

Asunto C-403/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

29 de junio de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Consejo Nacional de Resolución de Reclamaciones, Rumanía)

Fecha de la resolución de remisión:

22 de junio de 2021

Demandante:

SC NV Construct SRL

Poder adjudicador:

Județul Timiș (Provincia Timiș, Rumanía)

Coadyuvante:

SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL

Objeto del procedimiento principal

Recurso administrativo por el que se solicita, en lo esencial, la anulación de la resolución de un poder adjudicador relativa a la determinación del resultado del procedimiento de licitación organizado para la adjudicación de un contrato público que tenía por objeto la elaboración del estudio de viabilidad y del proyecto técnico para la construcción de una carretera.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

En virtud del artículo 267 TFUE, se solicita la interpretación de los artículos 58 y 63 de la Directiva 2014/24/UE, así como del principio de proporcionalidad, del principio de responsabilidad y del principio de transparencia.

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Deben interpretarse el artículo 58 de la Directiva [2014/24], el principio de proporcionalidad y el principio de responsabilidad en el sentido de que el poder adjudicador está facultado para establecer, respecto de actividades del contrato público con una relevancia menor, criterios relativos a la capacidad técnica, es decir, para apreciar la necesidad de incluir o no en el pliego de contratación criterios relativos a la capacidad técnica y profesional y a la habilitación para ejercer la actividad técnica y profesional, criterios que resultarían de determinadas leyes especiales?
2. ¿Se oponen los principios de transparencia y de proporcionalidad a que el pliego de contratación se complete con criterios de adjudicación que resultarían de leyes especiales aplicables a determinadas actividades del contrato público que ha de adjudicarse, que no estaban previstos en el pliego de contratación y que el poder adjudicador decidió no exigir a los operadores económicos?
3. ¿Se oponen el artículo 63 de la Directiva y el principio de proporcionalidad a la exclusión del procedimiento [de licitación] de un licitador que no haya designado a un operador como subcontratista con el objeto de acreditar el cumplimiento de determinados criterios relativos a la capacidad técnica y profesional y a la habilitación para ejercer la actividad técnica y profesional que resultarían de leyes especiales y que no estaban previstos en el pliego de contratación, cuando el licitador en cuestión haya elegido otra modalidad contractual para la participación de los especialistas en el contrato, a saber [un] contrato de suministro/prestación de servicios, o haya presentado [una] declaración de disponibilidad por parte de estos? ¿Está facultado el operador económico para establecer su propia organización y las relaciones contractuales en el interior del grupo con la posibilidad de involucrar en el contrato a determinados prestadores/suministradores si el prestador en cuestión no forma parte de las entidades en cuya capacidad el licitador tiene intención de basarse para acreditar el cumplimiento de los criterios esenciales?

Disposiciones del Derecho de la Unión y jurisprudencia invocadas

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, considerandos 15 y 90 y artículos 58 y 63.

Reglamento Delegado (UE) 2019/1828 de la Comisión, de 30 de octubre de 2019, que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos.

Auto de 17 de octubre de 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, y sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Ley n.º 101/2016, relativa a las soluciones y vías de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, de contratos públicos sectoriales y de contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, así como para la organización y funcionamiento del Consejo Nacional de Resolución de Reclamaciones; en lo sucesivo, «CNSC»), artículos 12 y 14, por los que se atribuye al CNSC la competencia para resolver los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos.

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Ley n.º 98/2016 sobre contratos públicos; en lo sucesivo, «Ley n.º 98/2016»), artículos 3, 55, 154, 172, 179, 181 y 218 a 220, relativos al procedimiento de adjudicación de los contratos públicos.

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Decreto del Gobierno n.º 395/2016, por el que se aprueban las normas de aplicación de las disposiciones relativas a la adjudicación del contrato público/acuerdo marco de la Ley n.º 98/2016 sobre contratos públicos; en lo sucesivo, «Decreto del Gobierno n.º 395/2016»), artículos 29 a 31 y 51.

Sentencias de varios órganos jurisdiccionales nacionales que ponen de manifiesto la existencia de una práctica no unitaria por lo que respecta a la posibilidad de que el pliego de contratación se complete con las disposiciones normativas nacionales aplicables a las distintas actividades objeto del contrato público, pero que tienen una relevancia menor en el marco del contrato en cuestión, así como por lo que respecta a la obligación de designar en la oferta a determinados subcontratistas para tales actividades.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Mediante recurso registrado ante el CNSC el 16 de abril de 2021, la demandante SC NV Construct SRL, con sede en Rumanía, solicitó, en lo esencial, la anulación de la resolución del poder adjudicador Provincia Timiș relativa a la determinación del resultado del procedimiento de licitación organizado para la adjudicación de un contrato público que tenía por objeto la elaboración del estudio de viabilidad y del proyecto técnico para la construcción de una carretera de conexión del Aeropuerto Internacional «Traian Vuia» de Timișoara a la autovía A1 (Rumanía).
- 2 SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL, también establecida en Rumanía, intervino en el procedimiento en condición de licitador adjudicatario en el citado procedimiento de licitación.

- 3 De hecho, la oferta de la demandante se clasificó en la cuarta posición, detrás de las ofertas presentadas por la coadyuvante (clasificada en primer lugar) y por otras dos sociedades mercantiles (clasificadas en segundo y en tercer lugar).
- 4 En la motivación del recurso, la demandante señala que las proposiciones técnicas presentadas por los otros licitadores no cumplen algunos de los requisitos de los pliegos de contratación, dado que aquellos no pueden ejercer legalmente ciertas actividades objeto del contrato, como la actividad de elaboración del estudio topográfico, la actividad de elaboración de los documentos necesarios para la obtención de la autorización para la retirada de terrenos sitios fuera de zonas urbanas, la actividad de elaboración del informe de evaluación de los inmuebles afectados por la expropiación, la actividad de elaboración de los documentos para la intersección con la vía de ferrocarril y la actividad de elaboración del estudio arqueológico.
- 5 Por lo que respecta a la oferta seleccionada, la demandante considera que esta debió ser declarada irregular dado que el licitador no puede ejercer legalmente tres de las actividades más arriba mencionadas. Entre otras cosas, la demandante sostiene que en dicha oferta se debió designar también a un subcontratista autorizado para prestar los servicios de diseño para la ordenación de la intersección con la vía de ferrocarril, habida cuenta de que la normativa sobre la materia establece que estos servicios solo pueden ser realizados por los operadores económicos autorizados por el administrador de la infraestructura ferroviaria.
- 6 La coadyuvante solicita la desestimación del recurso por infundado, señalando que el pliego de contratación no establece los requisitos invocados por la demandante, de modo que estos no pueden constituir motivos de exclusión del procedimiento mediante la declaración de las ofertas como irregulares.
- 7 El poder adjudicador sostiene que, contrario a lo alegado por la demandante, en el pliego de contratación no se había exigido la designación en la oferta de unos especialistas autorizados. De otra parte, el hecho de que el licitador clasificado en primer lugar no haya declarado inicialmente su intención de subcontratar determinadas actividades para el supuesto de ser declarado adjudicatario no tiene ninguna relevancia en el caso de autos dado que la normativa nacional le otorga la facultad de recurrir a nuevos subcontratistas con posterioridad a la firma del contrato público, durante su ejecución.

Breve exposición de los fundamentos de la petición de decisión prejudicial

- 8 Con carácter preliminar, CNSC señala que su condición de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 267 TFUE fue ya establecida por el Tribunal de Justicia en el auto de 17 de octubre de 2018, Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829).
- 9 Por lo que respecta a la admisibilidad de su petición de decisión prejudicial, CNSC considera que en el caso de autos existe un interés transfronterizo cierto

tanto en relación con el valor del contrato de servicios que ha de adjudicarse, su valor estimado siendo de 1 970 967 RON (equivalente a 421 553 euros), superior en consecuencia al umbral establecido por el Reglamento Delegado (UE) 2019/1828 de la Comisión, que modifica la Directiva 2014/24/UE, cuanto en relación con el objeto del procedimiento y con la fuente de financiación, dado que el proyecto en cuestión, destinado a la conexión del Aeropuerto Internacional «Traian Vuia» de Timișoara al Corredor IV paneuropeo de transporte está financiado en parte por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

- 10 En cuanto al fondo, el CNSC solicita, en lo esencial, al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la posibilidad de que el pliego de contratación se complete con las disposiciones normativas nacionales aplicables a las distintas actividades objeto del contrato público, pero que tienen una ponderación reducida en el marco del contrato en cuestión, así como sobre la obligación de designar en la oferta a subcontratistas para tales actividades.
- 11 Según el CNSC, este problema es muy frecuente en su práctica y en la práctica de los órganos jurisdiccionales nacionales y ha dado lugar a un enfoque no unitario, lo que puede restringir la participación de numerosos operadores del espacio europeo en los procedimientos de contratación de Rumanía.
- 12 En este contexto, el CNSC se remite a la sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) en la que el Tribunal de Justicia declaró que un operador no podrá ser excluido del procedimiento por requisitos no establecidos en los documentos de la licitación y que los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigen que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado a fin de que los licitadores puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes.
- 13 El CNSC subraya que, en virtud de su facultad de apreciación, el poder adjudicador es el único que establece los criterios de selección y que el CNSC y los órganos jurisdiccionales no pueden apreciar en su lugar la necesidad de determinarlos. De otra parte, en las vías de recurso los operadores perjudicados solo pueden impugnar los pliegos de contratación considerados demasiado restrictivos, sin que puedan impugnar unos documentos por ser demasiado permisivos, a saber, porque deberían contener criterios adicionales que restrinjan el acceso al procedimiento de otros operadores.
- 14 El CNSC considera que, debido a la práctica nacional no unitaria, es necesario determinar en qué medida puede aplicarse la jurisprudencia derivada de la sentencia Pizzo en lo que respecta a la integración del pliego de contratación con las disposiciones normativas nacionales aplicables a las distintas actividades objeto del contrato público, pero que tienen una ponderación reducida en el marco de dicho contrato.

- 15 Otra cuestión que el Tribunal de Justicia debe aclarar versa sobre la obligación de designar subcontratistas para todas las actividades del contrato, independientemente de su ponderación en el marco de este, cuestión que tiene consecuencias importantes sobre la competencia en los grandes procedimientos de licitación de infraestructuras de Rumanía, donde aparecen numerosas actividades secundarias que precisan de las mencionadas autorizaciones.
- 16 En efecto, con independencia del momento y de la importancia de la intervención en la obra del subcontratista, a saber, si sus servicios son necesarios al inicio de la obra o a su término, si esos servicios tienen una ponderación más alta o más reducida en el marco del contrato, si existe o no la certeza de que dichos servicios son necesarios, en muchas situaciones se aprecia que dicho subcontratista debe designarse en el momento de la presentación de las ofertas. Por ejemplo, en el caso de autos, la recurrente considera, entre otras cosas, que era necesario designar a un subcontratista para la actividad de obtención de la autorización para la retirada de los terrenos expropiados ubicados en zonas no urbanas, aunque, por lo que respecta a esta actividad, el pliego de contratación utiliza la expresión «solo en caso de ser necesario».
- 17 El CNSC considera que el poder adjudicador es el único facultado para determinar los criterios de selección esenciales, respetando los principios de proporcionalidad y de transparencia. De aceptar que el pliego de contratación podría completarse con criterios cuya necesidad resultaría de leyes especiales irrelevantes en materia de contratos públicos, se infringiría el artículo 58, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, dado que la integración de Derecho con tales criterios no toma en consideración el principio de proporcionalidad y la facultad del poder adjudicador de establecer los criterios de selección.
- 18 En opinión del CNSC, imponer la subcontratación como única forma de ejercicio de una actividad vulnera tanto la libertad de contratación y el derecho de organización de los operadores económicos, como lo establecido en el artículo 63 de la Directiva mencionada, según el cual, 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».
- 19 Por consiguiente, el CNSC estima que, en la medida en la que la presentación de un compromiso es suficiente para acreditar el cumplimiento de determinados criterios de selección, una declaración de disponibilidad por parte de especialistas autorizados es *a fortiori* suficiente cuando tales criterios no están previstos y se trata de una serie de actividades con ponderación reducida en el marco del contrato.