



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima)

de 22 de octubre de 2015*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Motivos de exclusión de la participación en una licitación — Contrato público que no alcanza el umbral de aplicación de esta Directiva — Normas fundamentales del Tratado FUE — Declaración de aceptación de un protocolo de legalidad relativo a la lucha contra las actividades delictivas — Exclusión por falta de presentación de tal declaración — Procedencia — Proporcionalidad»

En el asunto C-425/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana, Italia), mediante resolución de 9 de julio de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de septiembre de 2014, en el procedimiento entre

Impresa Edilux Srl, en su condición de representante de la unión temporal de empresas,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

y

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana — Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,

UREGA — Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

con intervención de:

Icogen Srl,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. D. Šváby, Presidente de la Sala Octava, en funciones de presidente de la Sala Décima, y los Sres. E. Juhász y C. Vajda (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

* Lengua de procedimiento: italiano.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Impresa Edilux Srl, en su condición de representante de la unión temporal de empresas, y de Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), por los Sres. F. Lattanzi y S. Iacuzzo, avvocati;
- en nombre de Icogen Srl, por el Sr. C. Giurdanella, avvocato;
- 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. D. Recchia 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 (UE) n° 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011 (DO L 319, p. 43) (en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio en el que se enfrentan, por una parte, la Impresa Edilux Srl (en lo sucesivo, «Edilux»), en su condición de representante de la unión temporal de empresas que forman ella misma y la Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (en lo sucesivo, «SICEF»), y esta última empresa y, por otra parte, el Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana — Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (Dirección del Patrimonio Cultural y de la Identidad Siciliana, Sección de la provincia de Trapani), el Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana (Dirección del Patrimonio Cultural y de la Identidad Siciliana), la UREGA (Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici) — Sezione provinciale di Trapani (Oficina regional de aplicación de procedimientos de licitación de obras públicas — Sección de la provincia de Trapani) y el Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (Dirección de Infraestructuras y Movilidad de la Región Siciliana) (en lo sucesivo, considerados conjuntamente, «poder adjudicador recurrido en el litigio principal»), en relación con la decisión del poder adjudicador de excluir a Edilux y a SICEF de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público por no haber presentado, junto con su oferta, una declaración de aceptación de las cláusulas recogidas en un protocolo de legalidad.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 El artículo 2 de la Directiva 2004/18 dispone:

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

4 Según el artículo 7, letra c), de dicha Directiva, ésta se aplica a los contratos públicos de obras cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a 5 000 000 de euros.

5 El artículo 45 de dicha Directiva, titulado «Situación personal del candidato o del licitador», establece lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«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:

- a) participación en una organización delictiva, [...]
- b) corrupción, [...]
- c) fraude, [...]
- d) blanqueo de capitales, [...]

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

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

[...]

2. Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico:

- a) que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales;
- b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales;
- c) que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional;
- d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;
- e) que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador;
- f) que no haya cumplido sus obligaciones tributarias impuestas por las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador;
- g) que se le considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en aplicación de la presente Sección o que no haya proporcionado dicha información.

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

Derecho italiano

- 6 El artículo 46, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo n° 163, de 12 de abril de 2006 — Código de contratos públicos de obras, servicios y suministros en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n° 100, de 2 de mayo de 2006), dispone lo siguiente:

«El poder adjudicador excluirá a los candidatos o a los competidores en caso de inobservancia de las disposiciones establecidas en el presente Código, en el Reglamento y en otras disposiciones legales en vigor, así como en los casos de incertidumbre absoluta sobre el contenido o la procedencia de la oferta, por falta de firma o de otros elementos esenciales, o bien en caso de que la plica que contiene la oferta o la solicitud de participación no esté intacta o de otras irregularidades relativas al cierre de las plicas que hagan pensar, atendiendo a las circunstancias concretas, que se ha vulnerado el principio de secreto de las ofertas; los anuncios de licitación y las invitaciones a licitar no podrán contener disposiciones adicionales cuyo incumplimiento acarree la exclusión del procedimiento. Tales disposiciones serán en cualquier caso nulas.»

- 7 El artículo 1, apartado 17, de la Ley n° 190, de Disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la administración pública (legge n. 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), de 6 de noviembre de 2012 (GURI n° 265, de 13 de noviembre de 2012; en lo sucesivo, «Ley n° 190/2012»), está redactado así:

«Los poderes adjudicadores podrán disponer en los anuncios o convocatorias de licitación o cartas de invitación que el incumplimiento de las cláusulas recogidas en los protocolos de legalidad o en los pactos de integridad constituirá una causa de exclusión de la licitación.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 8 Edilux dirige y representa a una unión temporal de empresas cuyo otro miembro es SICEF. El 20 de mayo de 2013, el poder adjudicador recurrido en el litigio principal les adjudicó un contrato público de obras de un valor estimado de 2 271 735 euros para la restauración de unos templos griegos en Sicilia.
- 9 A raíz de una reclamación interpuesta por Icogen Srl, sociedad clasificada en segundo lugar en el procedimiento de adjudicación, el 18 de junio de 2013 el poder adjudicador recurrido en el litigio principal anuló la decisión por la que se adjudicaba el contrato de que se trata a Edilux y a SICEF, adjudicándolo definitivamente a Icogen Srl.
- 10 El poder adjudicador recurrido en el litigio principal basó dicha anulación y la exclusión de Edilux y de SICEF del procedimiento de licitación en el hecho de que éstas no habían presentado, junto con su oferta, la declaración de aceptación de las cláusulas recogidas en el protocolo de legalidad que era obligatorio presentar con arreglo al plan establecido en el anexo 6 del pliego de condiciones de dicho contrato. En la rúbrica «Advertencia» de este pliego de condiciones se indicaba que tal declaración constituía un documento esencial cuya presentación era obligatoria, so pena de exclusión.

- 11 Dicha declaración, una copia de la cual figura en los autos del asunto ante el Tribunal de Justicia, está redactada así:

«[El participante en la licitación] se compromete expresamente, en caso de adjudicación:

- a. a informar [...] al poder adjudicador [...] del grado de avance de las obras, del objeto, del importe y de la titularidad de las subcontratas y contratos derivados, [...] así como del procedimiento de selección de sus contratistas [...];
- b. a comunicar al poder adjudicador cualquier tentativa de perturbación, irregularidad o distorsión observada en el procedimiento de licitación o durante la ejecución del contrato, llevada a cabo por cualquier interesado o encargado o persona que pueda influir en las decisiones relativas a la licitación de que se trata;
- c. a cooperar con las fuerzas del orden, denunciando cualquier tentativa de extorsión, intimidación o condicionamiento de carácter delictivo [...];
- d. a incluir estas mismas cláusulas en las subcontratas [...], siendo consciente de que, en caso contrario, no se concederán las eventuales autorizaciones necesarias;

Declara expresa y solemnemente

- e. que no se encuentra en una situación de control o de asociación (de hecho o de derecho) con respecto a otros competidores y que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en la licitación;
- f. que no subcontratará ningún tipo de tareas a otras empresas participantes en la licitación [...], siendo consciente de que, en caso contrario, tales subcontratas no se autorizarán;
- g. que su oferta se caracteriza por su seriedad, integridad, independencia y confidencialidad y que se compromete a respetar en su comportamiento los principios de lealtad, transparencia e integridad, y que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en la licitación para limitar o eludir la competencia;
- h. que, en caso de que se le adjudique el contrato, se obliga a comunicar al poder adjudicador cualquier tentativa de perturbación, irregularidad o distorsión observada en el procedimiento de licitación o durante la ejecución del contrato, llevada a cabo por cualquier interesado o encargado o persona que pueda influir en las decisiones relativas a la licitación de que se trata;
- i. que se compromete a cooperar con las fuerzas del orden, denunciando cualquier tentativa de extorsión, intimidación o condicionamiento de carácter delictivo [...];
- j. que se compromete a incluir estas mismas cláusulas en las subcontratas [...], siendo consciente de que, en caso contrario, no se concederán las eventuales autorizaciones necesarias;
- k. [...] que es consciente de que las obligaciones y declaraciones antes mencionadas son requisitos necesarios para participar en la licitación, de modo que, si, en el procedimiento de licitación, el poder adjudicador comprueba la existencia de una asociación de hecho a través de indicios graves, precisos y concordantes, la empresa será excluida.»

- 12 Como el Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal Contencioso-Administrativo Regional de Sicilia) desestimó el recurso interpuesto por Edilux y SICEF contra la decisión de 18 de junio de 2013 del poder adjudicador recurrido en el litigio principal, estas empresas recurrieron en apelación ante el Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana).
- 13 El órgano jurisdiccional remitente explica que la introducción de los protocolos de legalidad en el ordenamiento jurídico italiano persigue el objetivo de prevenir y luchar contra el fenómeno nefasto de las infiltraciones de la delincuencia organizada, sobre todo en el sector de las obras públicas, que se ha consolidado en ciertas regiones del sur de Italia. En su opinión, tales protocolos resultan también esenciales para proteger los principios fundamentales de competencia y de transparencia, que se hallan en la base de la normativa de contratos públicos italiana y de la Unión Europea.
- 14 Según este órgano jurisdiccional, el artículo 1, apartado 17, de la Ley n° 190/2012 implica que los poderes adjudicadores pueden exigir, bajo pena de exclusión, que la aceptación de estos protocolos, necesaria para la obligatoriedad de las cláusulas recogidas en ellos, se produzca con carácter previo. En efecto, si sólo fuera susceptible de sanción el incumplimiento de estas cláusulas en la fase de ejecución del contrato, desaparecería el efecto explícitamente perseguido de anticipar al máximo el nivel de protección y de disuasión. A su juicio, esta causa de exclusión es además lícita con arreglo al artículo 46, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo n° 163, que dispone que la exclusión del procedimiento de licitación debe basarse en las disposiciones legales en vigor, de las que forma parte la mencionada disposición de la Ley n° 190/2012.
- 15 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga ciertas dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de esta causa de exclusión. Indica a este respecto que el artículo 45 de la Directiva 2004/18, que establece una lista exhaustiva de causas de exclusión en sus apartados 1, párrafo primero, y 2, párrafo primero, no contiene ninguna disposición similar. Estima, en cambio, que el artículo 1, apartado 17, de la Ley n° 190/2012 puede ser conforme con el artículo 45, apartado 1, párrafo tercero, de esta Directiva, que, a su juicio, establece una excepción al carácter exhaustivo de las causas de exclusión basada en necesidades imperativas de interés general, como son las relacionadas con el orden público y la prevención del delito.
- 16 El órgano jurisdiccional remitente añade que, aunque el valor del contrato público de obras objeto de litigio sea inferior al umbral de aplicación de la Directiva 2004/18 pertinente en este caso, los principios del Derecho de la Unión son, no obstante, aplicables. A este respecto pone de relieve que dicho contrato presenta un interés transfronterizo indudable, dado que ciertas disposiciones de la regulación específica del procedimiento relativo a dicho contrato se refieren a la participación de empresas no establecidas en Italia.
- 17 Dadas estas circunstancias, el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Se opone el Derecho de la Unión Europea y, en particular, el artículo 45 de la Directiva 2004/18, a una disposición como la del artículo 1, apartado 17, de la Ley n° 190/2012, que permite que el poder adjudicador establezca como causa legal de exclusión de las empresas participantes en una licitación convocada para la adjudicación de un contrato público la no aceptación, o la falta de prueba documental de la aceptación, por parte las citadas empresas de los compromisos contenidos en los denominados «protocolos de legalidad» y, de forma más general, en acuerdos entre las entidades adjudicadoras y las empresas participantes dirigidos a luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de la adjudicación de contratos públicos?

- 2) ¿Puede considerarse, a efectos del artículo 45 de la Directiva 2004/18, que el eventual establecimiento en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro de la facultad de exclusión descrita en la cuestión anterior constituye una excepción al principio de exhaustividad de las causas de exclusión, justificada por la necesidad imperativa de combatir el fenómeno de los intentos de infiltración de la delincuencia organizada en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

- 18 Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren a la interpretación del artículo 45 de la Directiva 2004/18. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente hace constar, en su petición de decisión prejudicial, que el contrato público de obras objeto del litigio principal es de un valor inferior al umbral de aplicación de la Directiva pertinente en este caso, es decir, el establecido en su artículo 7, letra c).
- 19 Procede recordar que los procedimientos especiales y rigurosos establecidos por las Directivas de la Unión sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos únicamente se aplican a aquellos contratos cuyo valor sobrepase el umbral expresamente fijado en cada una de dichas Directivas. Así pues, las disposiciones de las mencionadas Directivas no se aplican a los contratos cuyo valor no alcance el umbral fijado por ellas (véase la sentencia *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 15 y jurisprudencia citada). Por lo tanto, en el litigio principal no se aplica el artículo 45 de la Directiva 2004/18.
- 20 No obstante, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de datos aportados por el órgano jurisdiccional nacional, y especialmente de la motivación de su resolución de remisión, los puntos de Derecho de la Unión que requieren una interpretación, habida cuenta del objeto del litigio (véase, en particular, la sentencia *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve y otros*, C-225/13, EU:C:2014:245, apartado 30 y jurisprudencia citada).
- 21 Es también reiterada jurisprudencia que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas de la Unión sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos está sujeta, no obstante, a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en particular a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo indudable, habida cuenta de ciertos criterios objetivos (véase, en este sentido, la sentencia *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 16 y jurisprudencia citada).
- 22 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente reconoce que los principios del Derecho de la Unión se aplican al litigio del que conoce y hace constar, en este contexto, la existencia de un interés transfronterizo indudable, dado que ciertas disposiciones de la regulación específica del procedimiento relativo al contrato objeto de ese litigio se refieren a la participación de empresas no establecidas en Italia.

- 23 Dadas estas circunstancias, es preciso considerar que la primera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las normas fundamentales y de los principios generales del Tratado mencionados en el apartado 21 de la presente sentencia.
- 24 En cambio, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial. En efecto, como se desprende de la motivación de la resolución de remisión, esta cuestión se refiere específicamente al artículo 45, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18, que establece una excepción, por necesidades imperativas de interés general, a la obligación del poder adjudicador, formulada en el párrafo primero de dicho apartado, de excluir de la participación en un contrato público a cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme por uno o varios de los motivos enumerados en esa disposición.

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 25 Así pues, es preciso entender la primera cuestión prejudicial en el sentido de que en ella se plantea, esencialmente, si las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición del Derecho nacional en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un candidato o licitador quedará excluido del procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una aceptación por escrito de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad, como el que se discute en el litigio principal, cuyo objetivo es luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos.
- 26 El Tribunal de Justicia ha declarado ya que debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia, que vinculan a los poderes adjudicadores en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público. En efecto, es cada Estado miembro quien mejor puede determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que le son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que puedan dar lugar a violaciones de este principio y de esta obligación (véase, en este sentido, la sentencia Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada).
- 27 Según el órgano jurisdiccional remitente, los protocolos de legalidad, como el que se discute en el litigio principal, persiguen el objetivo de prevenir y luchar contra el fenómeno de las infiltraciones de la delincuencia organizada, sobre todo en el sector de las obras públicas, que se ha consolidado en ciertas regiones del sur de Italia. También permiten proteger los principios fundamentales de competencia y de transparencia, que se hallan en la base de la normativa de contratos públicos italiana y de la Unión Europea.
- 28 Resulta obligado hacer constar que, al oponerse la actividad delictiva y a las distorsiones de la competencia en el sector de los contratos públicos, una medida consistente en obligar a declarar que se acepta este tipo de protocolo de legalidad parece adecuada para reforzar la igualdad de trato y la transparencia en la adjudicación de los contratos. Además, como esa obligación recae sin distinción sobre todos los candidatos o licitadores, no vulnera el principio de no discriminación.
- 29 Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, tal medida no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (véase, en este sentido, la sentencia Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 33 y jurisprudencia citada).

- 30 A este respecto, en primer lugar, es preciso rechazar la argumentación de Edilux y de SICEF según la cual una declaración por la que se aceptan ciertos compromisos constituye un medio ineficaz para luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada, dado que el respeto de esos compromisos sólo podrá comprobarse tras la adjudicación del contrato de que se trate.
- 31 En efecto, el órgano jurisdiccional remitente ha precisado que, para ser obligatorias, las cláusulas de los protocolos de legalidad deben ser previamente aceptadas como requisitos para la admisión en el procedimiento de adjudicación del contrato y que, si sólo fuera susceptible de sanción el incumplimiento de estas cláusulas en la fase de ejecución del contrato, desaparecería el efecto de anticipar al máximo el nivel de protección y de disuasión. Dadas estas circunstancias, y habida cuenta el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, como se ha recordado en el apartado 26 *supra*, no cabe considerar que vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos la obligación de declarar que se aceptan los compromisos recogidos en un protocolo de legalidad desde el inicio de la participación en una licitación para la adjudicación de un contrato público.
- 32 En segundo lugar, en lo que respecta al contenido del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, los compromisos que los candidatos o licitadores deben asumir en virtud del mismo, recogidos en las letras a) a d) de dicho protocolo, consisten, esencialmente, en informar del grado de avance de las obras y del objeto, del importe y de la titularidad de las subcontratas y contratos derivados, así como del procedimiento de selección de los contratistas, en comunicar cualquier tentativa de perturbación, irregularidad o distorsión observada en el procedimiento de licitación o durante la ejecución del contrato, en cooperar con las fuerzas del orden, denunciando cualquier tentativa de extorsión, intimidación o condicionamiento de carácter delictivo, y en incluir estas mismas cláusulas en las subcontratas. El contenido de estos compromisos coincide con el de las declaraciones recogidas en las letras h) a j) de este protocolo.
- 33 En lo que respecta a la declaración que figura en la letra g) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, en la que el participante en la licitación declara que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación para limitar o eludir la competencia, su objetivo consiste simplemente en proteger los principios de competencia y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.
- 34 Tales compromisos y declaraciones se refieren al comportamiento leal del candidato o licitador en sus relaciones con el poder adjudicador recurrido en el litigio principal y a su cooperación con las fuerzas del orden. Así pues, no van más allá de lo necesario para luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada el sector de los contratos públicos.
- 35 Sin embargo, la letra e) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal incluye una declaración en la que el participante en la licitación afirma no encontrarse en una situación de control o de asociación con respecto a otros competidores.
- 36 Ahora bien, como la Comisión Europea ha indicado en sus observaciones escritas, se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la exclusión automática de los candidatos o licitadores que mantengan una relación de este tipo con otros candidatos o licitadores va más allá de lo necesario para prevenir los comportamientos colusorios y garantizar, por tanto, la aplicación del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de la obligación de transparencia. En efecto, tal exclusión automática conlleva una presunción *iuris et de iure* de interferencia recíproca en las ofertas presentadas para un mismo contrato público por empresas vinculadas por una relación de control o de asociación. Excluye así la posibilidad de que estos candidatos o licitadores demuestren la independencia de sus ofertas y, por tanto, es contraria al interés de la Unión de garantizar que la participación de los licitadores en la licitación sea lo más amplia posible (véanse, en este sentido, las sentencias Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartados 28 a 30, y Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 39 y 40).

- 37 En la letra e) del mencionado protocolo figura igualmente la declaración en la que el participante en la licitación afirma que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación. Al excluir así todo acuerdo entre los participantes, incluidos los acuerdos que no puedan restringir el juego de la competencia, esta declaración va más allá de lo necesario para proteger el principio de competencia en el ámbito de los contratos públicos. Por este motivo, tal declaración es diferente de la que figura en la letra g) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal.
- 38 De ello se deduce que viola el principio de proporcionalidad la obligación de cada participante en una licitación de declarar, por una parte, que no se encuentra en una situación de control o de asociación con respecto a otros competidores y, por otra parte, que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación, con la consecuencia de que, de no existir tal declaración, quedará automáticamente excluido de dicho procedimiento.
- 39 Es preciso aplicar consideraciones similares a la declaración que figura en la letra f) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, en la que el participante en la licitación declara que no subcontratará ningún tipo de tareas a otras empresas participantes en la licitación, siendo consciente de que, en caso contrario, tales subcontratas no se autorizarán. En efecto, esta declaración implica una presunción *iuris et de iure* de que la eventual subcontratación a otro de los participantes en la misma licitación efectuada por el adjudicatario tras la adjudicación del contrato es consecuencia de una colusión entre las dos empresas de que se trata, sin ofrecerles la oportunidad de demostrar lo contrario. Así pues, tal declaración va más allá de lo necesario para prevenir comportamientos colusorios.
- 40 Además, habida cuenta del objetivo de prevención y lucha contra el fenómeno de la infiltración de la delincuencia organizada, toda presión eventual que el adjudicatario de un contrato público ejerza sobre otra empresa que haya participado en la licitación para subcontratar con ella la ejecución de ese contrato debería ser comunicada al poder adjudicador o, en su caso, denunciada a las fuerzas del orden, conforme a las letras b), c), g), h) e i) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal.
- 41 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión planteada que las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición del Derecho nacional en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un candidato o licitador quedará automáticamente excluido del procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una aceptación por escrito de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad, como el que se discute en el litigio principal, cuyo objetivo es luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos. Sin embargo, en la medida en que dicho protocolo contenga declaraciones en las que el candidato o licitador afirme que no se encuentra en una situación de control o de asociación con respecto a otros candidatos o licitadores, que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación y que no subcontratará ningún tipo de tareas a otras empresas participantes en esa licitación, la inexistencia de tales declaraciones no puede tener como consecuencia la exclusión automática del candidato o del licitador de dicho procedimiento.

Costas

- 42 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 han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia sin ser partes del litigio principal no pueden ser objeto de reembolso.

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

Las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición del Derecho nacional en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un candidato o licitador quedará automáticamente excluido del procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una aceptación por escrito de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad, como el que se discute en el litigio principal, cuyo objetivo es luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos. Sin embargo, en la medida en que dicho protocolo contenga declaraciones en las que el candidato o licitador afirme que no se encuentra en una situación de control o de asociación con respecto a otros candidatos o licitadores, que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación y que no subcontratará ningún tipo de tareas a otras empresas participantes en esa licitación, la inexistencia de tales declaraciones no puede tener como consecuencia la exclusión automática del candidato o del licitador de dicho procedimiento.

Firmas