



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Séptima)

de 18 de octubre de 2012*

«Directiva 2004/18/CE — Contratos públicos de obras, de suministro y de servicios — Artículos 44, apartado 2, y 47, apartados 1, letra b), 2 y 5 — Capacidad económica y financiera de los candidatos o licitadores — Nivel mínimo de capacidad establecido sobre la base de un único dato del balance — Dato contable que puede verse influido por divergencias entre los Derechos nacionales sobre las cuentas anuales de las sociedades»

En el asunto C-218/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Fővárosi Ítéltábla (Hungria), mediante resolución de 20 de abril de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de mayo de 2011, en el procedimiento entre

Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig),

Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, actualmente Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe,

y

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

en el que participan:

Vegyépszér Építő és Szerelő Zrt,

MÁVÉPCCELL Kft,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Séptima),

integrado por el Sr. G. Arestis, en funciones de Presidente de Sala, y los Sres. J. Malenovský y D. Šváby (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretaria: Sra. K. Sztranc-Sławiczek, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 29 de marzo de 2012;

* Lengua de procedimiento: húngaro.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig), por el Sr. G. Buda, la Sra. A. Cséza y el Sr. D. Kuti, ügyvédek;
- en nombre de Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, actualmente Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, por el Sr. Z. Mucsányi, ügyvéd;
- en nombre del Gobierno húngaro, por el Sr. M.Z. Fehér, la Sra. K. Szijjártó y el Sr. G. Koós, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek y T. Müller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. A. Tokár y A. Sipos, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de los artículos 44, apartado 2, y 47, apartados 1, letra b), 2 y 5, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).
- 2 Esta petición ha sido presentada por el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal de Apelación de la Capital), que conoce del recuso de apelación interpuesto contra una decisión de la Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (Comisión arbitral en materia de contratación pública del Consejo de contratos públicos), órgano administrativo arbitral. Esta decisión se dictó en el marco de un litigio sustanciado entre Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, actualmente Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (en lo sucesivo, «Hochtief Hungría»), sucursal húngara de la sociedad alemana Hochtief Solutions AG, y la Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) (Dirección de defensa del medio ambiente y de asuntos hídricos de la Transdanubia septentrional), en relación con un procedimiento restringido de contratación pública iniciado por esta última. En el marco del mencionado recurso, interpuesto por Hochtief Hungría, dicho órgano arbitral es parte demandada y la Édukövízig es, a su vez, parte demandante junto con Hochtief Hungría.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2004/18

- 3 La Directiva 2004/18 incluye, en particular, los considerandos siguientes:

«[...]

(2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

[...]

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

(40) Un poder adjudicador podrá limitar el número de candidatos en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación; también podrá hacerlo en el diálogo competitivo. Esta reducción del número de candidatos debe efectuarse en función de criterios objetivos indicados en el anuncio de licitación. [...]

[...]»

4 Bajo el título «Principios de adjudicación de contratos», el artículo 2 de la Directiva 2004/18 establece:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

5 El artículo 44 de la misma Directiva, que lleva por título «Verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos», dispone:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, [...] previa verificación de la aptitud de los operadores económicos [...] por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3.

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

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

Dichos niveles mínimos se indicarán en el anuncio de licitación.

3. En los procedimientos restringidos, los procedimientos negociados con publicación de anuncio de licitación y en el diálogo competitivo, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos adecuados a los que se invitará a presentar ofertas, negociar o dialogar, siempre que haya un número suficiente de candidatos adecuados. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que piensan utilizar [...]

[...]»

6 El artículo 47 de la misma Directiva, titulado «Capacidad económica y financiera», prevé:

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

- a) declaraciones apropiadas de bancos o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales;
- b) la presentación de balances o de extractos de balances, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido;
- c) una declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades de que es objeto el contrato, correspondiente como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. 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.

3. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.

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

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

Directiva 78/660/CEE

7 Como se desprende de su primer considerando, la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en [el artículo 44, apartado 2, letra g),] del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55), llevó a cabo una armonización de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la estructura y al contenido de las cuentas anuales, así como a las formas de evaluación y a la publicidad de dichas cuentas en lo

que se refiere a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada. El artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, que enumera los tipos de sociedades de que se trata, menciona concretamente, en relación con la República Federal de Alemania, la «Aktiengesellschaft».

- 8 Sin embargo, la armonización efectuada por dicha Directiva es tan sólo parcial. De este modo, se dispone, en particular, en su artículo 6 que los Estados miembros podrán autorizar u ordenar la adaptación de los esquemas del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, con el fin de dar a conocer la afectación de los resultados.

Derechos alemán y húngaro

- 9 De la resolución de remisión se desprende que las normativas alemana y húngara que regulan las cuentas anuales de las sociedades prevén que la partida del balance relativa al resultado debe dar cuenta de la distribución de los dividendos. Sin embargo, la normativa húngara sólo permite la distribución en la medida en que no convierta en negativa la mencionada partida del balance, mientras que la normativa alemana no contiene una limitación similar, al menos por lo que respecta a la transferencia de beneficios de una filial a su sociedad matriz.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 10 Mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 25 de julio de 2006, la Édukövizig inició un procedimiento restringido para la adjudicación de un contrato público de realización de obras en infraestructura de transporte. De los autos se desprende que el valor estimado de estas obras se sitúa en una horquilla que va de los 7.200 a los 7.500 millones de HUF, es decir, aproximadamente de 23.300.000 a 24.870.000 euros.
- 11 En lo que atañe a la capacidad económica y financiera de los candidatos, la entidad adjudicadora exigía la presentación de un documento uniforme, elaborado conforme a las normas contables, y fijaba un nivel mínimo que requería la inexistencia de resultado negativo en el balance en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos (en lo sucesivo, «exigencia económica»).
- 12 Hochtief AG es la sociedad matriz de un grupo al que pertenece Hochtief Solutions AG, filial al 100 % de la primera. Ambas son sociedades alemanas. Hochtief Hungría es la sucursal húngara de la segunda. Resulta de la resolución de remisión que Hochtief Hungría tiene, al menos, la facultad de referirse exclusivamente a la situación de Hochtief Solutions AG en lo que atañe a la exigencia económica.
- 13 En virtud de un contrato de transferencia, los beneficios obtenidos por Hochtief Solutions AG deben transferirse cada año a la sociedad matriz, de modo que el resultado que arroja el balance de Hochtief Solutions AG es sistemáticamente nulo o negativo.
- 14 Hochtief Hungría cuestionó la regularidad de la exigencia económica, por estimarla discriminatoria y contraria a ciertas disposiciones de la ley húngara de transposición de la Directiva 2004/18.
- 15 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente expone que, en virtud de las normas sobre las cuentas anuales aplicables a las sociedades alemanas, o al menos a los grupos de sociedades alemanas, es posible que una sociedad presente un resultado positivo después de impuestos, pero un resultado negativo en el balance, como consecuencia de una distribución de dividendos o una transferencia de beneficios que supere el beneficio después de impuestos, mientras que la normativa húngara prohíbe cualquier distribución de dividendos que convierta en negativo el resultado del balance.

- 16 Hochtief Hungría impugnó la exigencia económica ante la Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság. Recurrió la resolución adoptada por ésta ante un órgano jurisdiccional de primera instancia y, posteriormente, ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 17 En el procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente, Hochtief Hungría alegó que la exigencia económica no permite efectuar una comparación no discriminatoria y objetiva entre los candidatos, en la medida en que las normas sobre las cuentas anuales de las sociedades por lo que respecta al pago de dividendos en los grupos de empresas pueden variar de un Estado miembro a otro. En todo caso, así sucede entre Hungría y la República Federal de Alemania. La exigencia económica es indirectamente discriminatoria, dado que coloca en desventaja a los candidatos que no pueden cumplirla o que difícilmente podrían cumplirla por estar sometidos en su Estado miembro de establecimiento a una legislación diferente de la aplicable en el Estado miembro de la entidad adjudicadora.
- 18 El órgano jurisdiccional remitente señala, por un lado, que, en virtud de los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18, una entidad adjudicadora puede fijar un nivel mínimo de capacidad económica y financiera basándose en el balance y, por otro lado, que el mismo artículo 47 tiene en cuenta las diferencias que pueden darse entre las normativas nacionales relativas a las cuentas anuales de las sociedades. Se pregunta, por tanto, de qué modo puede definirse un nivel mínimo de capacidad económica y financiera que resulte comparable cualquiera que sea el lugar de establecimiento de una sociedad cuando dicho nivel debe acreditarse por documentos que, si bien constituyen referencias a la luz del mencionado artículo 47, apartado 1, letra b), pueden variar en su contenido e indicaciones de un Estado miembro a otro.
- 19 En este contexto, el Fővárosi Ítéltábla decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Puede interpretarse la previsión de que los niveles mínimos de capacidades requeridos por el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 [...] se exijan de conformidad con el artículo 47, apartado 1, letra b), de la misma Directiva, en el sentido de que los adjudicadores tienen derecho a vincular los niveles mínimos de capacidades a un único indicador del documento contable (balance) elegido por ellos para comprobar la capacidad económica y financiera?
- 2) Si se responde afirmativamente a la primera cuestión, ¿cumple el requisito de conformidad exigido en el mencionado artículo 44, apartado 2, de la [mencionada] Directiva un dato (resultado del balance), elegido para apreciar el nivel mínimo de capacidades, que presenta distinto contenido dependiendo de la normativa contable de cada Estado miembro?
- 3) ¿Basta para corregir las diferencias que, sin duda, existen entre los Estados miembros que el adjudicador, además de los documentos elegidos para justificar la capacidad económica y financiera, garantice la posibilidad de recurrir a medios externos (artículo 47, apartado [2, de la Directiva 2004/18]) o, para que se cumpla el requisito de conformidad respecto a todos los documentos designados por el poder adjudicador, éste debe garantizar que dicha capacidad pueda acreditarse de cualquier otro modo (artículo 47, apartado 5[, de la misma Directiva])?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

- 20 La Édukövizig alega, con carácter preliminar, que la petición de decisión prejudicial no es admisible por dos motivos. Por un lado, se refiere a elementos jurídicos que, al no haber sido discutidos en el procedimiento anterior al sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente, carecen de pertinencia en relación con el litigio de que efectivamente conoce dicho órgano jurisdiccional. Por otro lado, la exigencia económica no plantea ninguna dificultad real, puesto que Hochtief Hungría podría bien haberse referido a su propio balance, que le habría permitido satisfacer dicha exigencia, bien actuar en

nombre de Hochtief Solutions AG, la cual debería haber invocado, en virtud de la legislación que le es aplicable y habida cuenta del contrato de transferencia de beneficios que la vincula a su sociedad matriz (Hochtief AG), la capacidad económica y financiera de esta última empresa, que es legalmente responsable, lo que habría bastado también para satisfacer la exigencia económica.

- 21 En lo que atañe al primer motivo de inadmisibilidad mencionado, debe señalarse que se refiere al alcance de actuación del órgano jurisdiccional remitente conforme a las normas de procedimiento nacionales, cuestión que es ajena a la competencia del Tribunal de Justicia.
- 22 Por lo que respecta al segundo motivo de inadmisibilidad, se basa en supuestas consecuencias que se derivan de la apreciación, para la que el Tribunal de Justicia no es competente, de elementos fácticos vinculados bien al Derecho húngaro, como la posibilidad de que Hochtief Hungría cumpla por sí misma la exigencia económica, bien al Derecho alemán de sociedades, como la posibilidad de que Hochtief Solutions AG cumpla esta exigencia en virtud de la obligación de invocar la capacidad económica de su sociedad matriz.
- 23 Por otra parte, ha de recordarse que, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión sea general o hipotética (véase, en particular, la sentencia de 28 de octubre de 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, Rec. p. I-10721, apartado 23 y jurisprudencia citada).
- 24 Puesto que en el presente caso no concurre ninguna de estas situaciones, procede examinar las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones primera y segunda

- 25 Mediante sus dos primeras cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que una entidad adjudicadora puede exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera por referencia a una partida concreta del balance, aun cuando puedan existir divergencias sobre esa partida entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros y, en consecuencia, en los balances de las sociedades según la legislación que les sea aplicable para la elaboración de sus cuentas anuales.
- 26 En virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, las entidades adjudicadoras pueden exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera con arreglo al artículo 47 de la misma Directiva. Este último artículo prevé, en su apartado 1, letra b), que la entidad adjudicadora puede, en particular, solicitar a los candidatos y licitadores que justifiquen dicha capacidad mediante la presentación de su balance.

- 27 Sin embargo, debe señalarse que un nivel mínimo de capacidad económica y financiera no puede formularse sobre la base del balance en general. Se deriva de lo anterior que la facultad prevista en el artículo 44, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 sólo puede llevarse a la práctica, por lo que respecta al mencionado artículo 47, apartado 1, letra b), por referencia a uno o a varios elementos particulares del balance.
- 28 Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.
- 29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto.
- 30 Puesto que las legislaciones de los Estados miembros en lo que atañe a las cuentas anuales de las sociedades no han sido objeto de una armonización completa, no puede excluirse que existan divergencias entre ellas sobre algún elemento particular del balance que haya servido de base al nivel mínimo de capacidad establecido por una entidad adjudicadora. Sin embargo, debe subrayarse que, como se desprende de los apartados 1, letras b) y c), y 5 de su artículo 47, la Directiva 2004/18 integra la idea de que, para la justificación de la capacidad económica y financiera de los candidatos o licitadores, la entidad adjudicadora puede exigir legítimamente la presentación de alguna referencia, aun cuando, objetivamente, no todos los candidatos o licitadores potenciales sean capaces de aportarla, lo que puede deberse, como en el caso del mencionado apartado 1, letra b), a una divergencia de legislación. Por lo tanto, esta exigencia no puede considerarse en sí misma discriminatoria.
- 31 Por consiguiente, la exigencia de un nivel mínimo de capacidad económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel deba justificarse por referencia a un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros.
- 32 Procede, por tanto, responder a las dos primeras cuestiones planteadas que los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que las entidades adjudicadoras pueden exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera por referencia a uno o a varios elementos concretos del balance, siempre que sean objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y que dicho nivel se adapte a la importancia del contrato en cuestión de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto. La exigencia de un nivel mínimo de capacidad

económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel se base en un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros.

Sobre la tercera cuestión

- 33 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 47 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un operador económico no puede satisfacer un nivel mínimo de capacidad económica y financiera debido a una divergencia entre las legislaciones de los respectivos Estados miembros en que están establecidos dicho operador y la entidad adjudicadora sobre la partida del balance que se haya escogido como referencia para el nivel mínimo de capacidad, basta con que el mencionado operador pueda invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 del referido artículo 47, o si debe autorizársele a acreditar su capacidad económica y financiera por cualquier documento apropiado, con arreglo al apartado 5 del mismo artículo.
- 34 Sin embargo, debe señalarse que, como se desprende de la resolución de remisión, la divergencia normativa que subyace al asunto principal no se refiere al alcance de la partida del balance sobre la que se basa la exigencia económica, que no es otra que el resultado de dicho balance. Tanto en la legislación alemana como en la húngara se prevé que esta partida tenga en cuenta el resultado del ejercicio y la distribución de dividendos. Difieren, en cambio, en la medida en que la ley húngara prohíbe que la distribución de dividendos, o la transferencia de beneficios, convierta en negativa dicha partida, mientras que la ley alemana no lo prohíbe, al menos en el caso de una filial como Hochtief Solutions AG, que está vinculada con su sociedad matriz por un contrato de transferencia de beneficios.
- 35 Por tanto, esta divergencia normativa se concreta en el hecho de que, al contrario de lo que sucede con la ley húngara, la ley alemana no limita la posibilidad de que una sociedad matriz decida que se transfieran los beneficios de su filial, aun cuando esto suponga convertir en negativo el resultado del balance de esta última, sin pese a ello imponerle tal transferencia.
- 36 En consecuencia, procede considerar que, mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende dilucidar si el artículo 47 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un operador económico no puede satisfacer un nivel mínimo de capacidad económica y financiera como el de la exigencia económica debido a un contrato por el que ha de transferir sistemáticamente sus beneficios a su sociedad matriz, basta con que el mencionado operador pueda invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 del referido artículo 47, o si debe autorizársele a acreditar su capacidad económica y financiera por cualquier documento apropiado, con arreglo al apartado 5 del mismo artículo, habida cuenta de que este contrato se autoriza sin limitaciones por la legislación del Estado miembro de establecimiento del operador económico, mientras que, conforme a la legislación del Estado miembro de establecimiento de la entidad adjudicadora, sólo se permite si la transferencia de beneficios no convierte en negativo el resultado del balance.
- 37 Consta que, en tal caso, la imposibilidad en que se encuentra una filial de satisfacer un nivel mínimo de capacidad económica y financiera fijado por referencia a un elemento concreto del balance resulta, en último término, no de una divergencia normativa, sino de una decisión de la sociedad matriz que obliga a su filial a transferirle sistemáticamente la totalidad de sus beneficios.
- 38 En este contexto, dicha filial dispone únicamente de la facultad prevista en el artículo 47, apartado 2, de la Directiva 2004/18, que le permite invocar la capacidad económica y financiera de otra entidad mediante la presentación del compromiso de ésta de que pondrá a su disposición los medios

necesarios. Procede señalar que esta facultad resulta particularmente apropiada en este ámbito, dado que permite a la sociedad matriz paliar por sí misma la imposibilidad de cumplir el nivel mínimo de capacidad en que ha situado a su filial.

- 39 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión planteada que el artículo 47 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un operador económico que no pueda cumplir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera basado en la inexistencia de resultado negativo en el balance de los candidatos o licitadores en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos, en virtud de un contrato que le impone la transferencia sistemática de sus beneficios a su sociedad matriz, sólo tiene la posibilidad, para satisfacer ese nivel mínimo de capacidad, de invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 de dicho artículo. Carece de incidencia a este respecto que la legislación del Estado miembro de establecimiento de dicho operador económico y la del Estado miembro de establecimiento de la entidad adjudicadora difieran en la medida en que la primera autoriza tal contrato sin limitaciones, mientras que la segunda sólo lo permite si la transferencia de beneficios no convierte en negativo el resultado del balance.

Costas

- 40 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 Séptima) declara:

- 1) **Los artículos 44, apartado 2, y 47, apartado 1, letra b), 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 las entidades adjudicadoras pueden exigir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera por referencia a uno o a varios elementos concretos del balance, siempre que sean objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y que dicho nivel se adapte a la importancia del contrato en cuestión de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto. La exigencia de un nivel mínimo de capacidad económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel se base en un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros.**
- 2) **El artículo 47 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un operador económico que no pueda cumplir un nivel mínimo de capacidad económica y financiera basado en la inexistencia de resultado negativo en el balance de los candidatos o licitadores en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos, en virtud de un contrato que le impone la transferencia sistemática de sus beneficios a su sociedad matriz, sólo tiene la posibilidad, para satisfacer ese nivel mínimo de capacidad, de invocar las capacidades de otra entidad, conforme al apartado 2 de dicho artículo. Carece de incidencia a este respecto que la legislación del Estado miembro de establecimiento de dicho operador económico y la del Estado miembro de establecimiento de la entidad adjudicadora difieran en la medida en que la primera autoriza tal contrato sin limitaciones, mientras que la segunda sólo lo permite si la transferencia de beneficios no convierte en negativo el resultado del balance.**

Firmas