



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 7 de marzo de 2019¹

Asunto C-41/18

Meca Srl
contra
Comune di Napoli,
con intervención de:
Sirio Srl

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo de Campania, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Motivos facultativos de exclusión — Admisibilidad — Adjudicación definitiva consentida por el recurrente — Pérdida de objeto del proceso prejudicial — Falta profesional grave — Resolución de un contrato anterior como consecuencia de deficiencias en su cumplimiento — Impugnación judicial que impide al poder adjudicador valorar el incumplimiento contractual hasta que concluya el proceso judicial»

1. Las normas italianas sobre contratos públicos prevén que pueda excluirse de un (nuevo) procedimiento de licitación al candidato que, habiendo sido adjudicatario de un contrato precedente, haya incurrido en deficiencias significativas durante su curso, a resultas de las que aquel (primer) contrato se haya resuelto.
2. Esas mismas normas parecen indicar,² sin embargo, que, al evaluar la fiabilidad de los candidatos al nuevo procedimiento de contratación, el poder adjudicador no puede tomar en cuenta aquellas deficiencias, como motivo de exclusión, si el operador económico que incurrió en ellas impugnó en vía jurisdiccional la resolución del (primer) contrato.
3. El tribunal de reenvío necesita dilucidar si este efecto del recurso jurisdiccional es coherente con los principios inspiradores de la Directiva 2014/24/UE³ y, en concreto, con su artículo 57.

¹ Lengua original: español.

² Hay algunas divergencias interpretativas sobre el tenor de esas normas. Véanse los puntos 27 a 29 de estas conclusiones.

³ Directiva 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 (DO 2014, L 94, p. 65).

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/24

4. Conforme al considerando centésimo primero:

«Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión».

5. El artículo 57 («Motivos de exclusión») expone:

«[...]

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

[...]

c) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad;

[...]

- g) cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables;

[...]

5. Los poderes adjudicadores deberán, en cualquier momento del procedimiento, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en los apartados 1 y 2.

Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4.

6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

[...]

7. Mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo. En particular, determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4.»

B. Derecho italiano. Decreto Legislativo n.º 50/2016⁴

6. De conformidad con el artículo 80, apartado 5, letra c):

«El poder adjudicador excluirá del procedimiento de licitación a todo operador económico [...] respecto del cual [...] pueda demostrar por medios apropiados que ha cometido una falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad o fiabilidad. Entre tales faltas se incluyen las deficiencias significativas en el cumplimiento de un contrato o de una concesión anteriores que hayan dado lugar a su terminación anticipada, no impugnada en vía judicial o confirmada al término de un procedimiento judicial, o que hayan dado lugar a una condena de indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones; el intento de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador o de obtener información reservada en su propio beneficio y el hecho de facilitar, incluso de forma negligente, información falsa o engañosa que pueda influir en las decisiones de exclusión, selección o adjudicación o el de omitir la información necesaria para el correcto desarrollo del proceso de selección».

II. Hechos del litigio y cuestión prejudicial

7. En el curso académico 2016/2017, la sociedad Sirio Srl participó en una licitación, convocada por el Ayuntamiento de Nápoles, para prestar el servicio de comedores escolares, de la que resultó adjudicataria.

8. Durante la ejecución del contrato se produjo una intoxicación alimentaria, debida a la presencia de bacterias coliformes en los alimentos suministrados, que afectó a menores y a miembros del personal.

9. A la vista de ese hecho, el 29 de junio de 2017, el Ayuntamiento de Nápoles: a) acordó la suspensión del servicio, que adjudicó a la sociedad Meca, segunda clasificada en el procedimiento de licitación; y b) resolvió el contrato con Sirio y ejecutó la garantía.

10. Sirio impugnó la resolución del contrato ante la jurisdicción civil [Tribunale di Napoli (Tribunal ordinario de Nápoles), Italia)], en un litigio aún pendiente de fallo.

11. El Ayuntamiento de Nápoles convocó una nueva licitación para el servicio de comedores escolares durante el curso 2017/2018, dividida en diez lotes, a la que Sirio se presentó.

12. En aplicación del artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP, mediante acta de 1 de agosto de 2017, el poder adjudicador admitió la oferta de Sirio por el lote n.º 7, sin realizar ninguna valoración sobre la gravedad del incumplimiento del contrato anterior.

13. Meca, también participante en la licitación del servicio de comedores escolares para el curso 2017/2018, impugna ante el órgano de reenvío la admisión de Sirio. A su juicio, el poder adjudicador debería haber valorado la fiabilidad de Sirio, tras el episodio de intoxicación alimentaria, en vez de limitarse a constatar que había recurrido contra la resolución del contrato anterior.

4 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016 – Suplemento ordinario n.º 10) (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, de aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión, a la contratación pública y a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y de reestructuración de la normativa vigente en materia de contratos públicos de obra, servicios o suministro: Código de contratos públicos; en adelante, «CCP»).

14. El tribunal remitente entiende que, en casos como el planteado, la aplicación rigurosa de la ley italiana no permite al poder adjudicador evaluar la fiabilidad del licitador. En su opinión, el legislador nacional se ha inclinado por suspender la apreciación administrativa, supeditándola en su totalidad a un control jurisdiccional que, por lo demás, se centra en la corrección de la resolución contractual y no en la fiabilidad del operador económico.

15. Para el órgano judicial *a quo*, la gravedad del incumplimiento no depende de una circunstancia objetiva, sino de una decisión subjetiva del operador económico, destinatario de la resolución anticipada de un contrato, que opta por impugnarla ante los tribunales civiles. La admisión automática a la nueva licitación, como corolario de la demanda judicial, constituye un acicate para que se ignoren las faltas profesionales y, en consecuencia, desincentiva que las empresas tomen las medidas de reparación oportunas (previstas por el considerando centésimo segundo de la Directiva 2014/24) para que no se repitan los incumplimientos determinantes de una resolución contractual anterior.

16. En estas circunstancias, el Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo de Campania, Italia) eleva al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los principios de la Unión de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica, consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y los principios que se derivan de ellos, como los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y efectividad, contemplados en la Directiva 2014/24, así como el artículo 57, apartado 4, letras c) y g), de esta Directiva a una normativa nacional, como la italiana resultante del artículo 80, apartado 5, letra c), del Decreto Legislativo n.º 50/2016, según la cual la impugnación en vía judicial de deficiencias significativas puestas de manifiesto en la ejecución de un contrato público anterior que dieron lugar a su resolución anticipada impide que el poder adjudicador realice cualquier valoración sobre la fiabilidad del licitador hasta que se resuelva con carácter definitivo el procedimiento civil, aun cuando la empresa no haya acreditado la adopción de medidas de reparación dirigidas a corregir las infracciones y a evitar que se repitan?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

17. El auto de remisión prejudicial tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 22 de enero de 2018.

18. Han depositado observaciones escritas Sirio, el Ayuntamiento de Nápoles, los Gobiernos de Italia y de Hungría, así como la Comisión. Solo la Comisión y el Gobierno de Italia comparecieron en la vista celebrada el 13 de diciembre de 2018.

IV. Apreciación

A. La supuesta pérdida de objeto de la cuestión prejudicial

19. Para Sirio, el acto impugnado por Meca, esto es, el dictado el 1 de agosto de 2017, que permitió a Sirio participar en el procedimiento de licitación, no obstó al desarrollo de dicho procedimiento hasta que culminó, el 7 de noviembre de 2017, con la adjudicación del (nuevo) contrato a Sirio, para el año escolar 2017/2018.

20. Como este último acuerdo administrativo no ha sido recurrido, Sirio sostiene que el incidente prejudicial carece de objeto, ya que, cualquiera que sea su resultado, la adjudicación del *segundo* contrato es firme y no le afectará la sentencia.

21. No creo, sin embargo, que esta circunstancia baste para declarar que el reenvío prejudicial ha devenido inadmisibile. A mi juicio, la impugnación del acto de 1 de agosto de 2017 sigue pendiente y su solución no depende de que Meca haya consentido la adjudicación de 7 de noviembre de 2017.

22. En concreto, una eventual declaración de nulidad del acto de 1 de agosto de 2017 podría o bien desplegar sus efectos invalidantes sobre la adjudicación de 7 de noviembre de 2017 o bien, si eso no fuera posible, servir de base, conforme al derecho interno, en armonía con el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665/CEE,⁵ para acordar una indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir Meca.

23. Opino, pues, que el incidente prejudicial no carece de objeto.

B. Precisiones sobre la interpretación de la norma nacional

24. El tribunal de reenvío parte de que el artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP, según «la interpretación de la jurisprudencia nacional», impone «la ineludible obligación legal»⁶ de admitir a un procedimiento de licitación al candidato que, tras haber sufrido la resolución anticipada de un contrato anterior por causa de las deficiencias significativas en su cumplimiento,⁷ la haya combatido en vía judicial.

25. La norma nacional en vigor ha variado respecto de la precedente (el Decreto Legislativo n.º 163/2006).⁸ Con arreglo a esta última, el poder adjudicador tenía la facultad de dejar constancia, «por cualquier medio de prueba», de un incumplimiento profesional grave que justificase la exclusión del licitador. Por el contrario, la nueva regulación, contenida en el CCP, combina las letras c) y g) del apartado 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24, con el resultado ya expuesto.

26. En efecto, el artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP incluye una formulación general de las faltas profesionales graves como motivo de exclusión y, a continuación, singulariza «entre tales faltas» «las deficiencias significativas en el cumplimiento de un contrato o de una concesión anteriores que hayan dado lugar a su terminación anticipada». Esas deficiencias, sin embargo, solo permiten la exclusión del licitador afectado si la resolución «no [ha sido] impugnada en vía judicial o [ha sido] confirmada al término de un procedimiento judicial».

27. Ocurre, sin embargo, que, según explicó el Gobierno italiano en el acto de la vista, con posterioridad a la cuestión prejudicial, parece haberse producido un cambio en la doctrina del Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia),⁹ que ha llevado a aquel Gobierno a modificar el enfoque de sus observaciones.

5 Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33).

6 Auto de reenvío, apartado 2.3

7 El tribunal de reenvío parece adoptar como premisa que Sirio, en cuanto responsable de la intoxicación alimentaria, incurrió en una de «las deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior». Sobre esta calificación no se plantea ninguna pregunta en el incidente prejudicial.

8 De transposición al derecho italiano de las Directivas 2004/17 y 2004/18/CE [Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006 – Suplemento ordinario n.º 107)]. El artículo 38, apartado 1, letra f), transcrito en el apartado 8 de la sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia* (C-440/13, EU:C:2014:2435), rezaba: «quedarán excluidos de participar en los procedimientos de adjudicación [...] de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios [...] y no podrán celebrar los contratos correspondientes: [...] f) quienes, según la apreciación motivada del poder adjudicador, sean culpables de negligencia grave o mala fe en la ejecución de las prestaciones que les haya atribuido el poder adjudicador que publicó el anuncio del contrato, o quienes hayan cometido un error grave en el ejercicio de su actividad profesional, constatado por cualquier medio de prueba por el poder adjudicador».

9 Aludió, en concreto, al dictamen n.º 2616/2018, de 13 de noviembre de 2018.

28. La lectura que el Gobierno italiano hace de ese dictamen¹⁰ es que, incluso si estuviera *sub iudice* la terminación anticipada del contrato precedente, acordada a causa de las deficiencias significativas imputadas a quien se postula como candidato a un nuevo contrato, el poder adjudicador puede apreciar discrecionalmente, como motivo de exclusión de este último, la existencia de esas deficiencias, sin esperar a que se dicte sentencia en la vía judicial civil.

29. El Tribunal de Justicia no puede, obviamente, terciar en ese debate sobre la interpretación de la norma nacional, que compete en exclusiva al órgano judicial de reenvío, por lo que:

- si este último ve posible asumir la doctrina que, según el Gobierno italiano, se deduce del dictamen del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de 13 de noviembre de 2018, podrá llevar a cabo una interpretación del artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP conforme con la Directiva 2014/24, en la línea que el propio tribunal *a quo* refleja en su auto de planteamiento, lo que desactivaría, en realidad, la necesidad de la remisión prejudicial;
- si, por el contrario, entendiera que esa interpretación de la norma nacional es *contra legem*, la pregunta prejudicial conserva todo su sentido.

30. Para responder a las dudas expresadas por el tribunal remitente, me atenderé, pues, a la interpretación de la norma interna que él mismo asume. En consecuencia, por decirlo con palabras de la pregunta prejudicial, daré por sentado que, según la norma nacional, «la impugnación en vía judicial de deficiencias significativas puestas de manifiesto en la ejecución de un contrato público anterior que dieron lugar a su resolución anticipada *impide* que el poder adjudicador realice cualquier valoración sobre la fiabilidad del licitador hasta que se resuelva con carácter definitivo el procedimiento civil».

C. Las causas de exclusión facultativa según la Directiva 2014/24

31. La Directiva 2004/18/CE¹¹ encabezaba la enumeración de los motivos de exclusión facultativos poniendo el acento en el licitador («podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador»), mientras que la Directiva 2014/24 lo pone más bien en el poder adjudicador («los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico»).

32. Tras ese encabezamiento, ambas Directivas recogen una serie de causas facultativas de exclusión para, a continuación, reconocer a los Estados un cierto margen de apreciación¹² cuando opten por incorporarlas a sus normas nacionales. Tampoco en este último aspecto difieren significativamente:

- El último párrafo del apartado 2 del artículo 45 de la Directiva 2004/18 indicaba que «los Estados miembros precisarán, de conformidad con su derecho nacional y respetando el derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado».

10 El dictamen, por su carácter consultivo, no equivale a una sentencia dictada en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Es más, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), ahora en su condición de órgano jurisdiccional, remitió al Tribunal de Justicia, el 15 de mayo de 2018 (es decir, después de este reenvío), una pregunta prejudicial análoga (asunto Sicilville, C-324/18, pendiente ante el Tribunal de Justicia).

11 Directiva 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 2004, L 134, p. 114).

12 Así lo sostuve en las conclusiones del asunto *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani y Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:487), punto 58: la nueva Directiva, como la anterior, «concede a los Estados miembros una amplia discrecionalidad para fijar las “condiciones de aplicación” de las causas de exclusión facultativa».

- El apartado 7 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 establece que «mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo».¹³

33. El Tribunal de Justicia había afirmado, a propósito de ese margen de apreciación aplicado a motivos de exclusión facultativos amparados por la Directiva 2004/18, que:

- según reiterada jurisprudencia, «el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala de la Unión, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. A este respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición»;¹⁴
- «[...] los Estados miembros disponen de un margen de apreciación a efectos de determinar las condiciones de aplicación de las causas de exclusión facultativas establecidas en el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18».¹⁵

34. En este margen de apreciación se apoyaba la tesis de Sirio, del Ayuntamiento de Nápoles y de los Gobiernos italiano (tal como figuraba en sus observaciones escritas, no en las expuestas durante la vista) y húngaro: si es posible no acoger, en el derecho interno, una causa de exclusión facultativa, con mayor razón podrán las normas nacionales limitar su eficacia, condicionándola al cumplimiento de determinados requisitos (como, por ejemplo, que la previa resolución de un contrato precedente, basada en un incumplimiento del adjudicatario, haya ganado firmeza si se impugnó judicialmente).

35. Ahora bien, su argumento no toma suficientemente en consideración que el poder de los Estados miembros, en este extremo, no es omnímodo.¹⁶ Una vez adoptada por cualquiera de ellos la decisión de incorporar una de las causas facultativas de exclusión de la Directiva 2014/24,¹⁷ ha de respetar sus rasgos esenciales, tal como se contemplan en esta última.

36. En efecto, al prescribir que los Estados miembros han de tener «en cuenta al derecho de la Unión» cuando precisen «las condiciones de aplicación del presente artículo», el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24 impide que, con sus disposiciones nacionales, los Estados miembros desfiguren los motivos de exclusión facultativos que en él se plasman o que ignoren los objetivos y los principios reguladores que inspiran cada uno de esos motivos, dentro del marco homogéneo de la propia Directiva 2014/24.

37. Como a continuación expondré, la norma italiana sobre la que gira el reenvío prejudicial no respeta los rasgos esenciales de la causa de exclusión facultativa prevista en el artículo 57, apartado 4, letra g), de la Directiva 2014/24.

13 Aunque la remisión al derecho nacional difiere en uno y en otro texto, esta diferencia me parece, más bien, una cuestión de estilo. En cualquier caso, el supuesto de la Directiva 2004/18 que podría ser relevante para la resolución de este proceso prejudicial (si los hechos hubieran ocurrido bajo su vigencia) es el de la letra d) del apartado 2 del artículo 45 (falta profesional grave), que se recoge ahora en la letra c) del apartado 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24, y que no aludía al derecho nacional.

14 Sentencia de 14 de diciembre de 2016, *Connexion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:948), apartado 29 y jurisprudencia citada.

15 Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani y Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000), apartado 32.

16 En mis conclusiones del asunto *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani y Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:487), punto 53, recordé cómo el ejercicio de esta potestad por los Estados no es, sin embargo, incondicionado, recurriendo a la sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartados 29, 31 y 32.

17 El Gobierno italiano sostuvo en la vista que el artículo 80.5 del CCP ha reconocido, para su ámbito territorial, como causa de exclusión obligatoria lo que en la Directiva 2014/24 aparece solo como facultativa.

D. Sobre el motivo de exclusión facultativa previsto en el artículo 57, apartado 4, letra g), de la Directiva 2014/24

38. El artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 cita, entre las conductas de los operadores económicos que pueden justificar su exclusión de un procedimiento de contratación, tanto la «falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad» [letra c)], como «las deficiencias significativas [...] en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior [...] que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior» [letra g)].

39. Del considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24 se infiere que las faltas profesionales de la letra c) tienen un carácter predominantemente *extracontractual*, esto es, son conductas irregulares que se desarrollan, por lo general, fuera del ámbito de las relaciones contractuales. Así sucede con las relativas al incumplimiento de obligaciones medioambientales o sociales, a la infracción de normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual o industrial, o con la transgresión de obligaciones fiscales o de seguridad social. Por el contrario, el comportamiento tipificado en la letra g) es un característico incumplimiento *contractual*.

40. Es cierto, sin embargo, que algunos incumplimientos contractuales podrán, simultáneamente, integrar una modalidad de falta profesional grave, esto es, la cometida en el marco de un contrato administrativo anterior, de entidad suficiente como para fundar la ruptura de la relación contractual.

41. Desde esa perspectiva, el vínculo entre las dos letras sería el propio de una *lex generalis* [letra c)] frente a una *lex specialis* [letra g)], lo que permitiría acudir a los fines y a las justificaciones de la previsión general, para discernir los principios a los que ha de atenerse la interpretación de la regla contenida en la letra g).¹⁸

42. Ambas causas de exclusión tienen como sustento un ingrediente esencial en la relación del adjudicatario del contrato con el poder adjudicador, a saber, la *fiabilidad* del primero, sobre la que se funda la confianza que el segundo deposita en él. Aunque la Directiva 2004/18 no hacía referencia expresa a este elemento, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encargó de acuñarlo.¹⁹

43. La Directiva 2014/24 ya incorpora la fiabilidad como componente clave de la relación, precisamente al tratar de la falta profesional grave. Según el considerando centésimo primero, párrafo primero, los poderes adjudicadores pueden excluir a los «operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables». Este mismo considerando, en el párrafo segundo, contempla la actuación en anteriores contratos «que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico».

44. La importancia que se confiere a la *fiabilidad* del operador económico aparece en algunos apartados (6 y 7) del artículo 57 de la Directiva 2014/24, al permitirle adoptar medidas para demostrar que es digno de confianza, pese a la concurrencia de un motivo de exclusión. De esta manera, el ingrediente *fiabilidad* impregna los motivos de exclusión relativos a las condiciones subjetivas del candidato.

¹⁸ De hecho, el legislador italiano ha fundido los dos supuestos en uno, si bien añadiendo el condicionante procesal (situaciones *sub iudice*) ahora controvertido, solo aplicable al incumplimiento contractual previo.

¹⁹ Sentencias de 20 de marzo de 2018, Comisión/Austria (Imprenta del Estado) (C-187/16, EU:C:2018:194), apartados 88 y 91; de 14 de diciembre de 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948), apartado 28; y de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), apartado 21.

45. Pues bien, según el diseño del artículo 57 de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador debe gozar de libertad para apreciar ese componente (la fiabilidad del candidato) sin estar necesariamente vinculado por las apreciaciones de otros órganos públicos. Corresponde a los poderes adjudicadores, y solo a ellos, valorar el alcance de las faltas que entrañen un incumplimiento contractual de fondo tan grave como para justificar la resolución de un previo contrato por una pérdida de confianza.²⁰

E. La norma italiana a la luz del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24

46. El condicionamiento contenido en la legislación italiana agrega un *plus* que no se atiene al artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 ni es coherente con el resto de este precepto. Puede conducir, además, a resultados discriminatorios para otros licitadores incurso en faltas graves. Aun inspirada, posiblemente, en una determinada concepción del derecho a la protección jurisdiccional,²¹ la norma interna objeto de debate se traduce, a la postre, en una prima al incumplimiento contractual grave, de cuyas consecuencias ulteriores se exime, *de facto*, a su autor con solo interponer una demanda.

47. Me referiré, brevemente, a esos dos rasgos del precepto italiano.

1. El contraste entre la norma nacional y la Directiva 2014/24

48. Como bien destaca la Comisión, el artículo 57, apartado 4, letra g), de la Directiva 2014/24 no alude a la necesidad de esperar a que recaiga un pronunciamiento judicial firme para apreciar las deficiencias significativas o persistentes en el comportamiento del adjudicatario del contrato anterior.

49. En tesis análogas, con referencia al derecho de la Unión entonces vigente, el Tribunal de Justicia había declarado que:

- En cuanto a la falta profesional grave, la emisión de declaraciones falsas o la omisión de información [previstas en el artículo 45, apartado 2, letras d) y g), de la Directiva 2004/18], podían ser comprobadas por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar «[...] *sin que se requiera que el operador económico haya sido condenado por sentencia firme*». ²²
- «El artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 permite a las entidades adjudicadoras comprobar, por cualquier medio que puedan justificar, la comisión de una falta en materia profesional. Por otra parte, a diferencia de la letra c) de dicho párrafo primero, para la comprobación de la comisión de una falta profesional, en el sentido de la letra d) del mismo, *no se exige una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada*». ²³

50. El Tribunal de Justicia se negó, pues, a que la apreciación de un motivo de exclusión relacionado con una falta profesional dependiera de la existencia de una previa sentencia (salvo que la propia norma del derecho de la Unión así lo disponga), interpretando en estos términos el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

²⁰ La irregularidad cometida por el licitador debe haber sido lo suficientemente grave («significativa») como para justificar, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la terminación anticipada del contrato.

²¹ Para el Gobierno húngaro, si el licitador se opone a la resolución contractual, la presunción de inocencia juega en su favor y le debe permitir participar en el procedimiento de adjudicación, en tanto en cuanto su incumplimiento contractual no haya sido definitivamente constatado.

²² Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), apartado 28, cursiva añadida.

²³ Sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 28, cursiva añadida.

51. Esta doctrina puede extrapolarse al asunto en curso para destacar cómo el artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP no se atiene a ella: si se resuelve un contrato precedente, basta que el licitador impugne esa resolución anticipada para que el poder adjudicador no pueda ya hacer valer contra él su incumplimiento en una licitación posterior.

52. Así, un incumplimiento grave del adjudicatario, contra el que un poder adjudicador haya reaccionado resolviendo un contrato sinalagmático (lo que es legítimo, cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe), carece de consecuencias para ulteriores procedimientos, si el adjudicatario discute ante los tribunales civiles la finalización anticipada de la relación contractual.

53. Al dotar a la demanda judicial de ese efecto automático, la norma interna priva al poder adjudicador de la facultad de apreciar en toda su extensión la fiabilidad del candidato, pues no podrá ponderar como factor relevante la finalización anticipada, por deficiencias significativas, del contrato precedente.

54. La restricción que se impone al poder adjudicador cuando el incumplimiento contractual previo se halla *sub iudice* priva a aquel de la posibilidad de excluir a un licitador «en cualquier momento del procedimiento [...] si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4», como establece el artículo 57, apartado 5, de la Directiva 2014/24.

55. La norma nacional condiciona, pues, indebidamente, el ámbito de actuación del poder adjudicador, expresamente protegido por el artículo 57 de la Directiva 2014/24 y por la jurisprudencia que había interpretado los preceptos análogos de la Directiva 2004/18, impidiéndole verificar la presencia de un motivo de exclusión hasta que se dicte sentencia en un proceso civil entablado respecto a la terminación contractual anticipada.

56. En esa misma medida, el artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP hace inviable que el poder adjudicador valore si el licitador ha adoptado medidas suficientes para probar su fiabilidad, no obstante la existencia de un motivo de exclusión pertinente (artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24).

2. La discriminación respecto de otros licitadores excluidos por la comisión de faltas graves

57. La norma interna objeto de debate puede dar lugar a una discriminación de los licitadores que, habiendo cometido faltas profesionales graves distintas del incumplimiento contractual, hayan recurrido a la vía judicial contra su apreciación. El poder adjudicador no estará, en cuanto a ellos, constreñido por el artículo 80, apartado 5, letra c), del CCP, de modo que podrá, libre y motivadamente, juzgar que carecen de la fiabilidad debida.

58. No se justifica esta diferencia de trato entre licitadores, unos y otros incurso en causas de exclusión facultativas de naturaleza análoga. El elemento distintivo (la pendencia *sub iudice* de la impugnación) depende en exclusiva de que el contratista incumplidor haya presentado una demanda contra la terminación anticipada de su contrato precedente, enervando así las normales potestades de apreciación del poder adjudicador.

59. La situación resulta especialmente sensible si el contrato tiene transcendencia transfronteriza, pues «puede afectar especialmente a los operadores económicos de otros Estados miembros, menos familiarizados con los términos y las modalidades de aplicación de la normativa nacional pertinente».²⁴

²⁴ Sentencia de 14 de diciembre de 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948), apartado 42.

60. Como la interposición de la demanda civil depende en exclusiva de la voluntad del contratista, la gravedad de su incumplimiento no se sometería a la constatación de un elemento objetivo, sino de un factor extrínseco y de carácter más bien subjetivo (la mera decisión de formular una demanda) que, sin embargo, no sería suficiente para otros licitadores incurso en faltas profesionales, especialmente para los establecidos en otros Estados miembros.

V. Conclusión

61. A tenor de los razonamientos precedentes, propongo al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo de Campania, Italia) que:

«El artículo 57, apartado 4, letras c) y g), de la 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, se opone a una normativa nacional en cuya virtud la mera impugnación en vía judicial de la terminación anticipada de un contrato público anterior, debida a las deficiencias significativas en su cumplimiento, impide que el poder adjudicador valore ese comportamiento y la subsiguiente fiabilidad del licitador, como motivo de exclusión en un nuevo procedimiento de contratación, hasta que se resuelva con carácter definitivo el proceso judicial correspondiente.»