 90).
- 27 En efecto, lejos de incardinarse en una línea de continuidad con el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 y de aclarar su alcance, el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 introduce nuevos requisitos que no figuraban en el régimen jurídico precedente (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 91).

28 En tales circunstancias, la citada disposición de la Directiva 2014/24 no puede utilizarse como criterio para la interpretación del artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, toda vez que, en el presente caso, no se trata de disipar una duda acerca de la interpretación del contenido de esta última disposición (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 92).

***Sobre los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18***

29 Según reiterada jurisprudencia, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a todo operador económico el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 29).

30 Esas disposiciones no establecen ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un licitador recurra a las capacidades de una o varias entidades terceras como complemento de sus propias capacidades para cumplir los requisitos fijados por el poder adjudicador. Además, el Tribunal de Justicia se ha referido expresamente a la facultad que tienen los operadores económicos de utilizar medios que pertenecen a una o varias entidades terceras, eventualmente junto con sus propios medios, para la ejecución de un contrato (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 30 y 32).

31 Una interpretación de esta índole es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores. Además, igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34).

32 En el presente caso, Casertana cuestiona la valoración del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania) según la cual dicha sociedad quedó excluida del procedimiento de licitación de que se trata en el litigio principal como consecuencia de la pérdida por parte de Consorzio Stabile GAP de la habilitación necesaria para ser clasificada en la categoría de servicios en cuestión.

33 A este respecto, procede recordar que, con arreglo al considerando 46 y al artículo 2 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia (sentencias de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 60, y de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 35).

34 Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al

contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada, y sentencia de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 36).

- 35 Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como la obligación de transparencia, se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no pueda ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador. De ello se deduce que el poder adjudicador no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones (sentencias de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 62 y jurisprudencia citada, y de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 37).
- 36 Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 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 (sentencias de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 63 y jurisprudencia citada, y de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 38).
- 37 En cuanto a las modificaciones relativas a los poderes adjudicadores, el Tribunal de Justicia ya ha considerado que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión temporal de empresas adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trate, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En ese supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para subsanar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (sentencia de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox* y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 39 y jurisprudencia citada).
- 38 Además, en el ámbito de los contratos de concesión, el Tribunal de Justicia ha declarado que un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación sustancial de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato (sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 39).
- 39 En el asunto principal, como señala el Abogado General en el apartado 47 de sus conclusiones, permitir exclusivamente a una unión temporal de empresas, de manera imprevisible, que sustituya a una empresa tercera que forma parte de dicha unión, y que ha perdido una habilitación necesaria so pena de exclusión, constituiría una modificación sustancial de la oferta y de la identidad misma de dicha unión temporal de empresas. En efecto, tal modificación obligaría al poder adjudicador a efectuar nuevos controles y otorgaría una ventaja competitiva a la unión temporal de empresas, que podría tratar de optimizar su oferta para enfrentarse desde una mejor posición a las ofertas de sus competidores en el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión.
- 40 Esta situación sería contraria al principio de igualdad de trato, que obliga a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica que éstas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores, y constituiría un falseamiento de la competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en el procedimiento de adjudicación de un contrato público.

- 41 Por último, en cuanto al supuesto de fuerza mayor que alega Casertana, es preciso señalar que si bien la Directiva 2004/18 —como ya se ha indicado en los apartados 30 y 31 de la presente sentencia— permite que un licitador recurra a las capacidades de una o varias entidades terceras como complemento de sus propias capacidades con el objetivo de atenerse a los criterios establecidos por un poder adjudicador, tal licitador sigue siendo, en su condición de empresa principal de una unión temporal de empresas, responsable de que dichas entidades terceras cumplan las obligaciones y los requisitos de participación en la licitación establecidos por el poder adjudicador en los documentos relativos al procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión.
- 42 A la luz de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que un operador económico que participa en una licitación sustituya a una empresa auxiliar que ha perdido las habilitaciones exigidas con posterioridad a la presentación de la oferta, circunstancia que conlleva la exclusión automática de dicho operador económico.

### **Costas**

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

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

**Los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que un operador económico que participa en una licitación sustituya a una empresa auxiliar que ha perdido las habilitaciones exigidas con posterioridad a la presentación de la oferta, circunstancia que conlleva la exclusión automática de dicho operador económico.**

Firmas