

1. Las referencias que permiten determinar la capacidad financiera y económica de los contratistas no están enumeradas taxativamente por el artículo 25 de la Directiva 71/305 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
2. Los artículos 25, 26, y 28 de la Directiva 71/305 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un órgano de contratación exija de un contratista clasificado en otro Estado miembro la prueba de que cumple, desde el punto de vista de su capacidad económica, financiera y técnica, ciertas exigencias de la legislación nacional, incluso si este empresario está clasificado, en el Estado miembro de establecimiento, en una categoría correspondiente a la que exige dicha legislación nacional en función de la importancia de las obras que se van a adjudicar, a menos que, en ambos Estados miembros afectados, la clasificación de las empresas se base en criterios equivalentes respecto al nivel de capacidad exigido.

Puede exigirse a los licitantes la indicación, a título de referencia probatoria en el sentido de dicho artículo 25, del importe total de las obras adjudicadas y ni este artículo ni ninguna otra disposición de la Directiva se oponen a que un Estado miembro pueda fijar el importe máximo de las obras que pueden realizarse simultáneamente.

INFORME PARA LA VISTA presentado en los asuntos acumulados 27 a 29/86 *

I. Marco jurídico

adjudicación de estos contratos y la supresión de las restricciones.

1. *Derecho comunitario*

La Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 (EE 17/01, p. 9), tiene por objeto, completando la Directiva 71/304/CEE (EE 06/01, p. 129), garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de colectividades territoriales y de otras personas jurídicas de Derecho público, mediante una coordinación de los procedimientos nacionales de

Las materias discutidas en estos asuntos guardan relación con la interpretación de la Directiva 71/305/CEE que regula los requisitos para que las empresas puedan celebrar los contratos previstos en el título IV, el cual establece las normas comunes para la participación en los mismos.

Las disposiciones aplicables de la Directiva 71/305/CEE son las siguientes:

- El artículo 23, que enumera las circunstancias relativas a la situación de los contratistas que pudieran dar lugar a su

* Lengua de procedimiento: francés.

exclusión de la participación en el contrato, así como, en ciertos casos, los medios de prueba que los contratistas pueden utilizar para demostrar que no se encuentran en dichos casos de exclusión.

- El artículo 25, que establece las referencias probatorias de la capacidad financiera y económica de los empresarios, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Por regla general, la capacidad financiera y económica del empresario podrá estar justificada por una o varias de las siguientes referencias:

- »a) las declaraciones de los bancos apropiados;
- »b) la presentación de los balances o los extractos de los balances de la empresa, en el caso de que la publicación de los balances esté prescrita por la legislación sobre sociedades del país en el que el contratista esté establecido;
- »c) una declaración sobre la cifra global de negocios y la cifra de contratos de la empresa en los tres últimos ejercicios.

»Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio o en la invitación para licitar, aquella o aquellas referencias que se hayan elegido, así como las referencias comprobatorias distintas a las mencionadas en las letras a, b y c, que deseen obtener.

»Si, por un determinada razón, el contratista no está en condiciones de facilitar las referencias solicitadas por los poderes adjudicadores, se le permitirá probar su capacidad económica y financiera por medio de otro documento que los poderes adjudicadores consideren apropiado.»

- El artículo 26 dice así:

«La justificación de la capacidad técnica del contratista podrá estar suministrada:

»[...]

- »b) por la lista de los trabajos ejecutados en los cinco últimos años, avalada dicha lista por certificados de buena ejecución en las obras más importantes;

»[...]

- »d) por una declaración que cite los efectivos medios anuales de la empresa y el número de sus cuadros directivos durante los tres últimos años;

»[...]

- El artículo 28, que establece las modalidades de acuerdo con las cuales los Estados miembros establecen y gestionan las listas oficiales de contratistas aceptados, y la presunción de aptitud de los contratistas, resultante de su inscripción en tales listas, frente a los poderes adjudicadores de los demás Estados miembros. Los apartados 2 y 3 de este artículo dicen:

- «2) Los contratistas inscritos en dichas listas podrán presentar al poder adjudicador, con ocasión de cada contrato, un certificado de inscripción emitido por la autoridad competente. Dicho certificado mencionará las referencias que han permitido su inscripción en la lista, así como la clasificación obtenida.

- »3) La inscripción en las mencionadas listas certificada por los organismos competentes no demuestra una presunción de aptitud ante los poderes

adjudicadores de los demás Estados miembros, más que en el caso de las letras *a* a *d* y *g* del artículo 23; del artículo 24; las letras *b* y *c* del artículo 25; las letras *b* y *d* del artículo 26, y no en el caso de la letra *a* del artículo 25 y de las letras *a*, *c* y *e* del artículo 26, para los trabajos que correspondan a la clasificación de dicho contratista.

»No podrán ser tomadas en consideración las informaciones que se puedan deducir de la inscripción en las listas oficiales [...]»

2. Derecho nacional

La normativa aplicable al asunto 27/86 es, en lo esencial, el Decreto Ley de 3 de febrero de 1947, que regula la aceptación de los contratistas (*Moniteur belge* de 12.2.1947), el cual en su artículo 1 establece los requisitos que deben reunir los contratistas para ser autorizados a la ejecución de obras públicas. Además de los requisitos generales, este artículo exige, en el apartado B, una aceptación especial y previa:

«si, en el momento de la celebración del contrato o durante su ejecución, el importe total de todos los trabajos, tanto públicos o de utilidad pública como privados, ejecutados simultáneamente por el empresario, supera un máximo que será fijado por Real Decreto».

El Real Decreto de 31 de enero de 1978 que establece las normas de aplicación del citado Decreto Ley de 3 de febrero de 1947 (*Moniteur belge* de 25.2.1978) determina estos importes y, en particular, para los empresarios clasificados en la clase 8, el de 1 200 millones de BFR.

El artículo 9 del mismo texto dispone que, «sin que de ello pueda derivarse derecho alguno en su favor», los empresarios aceptados deben solicitar una excepción si, en el momento en que participan en la licitación de un contrato público o si a causa de serles concedido éste, el importe total de las obras, tanto públicas como privadas, que deben o deberán ejecutar simultáneamente, supera o superará en más del 10 % el importe fijado para la categoría en la cual están aceptados.

Para los asuntos 28 y 29/86, la disposición aplicable es también el citado Decreto Ley de 3 de febrero de 1947, cuyo artículo 1 ha sido completado por un apartado C del siguiente tenor:

«La inscripción en la lista oficial de los empresarios aceptados por un Estado miembro de la Comunidad Europea equivale a su aceptación, como está previsto en el apartado B, para las obras que, en virtud de tal inscripción, está autorizado a ejecutar el empresario en el país en que está establecido.»

El citado Real Decreto de 31 de enero de 1978 fija los importes máximos de los contratos que pueden adjudicarse a los empresarios aceptados en cada clase y, en particular, para la categoría 6, la cuantía de 75 millones de BFR y, para la categoría 7, la de 150 millones de BFR. Para los empresarios aceptados en la categoría 8, el importe de las obras que puedan concedérseles es ilimitado.

El Decreto ministerial de 7 de febrero de 1978 (*Moniteur belge* de 25.2.1978), que establece los criterios para el examen de las solicitudes de aceptación de los empresarios, exige para la aceptación en la clase 6 y en la clase 7, entre otros requisitos, fondos propios de 15 millones de BFR y de 30 millones de BFR, para uno y otro caso, y cifras medias de empleados y de directivos, durante

los tres últimos años, de 50 obreros y 2 directivos y de 100 obreros y 4 directivos, respectivamente.

II. Hechos y procedimiento

1. Antecedentes de los litigios

Asunto 27/86

La «Association intercommunale pour les autoroutes des Ardenes» sacó a concurso el 13 de enero de 1978 un contrato, dentro de las obras de la autopista de las Ardenas, de acuerdo con el pliego especial de condiciones n° Z 78/C.77, que exigía la previa aceptación de los licitadores dentro de la categoría 8.

Al abrirse las plicas resultó que la SA Constructions et Entreprises Industrielles (en lo sucesivo, «sociedad CEI») era el contratista que ofrecía menor precio.

Se invitó a los tres empresarios licitadores mejor situados a precisar el importe total de las obras que tenían en curso de ejecución en el momento de celebrarse el contrato. En su respuesta, la sociedad CEI reconoció que las obras en ejecución que tenía en cartera superaban la cifra de 1 200 millones de BFR. El 22 de septiembre de 1978, el Consejo de Administración de la Association intercommunale, poder adjudicador, decidió aceptar la oferta de la empresa que exigía un precio mayor por realizar la obra, pero que estaba comprometida en conjunto por debajo de los límites establecidos por el citado Real Decreto de 31 de enero de 1978.

Mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 1978, la sociedad CEI, actora en el asunto principal, impugnó esta decisión ante el Consejo de Estado, alegando, entre otros, un motivo derivado de la infracción de la Directiva 71/305/CEE, por cuanto el adjudicador —según ella— había desesti-

mado su oferta porque la cuantía total de sus obras en curso de ejecución superaba los límites establecidos por el Real Decreto de 31 de enero de 1978, siendo así que los artículos 25 y 26 de la Directiva establecían como únicos criterios para la selección de los empresarios su capacidad financiera y técnica, y que la exigencia de una aceptación cuando las obras en curso superaran un umbral fijado de modo global no es uno de dichos criterios.

Asunto 28 y 29/86

Los dos contratos de obras públicas en cuestión fueron adjudicados uno por la Régie des bâtiments y el otro por el Ministro de Defensa nacional, de acuerdo con los pliegos de condiciones respectivos n° K. 90/78-H 87 y n° 8/M/A/034/1978 que exigían la aceptación de los licitadores dentro de la categoría D, clases 6 y 7, respectivamente.

En ambos contratos la sociedad Ing. A. Bellini & Co., demandante en el asunto principal (en lo sucesivo, «sociedad Bellini»), con domicilio social en Bergamo (Italia), fue la que presentó la oferta más baja; sin embargo, fue rechazada so pretexto de que no cumplía las exigencias de la normativa belga para conseguir la aceptación en las categorías exigidas por los pliegos de condiciones.

La sociedad Bellini había acompañado a una de sus ofertas una copia de su aceptación, concedida por el Ministerio italiano de Obras Públicas, en la categoría 2, clase 8, que permitía concederle, según la legislación italiana, un contrato de un importe máximo de 4 000 millones de LIT, es decir, alrededor de 142 millones de BFR al cambio medio en aquella época, importe de los trabajos que corresponderían a la clase 7 según la normativa belga.

Una de las consideraciones de los poderes adjudicadores para rechazar la oferta de la demandante en el asunto principal era el in-

suficiente capital social de la sociedad Bellini. En efecto, en la documentación preparatoria de las decisiones de adjudicación, recogida en las solicitudes de decisión prejudicial presentadas por el Consejo de Estado, aparece que el poder adjudicador consideró que los fondos propios certificados por la empresa Bellini eran a su parecer insuficientes para alcanzar, según la normativa belga, la aceptación en las clases 6 o 7 exigidas por los pliegos de condiciones de los contratos en cuestión. Según los datos del expediente, los fondos propios de la sociedad alcanzarían un importe total de 2 625 000 BFR, mientras que la inclusión en las categorías 6 y 7 exige, según la normativa belga, fondos propios de 15 millones de BFR y 30 millones de BFR, respectivamente.

Otra consideración tenida en cuenta por los poderes adjudicadores para rechazar la oferta de la demandante en el asunto principal fueron sus insuficientes efectivos de personal. En efecto, la sociedad Bellini había justificado que estaba al corriente en los pagos al Instituto nacional de previsión social para 1 directivo y 28 trabajadores por cuenta ajena, siendo así que la normativa belga exige unos efectivos medios de personal durante los últimos tres años de 50 obreros y 2 directivos para la categoría 6, y de 100 obreros y de 4 directivos para la categoría 7.

Mediante instancias de 13 de marzo y 9 de julio de 1979, la sociedad Bellini solicitó al Consejo de Estado la anulación de ambas decisiones de adjudicación.

Entre otros motivos, la demandante alegaba la infracción de la letra c del artículo 3 y del artículo 7 del Tratado CEE y del artículo 25 y apartado 3 del artículo 28 de la citada Directiva 71/305/CEE, por cuanto, según ella, el poder adjudicador había discutido la capacidad económica y financiera de la demandante, probada por su inscripción en la

lista oficial de los empresarios aceptados en Italia, toda vez que su inscripción en dicha lista constituye una presunción de aptitud económica y financiera y que las informaciones que se puedan deducir de dicha inscripción no podrán ser discutidas, en particular las mencionadas en las letras b y c del artículo 25 y las letras b y d del artículo 26 de la Directiva 71/305/CEE. Por ello, la conducta de los adjudicadores es, a su juicio, discriminatoria por motivos de nacionalidad y va contra la libre circulación de las personas jurídicas en el interior de la Comunidad.

2. Cuestiones prejudiciales

Considerando que la solución de los tres litigios está vinculada a la interpretación de la Directiva 71/305/CEE, el Consejo de Estado, Sección de Administración, Sala Tercera, por sendas resoluciones de 15 de enero de 1986, aplazó sus pronunciamientos y, en virtud del artículo 177 del Tratado CEE, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

A. En el asunto 27/86:

- «1) Las referencias que permiten justificar la capacidad financiera y económica de un contratista ¿son objeto de una enumeración taxativa en el artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE?
- »2) En caso negativo, el importe de las obras que puedan realizarse simultáneamente ¿puede considerarse como una referencia que permita determinar la capacidad financiera y económica de un contratista en el sentido del artículo 25 de la Directiva?»

En la motivación de su decisión de remisión al Tribunal de Justicia, el Consejo de Estado subraya, por una parte, que la aplicación del criterio del importe total de las

obras que puede ejecutar simultáneamente un empresario licitador para un contrato de obras públicas tiene por objeto evitar todo tipo de monopolio, permitir una beneficiosa distribución de los trabajos y evitar una competencia ilimitada o una especulación de las empresas que les lleve a asumir obligaciones por encima de sus posibilidades y, por otra parte, que la Directiva 71/305/CEE pretende asegurar la igualdad entre los licitadores para los contratos públicos y que con tal fin establece los criterios objetivos de selección para no dejar a la apreciación discrecional de la Administración la estimación de la aptitud de los empresarios.

B. La cuestión planteada en los asuntos 28 y 29/86 es la siguiente:

«La Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ¿permite, en particular en su artículo 25 y letra d del artículo 26, que la oferta de un empresario italiano sea rechazada por un adjudicador belga porque el empresario no prueba que dispone de la cuantía mínima de fondos propios exigidos por la legislación belga y porque no tiene a su servicio como promedio el número mínimo de obreros y de directivos exigido por la misma legislación, cuando el mismo empresario sí está aceptado en Italia en una clase correspondiente a la que se exige en Bélgica en función de la importancia de las obras que se van a adjudicar?»

3. Procedimiento

Las resoluciones de remisión fueron registradas en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 3 de febrero de 1986.

Mediante resolución de 19 de marzo de 1986, el Tribunal de Justicia ordenó la acumulación por conexión de los tres asuntos mencionados en los procedimientos escritos y oral y en la sentencia, de acuerdo con el artículo 43 del Reglamento de Procedimiento.

De acuerdo con el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, se han presentado observaciones escritas por:

- en el asunto 27/86, por la Association intercommunale pour les autoroutes des Ardenes, en cuyos derechos se ha subrogado el Fonds des routes, parte demandada en el asunto principal, representada por el Ministro de Obras Públicas, a quien asesora M^e Pierre Lambert, Abogado de Bruselas, y por la SA Constructions et entreprises industrielles (CEI), demandante en el asunto principal, representada por M^{es} R. Libiez, J. Putzeys y X. Leurquin, Abogados de Bruselas;
- en el asunto 28/86, por la Régie des bâtiments, demandada en el asunto principal, representada por el Ministro de Obras Públicas, a quien asesora M^e Pierre Lambert, Abogado de Bruselas, y por la Confédération nationale de la construction, coadyuvante en el asunto principal, representada por M^{es} Léon Goffin y Jean-Louis Lodomez, Abogados de Bruselas;
- en el asunto 29/86, por el Estado belga, demandado en el asunto principal, representado por el Ministro de Defensa Nacional, en cuyo nombre actúa su Agente M^e Jean-Paul Pierard, Consejero Jurídico adjunto;
- en los asuntos 28 y 29/86, por la SA Ing. A. Bellini & Co., demandante en el asunto principal, representada por M^{es} J. Putzeys y X. Leurquin, Abogados de Bruselas;
- en todos los asuntos, por la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por su Consejero Jurídico Sr. Maurice Guerrin, en calidad de Agente; por el Reino de España, representado por su Agente Sr. Luis Javier Casanova Fernán-

dez, y por el Gobierno italiano, representado por su Agente Sr. Ivo M. Braglia, Avvocato dello Stato.

Mediante decisión de 19 de noviembre de 1986, adoptada en aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 95 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia atribuyó los asuntos acumulados a la Sala Sexta.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal ha decidido abrir el procedimiento oral sin previas medidas de instrucción.

III. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal

1. Acerca de la primera cuestión en el asunto 27/86

Las partes del pleito principal, el Reino de España, el Gobierno italiano y la Comisión coinciden en que las referencias probatorias que permiten determinar la capacidad financiera y económica de un empresario no están recogidas de modo taxativo en el artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE.

En apoyo de esta tesis, ponen de manifiesto, en síntesis, que la expresión «por regla general» utilizada en el párrafo 1 del artículo 25 de la Directiva citada y la inclusión en el párrafo 2 de las «referencias probatorias, distintas de las mencionadas en las letras a, b y c», no dejan ninguna duda sobre el carácter no limitativo de la enumeración de las referencias que hace el artículo en cuestión. Hacen notar también que el párrafo 3 del artículo se refiere a «otro documento que los poderes adjudicadores consideren apropiado» como medio de prueba de la capacidad económica de un contratista. Éste sería, por otra parte, el criterio mantenido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de febrero de 1982 (*Transporoute et travaux*, 76/81, Rec. 1982, p. 417).

La propuesta de respuesta de la Comisión contiene un matiz:

«1) Las referencias que permiten determinar la capacidad financiera y económica de un empresario se recogen de modo taxativo en el artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE en el sentido de que el poder adjudicador no puede negarse a admitir una u otra de éstas cuando son aportadas por el contratista. Sin embargo, los poderes adjudicadores pueden exigir otras referencias probatorias distintas a las mencionadas en las letras a, b y c del mismo artículo a condición de señalarlo así en el anuncio o la invitación para licitar.»

2. Acerca de la segunda cuestión en el asunto 27/86

Fonds des routes, la demandada en el asunto principal, el Reino de España, y la Comisión consideran que la cuestión del Consejo de Estado debe recibir una respuesta afirmativa.

Fonds des routes aduce en apoyo de su tesis que la limitación del importe de las obras que puede ejecutar simultáneamente un empresario es de interés general y que se ha de encuadrar en el programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, elaborado el 18 de diciembre de 1961 por el Consejo (DO de 15.1.1962, pp. 32 a 35).

Para el Reino de España la limitación impugnada constituye un criterio objetivo que no da lugar a discriminaciones. Por otra parte hace notar que la normativa española establece un régimen de limitación de la cuantía total de las obras que pueden ser ejecutadas simultáneamente similar al de la normativa belga.

La *Comisión* considera que conocer el importe total de los trabajos que la empresa debe o deberá realizar simultáneamente y exigir una eventual excepción en caso de superar determinados importes entran en la facultad discrecional que dispone el poder adjudicador, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 25, para exigir referencias comprobatorias específicas distintas de las enumeradas en las letras *a*, *b* o *c* del mismo artículo, aunque este poder discrecional no deba ejercerse de un modo arbitrario o discriminatorio.

La *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI)*, demandante en el asunto principal, y el *Gobierno italiano* proponen una respuesta negativa.

Las observaciones de la *sociedad CEI* se articulan en torno a una interpretación general de los artículos 25 y 26 de la Directiva. Según la demandante en el asunto principal, ambos artículos son expresión de una regla común de selección cualitativa de los licitadores de contratos públicos, implícitamente formulada en la Directiva: esta regla común pone a cargo de los poderes adjudicadores la obligación de permitir a los licitadores no excluidos en virtud del artículo 23 aportar la prueba de su propia capacidad financiera, económica y técnica.

Los medios de prueba de esta capacidad no pueden, según la CEI, ser otros que las referencias probatorias de la situación financiera, económica y técnica de cada empresario considerado individualmente.

Ahora bien, la exigencia recogida en la normativa belga de no sobrepasar un importe máximo en las obras que lleva a cabo simultáneamente un licitador en el momento de la celebración del contrato o durante su ejecución, es incompatible tanto con la regla común que concede a cada empresario el derecho a probar su capacidad para el con-

trato en cuestión, como con lo que disponen sobre las referencias comprobatorias los artículos 25 y 26.

En efecto, tal exigencia constituye, según la CEI, una presunción *iuris et de iure* de incapacidad financiera y económica que no permite a los contratistas demostrar su capacidad. De hecho, se trata de una causa de exclusión general y abstracta, ilegal por cuanto no está incluida entre las enumeradas de modo taxativo en el artículo 23.

Por otra parte, resulta completamente claro que esta limitación es una regla de fondo que no tiene ninguna semejanza con los medios de prueba establecidos por el artículo 25.

La sociedad CEI examina a continuación si el hecho de que la normativa belga establezca la posibilidad de solicitar una excepción individual a la limitación del importe de las obras que pueden realizarse simultáneamente puede considerarse como una posibilidad ofrecida a los empresarios para probar su capacidad. Dicha sociedad mantiene que éste no es el caso, porque el poder adjudicador belga no está obligado a examinar las solicitudes de excepción. Por otra parte, el Decreto ministerial de 7 de febrero de 1978, al exigir para la eventual concesión de una excepción que el concesionario haya presentado una solicitud para obtener la aceptación exigida, plantearía una condición que la parte demandante en el asunto principal no podría cumplir, pues ya está aceptada en la categoría superior.

Finalmente, la demandante en el asunto principal mantiene que, en cualquier caso, la autoridad adjudicadora no puede exigir, al examinar las ofertas, otras referencias probatorias que las enumeradas taxativamente en el anuncio o la invitación para licitar, lo cual en su opinión excluye la aplicación a este caso de la limitación del importe de los trabajos a realizar simultáneamente.

En conclusión, la sociedad CEI propone la siguiente respuesta a la segunda cuestión:

«El importe de los trabajos que pueden realizarse simultáneamente no puede considerarse como una referencia que permita determinar la capacidad financiera y económica de un empresario en los términos del artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE porque:

- »1) no se trata de una referencia probatoria de la capacidad financiera y económica de una empresa solicitada en forma de documento, como todas las demás referencias del artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE, sino de una causa de exclusión general y abstracta de todo empresario que supere un techo máximo de obras que puede realizar simultáneamente;
- »2) no se trata de una referencia probatoria en el sentido del artículo 25, ya que no se basa en datos de la realidad financiera y económica interna de la empresa;
- »3) no se trata de una referencia probatoria ya que no está incluida en el anuncio o la invitación para licitar;
- »4) no se trata de una referencia probatoria ya que deja en plena libertad al poder adjudicador para decidir en consecuencia si va a examinar o no la capacidad económica y financiera del empresario o a eliminarlo inmediatamente;
- »5) no se trata de una referencia probatoria ya que funciona como un obstáculo que impide a un empresario aceptado en la categoría 8, o bien obtener una excepción a esta exigencia, o bien probar mediante cualquier otro documento su ca-

pacidad financiera y económica para conseguir el contrato en cuestión.»

El *Gobierno italiano* deduce de la finalidad que el Consejo de Estado reconoce a la limitación del importe de las obras que pueden realizarse simultáneamente, a saber, la de evitar cualquier monopolio y la de permitir un sano reparto de las obras, que este criterio no puede ser considerado como una referencia probatoria de la capacidad financiera y económica de los empresarios licitadores en el sentido del artículo 25 de la Directiva 71/305/CEE. Ahora bien, si este criterio no está incluido entre las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 25 de la Directiva, se convertiría inmediatamente en «un medio de prueba ajeno a los autorizados taxativamente por la Directiva» (sentencia Transporoute, citada, apartado 10).

3. Acerca de la cuestión planteada en los asuntos 28 y 29/86

La *Régie des bâtiments*, demandada en el asunto principal respecto al asunto 28/86; la *Confédération nationale de la construction*, coadyuvante en el asunto principal respecto al asunto 28/86; el *Estado belga*, demandado en el asunto principal respecto al asunto 29/86; el *Reino de España* y la *Comisión* proponen una respuesta afirmativa que apoyan en los siguientes argumentos.

Según el artículo 20 de la Directiva 71/305/CEE, los poderes adjudicadores deben comprobar la aptitud de los licitadores de acuerdo con los criterios de capacidad financiera, económica y técnica recogidos en los artículos 25 a 28. La Directiva también indica, según ellos, el modo en que los licitadores pueden justificar tanto su capacidad financiera y económica como sus posibilidades técnicas. Pero como la Directiva no determina el *nivel* que debe alcanzarse según cada uno de estos criterios, corresponde a los Estados miembros fijar el umbral a partir

del cual consideran que la capacidad financiera, económica y técnica de los licitantes es la adecuada para el contrato que se ha de adjudicar.

Ahora bien, la presunción de aptitud que establece el artículo 28 de la Directiva significa, según ellos, que el certificado de inscripción en la lista de empresarios aceptados en un Estado miembro sustituye, ante el poder adjudicador de otro Estado miembro, la presentación del balance y la declaración sobre el volumen de negocios (letras *b* y *c* del artículo 25), así como la declaración sobre el personal (letra *d* del artículo 26). Pero como se trata de una simple presunción de aptitud es posible la prueba contraria. La fuerza probatoria de la inscripción en una lista oficial sólo se refiere a los datos objetivos en que se basa dicha inscripción. Cada Estado miembro fija libremente las condiciones más o menos exigentes de aptitud para efectuar obras de determinado importe.

Estas observaciones se apoyan también en el hecho de que el apartado 2 del artículo 28 de la Directiva exige que el certificado de inscripción mencione las referencias que han permitido la inscripción en la lista y la clasificación que implica dicha lista, lo que, en su opinión, no podría tener otra razón que permitir al poder adjudicador comprobar si la presunción de aptitud que concede el certificado no queda anulada por las exigencias legales y reglamentarias del Estado adjudicador.

Estas observaciones alegan finalmente que la tesis de la equivalencia pura y simple de las inscripciones en las listas de empresarios aceptados por los Estados miembros es contraria a la letra y al espíritu de las normas comunitarias, y constituye una discrimina-

ción contra los empresarios inscritos en países cuyas condiciones de aceptación sean más rigurosas que las impuestas por otras normativas nacionales.

La *SpA Ing. A. Bellini & Co.* y el *Gobierno italiano* consideran que procede responder negativamente a la cuestión planteada por el Consejo de Estado.

Con un razonamiento paralelo al de la demandante en el asunto principal respecto al asunto 27/86, la empresa *Bellini* basa también sus observaciones en una interpretación de los artículos 25 y 26 de la Directiva 71/305/CEE que, en su opinión, contiene una norma común de selección cualitativa de los licitadores de contratos públicos, la cual permite a los contratistas justificar, caso por caso, su capacidad económica, financiera y técnica a partir de referencias probatorias deducidas de la realidad financiera, económica y técnica de cada empresa considerada individualmente.

Ahora bien, la exigencia (que impone el régimen belga de aceptación) de un importe mínimo de fondos propios y de un número mínimo de personal, aplicable a todos los contratos y a todos los empresarios sin tener en cuenta sus características y su situación financiera, económica y técnica individual, es una regla de carácter general y abstracto y, por ello, incompatible con la norma común de selección cualitativa que se deriva de los artículos 25 y 26 de la Directiva, que permite a los empresarios demostrar su capacidad para cada contrato.

Por otra parte, estas exigencias establecen, de hecho, causas generales y abstractas de exclusión de un empresario y por lo tanto

son también incompatibles con el artículo 23 de la Directiva, que enumera taxativamente los casos de exclusión.

En cuanto a la aplicación de estas exigencias a empresarios aceptados en otro Estado miembro, la sociedad Bellini considera que dicha aplicación es contraria al sistema previsto en el apartado 3 del artículo 28 de la Directiva para el examen por las autoridades adjudicadoras de la capacidad financiera, económica y técnica de dichos empresarios. En efecto, en su opinión, el importe de los fondos propios y el número de empleados y de directivos serían elementos contenidos en la letra *b* del artículo 25 y la letra *d* del artículo 26 de la Directiva 71/305/CEE en virtud de los cuales el empresario debería presumirse apto en el nivel financiero, económico y técnico en aplicación del apartado 3 del artículo 28 de la Directiva.

El *Gobierno italiano* señala que el Tribunal de Justicia en la citada sentencia Transpo-route, consideró que el apartado 3 del artículo 28 concede a las empresas inscritas en una lista oficial en un Estado miembro el

derecho de utilizar, en los límites fijados por dicho artículo, frente al poder adjudicador de otro Estado miembro, esta inscripción como medio de prueba alternativo de que las empresas cumplen los criterios cualitativos enumerados en los artículos 23 a 26 de la Directiva. Ahora bien la presunción de aptitud del empresario inscrito en una lista oficial, que se deriva del apartado 3 del artículo 28, incluye ya todos los aspectos de su capacidad financiera y técnica, cuya prueba exige la legislación del Estado adjudicador a través del importe mínimo del capital o del personal. El Gobierno italiano mantiene, pues, que la inscripción en una lista oficial, que sustituye las referencias previstas en las letras *b* y *c* del artículo 25 (balance, declaración sobre el volumen de negocios) que permiten demostrar la capacidad financiera y económica del empresario, excluye la posibilidad de que otro Estado miembro exija la prueba de una cifra mínima de capital. El mismo argumento sería válido en cuanto se refiere a la exigencia de un mínimo de empleados y de directivos.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juez Ponente