

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima)

de 6 de noviembre de 2014 (\*)

En el asunto C-42/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), mediante resolución de 5 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de enero de 2013, en el procedimiento entre **Cartiera dell'Adda SpA Y CEM Ambiente SpA**,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. C. Vajda (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász y D. Šváby, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de mayo de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Cartiera dell'Adda SpA, por el Sr. S. Soncini, avvocato;
- en nombre de CEM Ambiente SpA, por los Sres. E. Robaldo, P. Ferraris y F. Caliandro, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. S. Varone, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Pignataro-Nolin y el Sr. A. Tokár, 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 tiene por objeto la interpretación del artículo 45 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), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 314, p. 64) (en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Cartiera dell'Adda SpA (en lo sucesivo, «Cartiera dell'Adda») y CEM Ambiente SpA (en lo sucesivo, «CEM Ambiente»), en relación con una decisión de ésta, como poder adjudicador, de excluir la unión temporal de empresas en constitución (en lo sucesivo, «UTE») formada por Cartiera dell'Adda et Cartiera di Cologno Monzese SpA (en lo

sucesivo, «CCM»), sociedad ésta que actúa como mandante de la UTE, en un procedimiento de selección por no presentación, con la oferta de la UTE, de una declaración relativa a la persona designada como director técnico de CCM.

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

3 En el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 se define el concepto de «contratos públicos de servicios», a efectos de dicha Directiva, como los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de servicios a los que se refiere el anexo II de la referida Directiva. En el punto 16 del anexo II, parte A, de ésta se mencionan los «Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios; servicios de saneamiento y servicios similares».

4 A tenor del artículo 2 de la Directiva 2004/18, con la rúbrica «Principios de adjudicación de contratos»:  
«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

5 El artículo 45 de la Directiva 2004/18, con la rúbrica «Situación personal del candidato o del licitador», dispone, en sus apartados 1 y 3:

«1. Quedará excluido de la participación en un contrato público cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme, de la que tiene conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:

[...]

Los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación de presente apartado.

Podrán establecer una excepción respecto a la obligación contemplada en el párrafo primero por necesidades imperativas de interés general.

Para la aplicación del presente apartado, los poderes adjudicadores solicitarán, en su caso, a los candidatos o licitadores que presenten los documentos a que se refiere el apartado 3 y, cuando tengan dudas sobre la situación personal de éstos, podrán dirigirse a las autoridades competentes para obtener la información que consideren necesaria sobre la situación personal de dichos candidatos o licitadores. Cuando la información se refiera a un candidato o licitador establecido en un Estado distinto del Estado del poder adjudicador, éste podrá solicitar la cooperación de las autoridades competentes. Con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro en el que estén establecidos los candidatos o licitadores, dichas solicitudes se referirán a personas jurídicas y físicas, incluidos, en su caso, los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de representación, decisión o control en el seno de las empresas del candidato o licitador.

[...]

3. Los poderes adjudicadores aceptarán como prueba suficiente de que el operador económico no está incurso en los casos a que se refieren el apartado 1 y las letras a), b), c), e) y f) del apartado 2:

a) respecto del apartado 1 y de las letras a), b) y c) del apartado 2, un certificado de antecedentes penales o en su defecto, un documento equivalente expedido por una autoridad judicial o administrativa competente del país de origen o de procedencia que acredite que cumple los citados requisitos;

[...]

Cuando el país de que se trate no expida el certificado o documento o cuando éstos no mencionen todos los casos contemplados en el apartado 1 y en las letras a), b) o c) del apartado 2, los certificados o documentos podrán ser sustituidos por una declaración jurada o, en los Estados miembros en los

que no exista tal declaración, por una declaración solemne hecha por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa competente, un notario o un organismo profesional competente del país de origen o de procedencia.»

- 6 El artículo 51 de dicha Directiva, con la rúbrica «Documentación e información complementaria», dispone:

«El poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50.»

#### *Derecho italiano*

- 7 El artículo 38, apartados 1 y 2, del Decreto Legislativo nº 163, por el que se crea el Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Código de contratos públicos de obras, servicios y suministros, con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario del GURI nº 100, de 2 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 163/2006»), es del siguiente tenor literal:

«1. Se excluirá de la participación en los procedimientos de adjudicación de las concesiones y de los contratos públicos de obras, suministros y servicios y no se les podrá adjudicar en subcontratación ni adjudicar contratos relativos a dichas licitaciones, a aquellos:

[...]

- b) que sean objeto de un procedimiento pendiente de aplicación de una de las medidas de prevención previstas en el artículo 3 de la Ley nº 1423, de 27 de diciembre de 1956, o de alguna de las causas de impedimento establecidas en el artículo 10 de la Ley nº 575, de 31 de mayo de 1965; se aplicarán la exclusión y la prohibición en el caso de que el procedimiento pendiente se refiera al titular o al director técnico, si se trata de una empresa individual; [...]
- c) que hubieran sido objeto de una sentencia condenatoria que hubiese adquirido fuerza de cosa juzgada, de un auto condenatorio de carácter penal que ya no fuera revocable o de una sentencia de aplicación de la pena a solicitud de las partes, a tenor del artículo 444 del codice della procedura penale, respecto a las infracciones graves cometidas en perjuicio del Estado o de la Comunidad, que afectaran a su ética profesional; constituirá, en todo caso, un motivo de exclusión la condena, pronunciada mediante sentencia que hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada, respecto a uno o varios delitos de participación en una organización criminal, de corrupción, de fraude, de blanqueo de capitales, tal como establecen los actos comunitarios citados en el artículo 45, apartado 1, de la Directiva 2004/18/CE; se aplicarán la exclusión y la prohibición en el caso de que la sentencia o el auto se hubieran pronunciado con respecto al titular o al director técnico, de tratarse de una empresa individual; [...]

[...]

2. El candidato o el licitador acreditará que cumple los requisitos mediante la presentación de una declaración sustitutoria, de conformidad con lo prescrito en el texto único de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de documentos administrativos, a que se refiere el Decreto nº 445 del Presidente de la República de 28 de diciembre de 2000, haciendo constar en dicha declaración todas las condenas penales pronunciadas en su contra, incluidas aquellas con respecto a las cuales se hubiera beneficiado de la no inscripción en el registro de antecedentes penales. [...]

- 8 A tenor del artículo 46, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 163/2006:

«Dentro de los límites establecidos en los artículos 38 a 45, las entidades adjudicadoras requerirán, en caso necesario, a los licitadores para que completen o expliquen el contenido de los certificados, documentos o declaraciones presentados.»

#### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 9 De la resolución de remisión se desprende que, mediante un anuncio de licitación, CEM Ambiente promovió un procedimiento de adjudicación con miras a la celebración de un contrato para la cesión de

papeles y de cartones procedentes de recogidas selectivas de residuos sólidos urbanos respecto al período comprendido entre el 1 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2014. Debía adjudicarse dicho contrato al licitador que ofreciera pagar los precios más elevados para retirar las cantidades indicadas de los referidos materiales, según los métodos detallados que se indicaban en el pliego de condiciones relativo a dicho procedimiento.

- 10 Debe señalarse que dicho pliego de condiciones, una copia del cual se unió al expediente presentado al Tribunal de Justicia, prevé en su artículo 8 una serie de motivos de exclusión de la participación en el procedimiento de adjudicación. Entre éstos se encuentra el carácter incompleto o irregular de uno de los documentos y/o de una de las declaraciones sustitutorias cuyo objetivo es demostrar que se han cumplido las exigencias generales y especiales, a excepción de los casos de irregularidades meramente formales, que puedan ser subsanadas, y no decisivas para la apreciación de la oferta.
- 11 Mediante decisión de 21 de diciembre de 2010, CEM Ambiente excluyó a la UTE de dicho procedimiento de adjudicación por considerar que la oferta de tal asociación no contenía ninguna declaración relativa al Sr. Galbiati, designado como director técnico de CCM, y en la que se hiciera constar la inexistencia de procedimiento penal pendiente o de condena en su contra que hubiera adquirido la fuerza de cosa juzgada, como establece el artículo 38 del Decreto Legislativo nº 163/2006. Dado que el otro único licitador también fue excluido del mismo procedimiento de selección, CEM Ambiente lo declaró desierto y promovió un nuevo procedimiento de adjudicación.
- 12 Habiendo adquirido conocimiento de la decisión de excluir a la UTE del primer procedimiento de selección, CCM remitió a CEM Ambiente una declaración en la que precisó que al Sr. Galbiati no le era de aplicación ninguna causa de impedimento prevista en dicho artículo. Posteriormente indicó asimismo que se había hecho alusión a dicha persona como director técnico por error, ya que únicamente es miembro del consejo de administración de CCM, sin ninguna facultad de representación. Afirmó que, en consecuencia, no se requería declaración alguna en lo que a él se refería en virtud del artículo 38 del Decreto Legislativo nº 163/2006.
- 13 A falta de respuesta de CEM Ambiente a dichos escritos, Cartiera dell'Adda y CCM presentaron ante el órgano jurisdiccional remitente un recurso de anulación de la decisión por la que se excluye a la UTE del primer procedimiento de adjudicación y por el que se solicita la retirada del anuncio relativo a la apertura de un nuevo procedimiento. Mediante sentencia de 25 de mayo de 2011, dicho tribunal acogió el referido recurso, desestimando, no obstante, la pretensión relativa a la adjudicación del contrato.
- 14 El 23 de junio de 2011 CEM Ambiente interpuso un recurso contra dicha sentencia ante el Consiglio di Stato. Al día siguiente, Cartiera dell'Adda solicitó al órgano jurisdiccional remitente la ejecución de dicha sentencia.
- 15 Mediante su sentencia de 31 de marzo de 2012 el Consiglio di Stato acogió el recurso de CEM Ambiente, considerando que la no aportación de una declaración, como la controvertida, debe implicar la exclusión de la empresa licitadora del procedimiento de selección, al menos cuando, como en el caso de autos, la *lex specialis* sanciona la falta de tal declaración mediante la exclusión de ese procedimiento. Estima que el procedimiento de que se trata no se refería a una obligación de completar o de regularizar un documento incompleto o de alguna manera defectuoso, sino a la omisión pura y simple de la aportación de una declaración obligatoria.
- 16 En el procedimiento relativo a la solicitud de ejecución ante el órgano jurisdiccional remitente, el 26 de junio de 2012 Cartiera dell'Adda presentó un escrito en el que, por una parte, consideraba que la autoridad de cosa juzgada referida a dicha sentencia del Consiglio di Stato iba en contra del artículo 45 de la Directiva 2004/18 y, por otra, solicitaba que se pidiera el pronunciamiento del Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.
- 17 Mediante auto de 28 de junio de 2012, en el que se declara que igualmente se había formulado ante él una pretensión de indemnización debida al retraso registrado en la ejecución de su sentencia de 25 de mayo de 2011, el órgano jurisdiccional remitente acordó que se siguiera la sustanciación por los trámites del procedimiento ordinario. La cuantía de la indemnización reclamada por Cartiera dell'Adda es superior a nueve millones de euros.
- 18 El órgano jurisdiccional remitente se plantea un interrogante esencialmente sobre si el Derecho de la Unión se opone a una interpretación de una disposición nacional, cuyo objetivo es adaptar el Derecho

interno al artículo 45 de la Directiva 2004/18, según la cual el poder adjudicador está obligado a excluir de un procedimiento de adjudicación a un licitador que, en su solicitud de participación, no haya declarado que una persona designada como su director técnico no es objeto de un procedimiento o de una condena en el sentido de la referida disposición nacional, aunque ese licitador pueda probar, por una parte, que la condición de director técnico se había atribuido a esa persona por error y, por otra, que en ésta concurrían, en todo caso, los requisitos para presentar la declaración exigida.

- 19 En su resolución de remisión, dicho órgano jurisdiccional señala además que la facultad del poder adjudicador, prevista en el artículo 46 del Decreto Legislativo nº 163/2006, para pedir, durante el procedimiento, las aclaraciones o los complementos que considere necesarios sólo se aplica en los casos previstos con carácter limitativo en dicha disposición, por lo que, a su juicio, ese poder adjudicador no puede tramitar libremente el procedimiento en los casos en que no se hayan formulado las declaraciones.
- 20 Por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente sostiene, invocando, en particular, las sentencias Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempster (C-2/06, EU:C:2008:78) y Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506), que una resolución nacional que haya adquirido autoridad de cosa juzgada, como la sentencia del Consiglio di Stato de 31 de marzo de 2012, puede no ser aplicada en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión. Pues bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el control relativo a los requisitos de participación en los procedimientos sobre contratos públicos debe referirse al fondo —es decir, que debe comprobarse que se cumplen los requisitos para participar en tales procedimientos— y no sólo al carácter formalmente completo de los documentos administrativos contenidos en las ofertas presentadas dentro de plazo. En conclusión, el órgano jurisdiccional remitente se plantea un interrogante sobre si el artículo 38, apartado 1, letras b) y c), del Decreto Legislativo nº 163/2006 es conforme al artículo 45 de la Directiva 2004/18.
- 21 En estas circunstancias el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Es contraria al Derecho [de la Unión] la interpretación según la cual, en el caso de que una empresa que participe en un procedimiento de licitación no haya declarado en su solicitud de participación que su director técnico no es objeto de un procedimiento o de una condena como los establecidos en el artículo 38, apartado 1, letras b) y c), del [Decreto Legislativo nº 163/2006], el poder adjudicador debe excluir a esa empresa, aunque haya acreditado de manera suficiente que la condición de director técnico se había atribuido a esa persona a raíz de un error meramente material?
- 2) ¿Se opone el Derecho [de la Unión] a la interpretación según la cual, en el caso de que una empresa que participa en un procedimiento de licitación haya ofrecido eficazmente y de manera suficiente la prueba de que las personas obligadas a presentar una declaración en virtud del artículo 38, apartado 1, letras b) y c), [del Decreto Legislativo nº 163/2006] no son objeto de un procedimiento o de una condena como los previstos en dicha disposición, el poder adjudicador debe excluir a tal empresa debido al incumplimiento de una disposición de la *lex specialis* con arreglo a la cual se haya promovido el procedimiento de licitación?»
- 22 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2013 se desestimó la solicitud del órgano jurisdiccional remitente de que se juzgara el presente asunto por los trámites del procedimiento acelerado previsto en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Sobre la admisibilidad*

- 23 CEM Ambiente y el Gobierno italiano señalan que la petición de decisión prejudicial se suscita en el marco de una demanda de ejecución de una sentencia del órgano jurisdiccional remitente —y de un recurso de indemnización por el retraso registrado en tal ejecución— que, sin embargo, reformó la sentencia del Consiglio di Stato de 31 de marzo de 2012, la cual ha adquirido fuerza de cosa juzgada, por lo que, a su juicio, el órgano jurisdiccional remitente ya no puede poner en duda la legalidad de la decisión de excluir a la UTE del procedimiento de selección controvertido en el procedimiento principal

al examinar dichos recursos. De ello deducen que las cuestiones planteadas por este órgano jurisdiccional revisten un carácter hipotético por lo que no procede su admisibilidad.

- 24 Dichos interesados alegan igualmente que las cuestiones planteadas se basan en un marco fáctico distinto del declarado por el Consiglio di Stato en su sentencia de 31 de marzo de 2012. Afirman que, así, la circunstancia de hecho en la que se basa la primera cuestión, es decir, la existencia de un error material en la atribución al Sr. Galbiati de la condición de director técnico, no la apreció el órgano jurisdiccional referido. Manifiestan que, por lo que respecta a la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente no señaló que las pruebas que menciona se habían presentado fuera de plazo.
- 25 Además, el Gobierno italiano considera que el objeto de las cuestiones planteadas no es la interpretación del Derecho de la Unión, sino el examen del marco fáctico del asunto principal. En efecto, a su juicio, procede comprobar si concurrían los requisitos que permiten la regularización de un documento incompleto, lo cual, según indican, descartó el Consiglio di Stato.
- 26 Debe recordarse, en primer lugar, que, en virtud de reiterada jurisprudencia, el artículo 267 TFUE otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales una amplísima facultad para acudir ante el Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos suscita cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión necesarias para la resolución del litigio de que conocen. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ejercer dicha facultad en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada (sentencia Bericap Záródástechnikai, C-180/11, EU:C:2012:717, apartado 53 y jurisprudencia citada).
- 27 De ello ha inferido el Tribunal de Justicia que una norma de Derecho nacional en virtud de la cual los órganos judiciales que no resuelven en última instancia están vinculados por las apreciaciones realizadas por el tribunal superior no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión a que se refieran tales apreciaciones. En efecto, el Tribunal de Justicia ha estimado que el órgano jurisdiccional que no resuelve en última instancia debe tener la libertad de someterle las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión (véanse las sentencias Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 25 y 27, e Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, apartado 35).
- 28 De ello se deduce que, aun cuando esté revestida de fuerza de cosa juzgada según el Derecho nacional, la sentencia del Consiglio di Stato de 31 de marzo de 2012 no puede impedir que el órgano jurisdiccional remitente plantee al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales, si considera que dicha sentencia puede ir en contra del Derecho de la Unión.
- 29 Por lo que se refiere, en segundo lugar, al carácter supuestamente hipotético de las cuestiones prejudiciales, debe recordarse que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en particular, la sentencia Genil 48 y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, C-604/11, EU:C:2013:344, apartado 26).
- 30 En el caso de autos no puede declararse que las cuestiones formuladas son hipotéticas. Se plantearon en un procedimiento en el que Cartiera dell'Adda pretende, en particular, que se la indemnice por el retraso registrado en la ejecución de la sentencia del órgano jurisdiccional remitente de 25 de mayo de 2011 por la que se anula la decisión de CEM Ambiente de excluir a la UTE del procedimiento de selección controvertido en el procedimiento principal. Por lo tanto, no parece que dichas cuestiones, que se refieren a la conformidad con el Derecho de la Unión de tal decisión de exclusión, carezcan de pertinencia para la resolución del litigio principal. Además, a pesar de que existe la sentencia del Consiglio di Stato de 31 de marzo de 2012, no puede apreciarse *a priori* que dicho litigio haya quedado desprovisto de objeto.
- 31 En tercer lugar, en lo que atañe a las supuestas inexactitudes y omisiones en la exposición de los hechos del procedimiento principal, baste señalar, como se deriva igualmente del apartado 29 de la

presente sentencia, que incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional definir el contexto fáctico del litigio que da lugar a tales cuestiones y que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la apreciación realizada al respecto por ese órgano jurisdiccional (véase, en este sentido, la sentencia van Delft y otros, C-345/09, EU:C:2010:610, apartado 114).

32 Por último, en cuarto lugar, del propio texto de las cuestiones planteadas se desprende que el órgano jurisdiccional remitente no pide al Tribunal de Justicia que efectúe un examen de dicho contexto fáctico, sino una interpretación del Derecho de la Unión que le sea útil para resolver el litigio que pende ante él.

33 De lo anterior se deriva que procede admitir las cuestiones prejudiciales.

#### *Sobre el fondo*

34 Con carácter preliminar, debe señalarse, por una parte, que si bien el órgano jurisdiccional remitente no menciona el artículo 45 de la Directiva 2004/18 en el texto de sus cuestiones, de la propia resolución de remisión y, concretamente, del apartado introductorio de las cuestiones planteadas, resulta que ese órgano jurisdiccional se plantea un interrogante sobre la conformidad del artículo 38, apartado 1, letras b) y c), del Decreto Legislativo nº 163/2006 con el referido artículo 45.

35 Por otra parte, sólo la segunda cuestión se refiere al incumplimiento, por un operador económico que participa en una licitación, de una disposición contenida en los documentos del contrato público, como el anuncio de licitación y el pliego de condiciones, relativos al procedimiento de adjudicación controvertido en el asunto principal. No obstante, el motivo de exclusión mencionado en ambas cuestiones es el mismo y figura, como se deduce del apartado 10 de la presente sentencia, en el artículo 8 del pliego de condiciones.

36 Por consiguiente, procede considerar que, mediante sus cuestiones, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 45 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación por el hecho de que ese operador no ha cumplido la obligación, prevista en los documentos relativos al contrato, de adjuntar a su oferta, so pena de exclusión, una declaración a tenor de la cual la persona designada en tal oferta como director técnico de dicho operador no es objeto de ningún procedimiento o condena penales, cuando, en una fecha posterior al transcurso del plazo concedido para la presentación de las ofertas, se ha hecho llegar tal declaración al poder adjudicador o se demuestra que la condición de director técnico se atribuyó por error a esa persona.

37 Por lo que respecta a la cuestión de si el contrato controvertido en el asunto principal está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, la Comisión Europea ha estimado, en el acto de la vista, que tal contrato constituye un contrato público de servicios, tal como se define en el artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva y se prevé, más concretamente, en el punto 16 del anexo II, parte A, de ésta.

38 En cambio, a juicio de CEM Ambiente, el objeto de dicho contrato público es un contrato de compraventa de bienes muebles o, habida cuenta de la obligación de procesamiento de residuos que lleva aparejada, constituye a lo sumo una concesión de servicios. Considera, por lo tanto, que en modo alguno está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

39 En primer lugar, en el supuesto de que el contrato público de que se trata en el asunto principal esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, lo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente, debe recordarse que el artículo 45 de ésta establece en sus apartados 1 y 2 algunos motivos de exclusión de un licitador en relación con su situación personal. El apartado 3 del mismo artículo indica qué documentos están obligados a aceptar los poderes adjudicadores como prueba suficiente de que tal licitador no se encuentra en los casos previstos en dichos apartados 1 y 2, a excepción de las situaciones mencionadas en el mismo apartado 2, letras d) y g).

40 No se deduce de la resolución de remisión que se ponga en entredicho en el litigio principal la compatibilidad con dichas disposiciones de la Directiva 2004/18 de las causas de exclusión enumeradas en el artículo 38, apartado 1, letras b) y c), del Decreto Legislativo nº 163/2006 ni de la obligación de presentar una «declaración sustitutoria» prevista en el apartado 2 del mismo artículo.

Tampoco se afirma en la aludida resolución que la exclusión de un licitador del contrato a causa del incumplimiento, por ese licitador, de dicha obligación sea, de por sí, contraria a la referida Directiva. En cambio, el órgano jurisdiccional remitente alberga algunas dudas en cuanto a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la imposibilidad de que dicho licitador subsane, posteriormente a la presentación de su oferta, el hecho de no haber adjuntado a ésta tal declaración, ya sea remitiéndola a la entidad adjudicadora o demostrando que la condición de director técnico fue atribuida por error a la persona de que se trate.

- 41 Al respecto, es inconcuso que de los documentos relativos al contrato controvertido en el asunto principal resulta, por una parte, que la «declaración sustitutoria» referida en el artículo 38 del Decreto Legislativo nº 163/2006 en relación con la persona designada como director técnico del operador económico de que se trate debía haberse adjuntado a la oferta presentada por éste so pena de exclusión del procedimiento de licitación y, por otra, que sólo era posible paliar *a posteriori* las irregularidades meramente formales y no decisivas para la apreciación de la oferta.
- 42 Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo haya establecido, por lo que, en principio, está obligada a excluir del contrato a un operador económico que no haya remitido un documento o comunicado una información cuya aportación se impusiera en los documentos de ese contrato so pena de exclusión (véase, en ese sentido, la sentencia Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 40).
- 43 Dicha obligación estricta que corresponde a los poderes adjudicadores se incardina en el principio de igualdad de trato y en la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, a los que aquéllos están sujetos en virtud del artículo 2 de la Directiva 2004/18.
- 44 En efecto, por una parte, el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo 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 de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca 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 interpretarlos 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 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartados 108 a 111).
- 45 De ello se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el artículo 45 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 2 de ésta, no se opone a la exclusión de un licitador por el hecho de que no haya adjuntado a su oferta una declaración sustitutoria relativa a la persona designada como director técnico en esa oferta. En particular, en la medida en que el poder adjudicador considere que tal omisión no constituye una irregularidad meramente formal, no puede permitir que ese licitador subsane ulteriormente la aludida omisión, cualquiera que sea la forma, tras la expiración del plazo concedido para la presentación de las ofertas.
- 46 Por lo demás, en tales circunstancias, el artículo 51 de dicha Directiva, que dispone que el poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50 de la misma Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que permite que el poder adjudicador admita cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión de éste.
- 47 En segundo lugar, en el supuesto de que el contrato controvertido en el asunto principal constituyera una concesión de servicios, debe recordarse que, si bien, en la época de los hechos del procedimiento principal, los contratos de concesión de servicios no se regían por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión reguló el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebraban tales contratos estaban obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, los principios de igualdad de trato y de transparencia (véanse, en este sentido, las sentencias Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, apartados 46 a 49, y Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 33), siempre que la concesión de servicios presentara un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (véase,



en este sentido, la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 23 y jurisprudencia citada).

- 48 En la medida en que el contrato controvertido en el asunto principal presente tal interés, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, como se deriva de los apartados 42 y 44 de la presente sentencia, obligan al poder adjudicador a respetar los criterios que él mismo hubiera fijado, por lo que, en principio, está obligado a excluir del contrato público a un operador económico que no haya presentado un documento o comunicado una información cuya aportación se impusiera en los documentos de ese contrato so pena de exclusión.
- 49 En estas circunstancias, debe considerarse que la exclusión de un licitador como Cartiera dell'Adda de un contrato como el controvertido en el asunto principal se ajusta al principio de igualdad de trato y a la obligación de transparencia, como normas fundamentales del Tratado FUE.
- 50 Teniendo en cuenta cuanto precede, debe responderse a las cuestiones planteadas que el artículo 45 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 2 de ésta, así como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación por el hecho de que ese operador no haya cumplido la obligación, establecida en los documentos relativos al contrato, de adjuntar a su oferta, so pena de exclusión, una declaración a tenor de la cual la persona designada en esa oferta como director técnico de dicho operador no es objeto de un procedimiento o de una condena penales, incluso cuando, en una fecha posterior al transcurso del plazo concedido para la presentación de las ofertas, se haya presentado esa declaración al poder adjudicador o se demuestre que la condición de director técnico se atribuyó por error a tal persona.

#### **Costas**

- 51 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, 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 Décima) declara:

**El artículo 45 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 suministros y de servicios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2 de aquélla, así como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación por el hecho de que ese operador no haya cumplido la obligación, establecida en los documentos relativos al contrato, de adjuntar a su oferta, so pena de exclusión, una declaración a tenor de la cual la persona designada en esa oferta como director técnico de dicho operador no es objeto de ningún procedimiento o de una condena penales, incluso cuando, en una fecha posterior al transcurso del plazo concedido para la presentación de las ofertas, se haya presentado esa declaración al poder adjudicador o se demuestre que la condición de director técnico se atribuyó por error a tal persona.**

Firmas