



Recopilación de la Jurisprudencia

AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 4 de junio de 2019*

«Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia — Adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales — Directiva 2004/18/CE — Artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d) — Motivos de exclusión — Falta profesional grave — Infracción de las normas en materia de competencia»

En el asunto C-425/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Piamonte, Italia) mediante resolución de 7 de febrero de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de junio de 2018, en el procedimiento entre

Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)

y

Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA,

con intervención de:

Consorzio Stabile Gestione Integrata Servizi Aziendali GISA,

La Lucente SpA,

Dussmann Service Srl,

So.Co.Fat. SC,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por la Sra. K. Jürimäe, Presidenta de Sala, y los Sres. D. Šváby (Ponente) y S. Rodin, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Pikamäe;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

* Lengua de procedimiento: italiano.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), por los Sres. F. Cintioli, G. Notarnicola, E. Perrettini y A. Police, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y P. Ondrůšek y la Sra. L. Haasbeek, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, de resolver mediante auto motivado de conformidad con el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento;

dicta el presente

Auto

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 53, apartado 3, y 54, apartado 4, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1), y del artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), 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 2004, L 134, p. 114).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS; en lo sucesivo, «Consorzio») y Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA (en lo sucesivo, «Gruppo Torinese»), en el que se solicita, en particular, la anulación de la decisión de esta última por la que se revocó la adjudicación de un contrato público a aquel.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2004/17

- 3 El artículo 53 de la Directiva 2004/17, titulado «Sistemas de clasificación», en su apartado 3, y el artículo 54 de esta Directiva, titulado «Criterios de selección cualitativa», en su apartado 4, establecen que los criterios y normas de clasificación, por una parte, y los criterios de selección cualitativa, por otra, «podrán incluir los criterios de exclusión enumerados en el artículo 45 de la Directiva [2004/18] en las condiciones que en él se estipulan».

Directiva 2004/18

- 4 Con el título «Situación personal del candidato o del licitador», el artículo 45 de la Directiva 2004/18, que figura en una sección dedicada a los «Criterios de selección cualitativa», dispone lo siguiente:

«[...]

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

[...]

d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;

[...]

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

[...]»

Derecho italiano

5 El 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 (Decreto Legislativo n.º 163, por el que se establece un código de contratación pública de obras, de servicios y de suministros, con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «código de contratación pública»), había transpuesto en Derecho italiano las Directivas 2004/17 y 2004/18.

6 El artículo 38 del código de contratación pública, titulado «Condiciones generales», enumeraba, en su apartado 1, las causas de exclusión de un operador económico de la participación en un contrato público:

«1. Serán excluidos de la participación en los procedimientos de adjudicación de concesiones y de contratos públicos de obras, suministros y servicios, no podrán adjudicárseles subcontratos de tales contratos públicos y no podrán celebrar los correspondientes contratos las personas:

[...]

f) que, según apreciación motivada de la entidad adjudicadora, hayan incurrido en negligencia grave o mala fe en la ejecución de las prestaciones que les haya adjudicado la entidad adjudicadora que publicó el anuncio de licitación, o que hayan cometido una falta grave en su actividad profesional, comprobada a través de cualquier medio de prueba por la entidad adjudicadora;

[...]».

7 El artículo 230, apartado 1, de dicho código establecía:

«Las entidades adjudicadoras aplicarán el artículo 38 para la verificación de los requisitos de carácter general de los candidatos o licitadores.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

8 Gruppo Torinese es una sociedad que explota diversos servicios en el sector de los transportes por ferrocarril urbano, tranvía, trolebús y autobús.

- 9 Mediante un anuncio remitido para su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 30 de julio de 2015 y una carta de invitación de 27 de noviembre de 2015, Gruppo Torinese inició, de conformidad con la Directiva 2004/17, un procedimiento restringido para la adjudicación del servicio de limpieza de vehículos, locales y zonas, del servicio de desplazamiento y repostaje de vehículos y de otros servicios auxiliares en los establecimientos de la entidad adjudicadora.
- 10 Gruppo Torinese indicó que el valor total de dicho contrato, que comprendía seis lotes, era de 29 434 319,39 euros, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), y que el valor de cada lote oscilaba entre 4 249 999,10 euros y 6 278 734,70 euros.
- 11 Tras adjudicar tres de estos lotes al Consorzio, Gruppo Torinese revocó esa adjudicación mediante decisión de 14 de julio de 2017 (en lo sucesivo, «decisión controvertida»), basándose en una decisión de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado, Italia; en lo sucesivo, «Autoridad de Defensa de la Competencia») de 22 de diciembre de 2015 (en lo sucesivo, «decisión de la Autoridad de Defensa de la Competencia»), por la que se había impuesto al Consorzio una multa de 56 190 090 euros por haber participado en un acuerdo restrictivo de la competencia de carácter horizontal a fin de influir en el resultado de un procedimiento de licitación abierto por otro organismo público.
- 12 En la decisión controvertida también se indicaba que la decisión de la Autoridad de Defensa de la Competencia ya había sido confirmada por una resolución judicial que había adquirido fuerza de cosa juzgada. La decisión controvertida se apoya, además, en dos sentencias de 29 de marzo y de 3 de abril de 2017 en las que el Tribunal remitente declaró que un acuerdo restrictivo de la competencia ejecutado por el operador de que se trate en otro procedimiento de licitación y constatado en un procedimiento administrativo constituye una falta profesional grave, en el sentido del artículo 38, apartado 1, letra f), del código de contratación pública y del artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18. También se reprochaba al Consorzio, por una parte, que no hubiera indicado en su expediente de participación en el procedimiento de licitación en cuestión que era objeto de un procedimiento sancionador pendiente ante la Autoridad de Defensa de la Competencia y, por otra parte, que únicamente hubiera adoptado medidas de cumplimiento de la normativa durante el procedimiento de licitación, de modo que la causa de exclusión no había desaparecido en el momento en que se había iniciado dicho procedimiento.
- 13 En consecuencia, Gruppo Torinese consideró que la conducta sancionada por la Autoridad de Defensa de la Competencia bastaba para romper la relación de confianza con el poder adjudicador.
- 14 Mediante auto de medidas provisionales de 11 de octubre de 2017, el Tribunal remitente desestimó la demanda de medidas provisionales presentada por el Consorzio.
- 15 Tanto este auto de medidas provisionales como las sentencias del Tribunal remitente de 29 de marzo y de 3 de abril de 2017 fueron modificados por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante auto de 20 de noviembre de 2017 y mediante dos resoluciones de 4 de diciembre de 2017 y de 5 de febrero de 2018, respectivamente. Según las explicaciones facilitadas por el tribunal remitente, estas resoluciones afirman que las conductas constitutivas de infracción en materia de competencia no pueden calificarse de «faltas profesionales graves» a efectos de aplicar el artículo 38, apartado 1, letra f), del código de contratación pública y que únicamente pueden recibir esa calificación «los incumplimientos y negligencias en que se incurra en la ejecución de un contrato público»; por lo tanto, deben excluirse «los hechos, aunque sean ilícitos, producidos durante el procedimiento de adjudicación previo». Según el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), esta interpretación se basa en la necesidad de seguridad jurídica que tienen los operadores económicos y es compatible con la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13, EU:C:2014:2469), de la que únicamente se desprende que una norma nacional que califique expresamente de «falta profesional grave» una infracción en materia de competencia no vulnera el Derecho de la Unión, pero no que el Derecho de la Unión obligue a incluir estas infracciones en el concepto de «falta profesional

grave». De ello deduce el Tribunal remitente que, en Derecho italiano, la comisión de tales infracciones es totalmente irrelevante en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos regidos por el código de contratación pública.

- 16 El Consorzio invoca esas tres resoluciones del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en apoyo de su recurso de anulación de la decisión controvertida.
- 17 No obstante, remitiéndose a la sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 33, el Tribunal remitente señala que, al haber hecho uso la República Italiana de la facultad, reconocida a los Estados miembros en el artículo 54, apartado 4, de la Directiva 2004/17, de incluir entre los criterios de selección cualitativa de los operadores en los sectores especiales los criterios de exclusión enumerados en el artículo 45 de la Directiva 2004/18, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a esta disposición es pertinente en el litigio principal, aunque este tenga por objeto un procedimiento restringido al que se aplica la Directiva 2004/17.
- 18 Pues bien, dicho Tribunal añade que, en las sentencias de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 27, y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 35, el Tribunal de Justicia ya precisó que el concepto de «falta en materia profesional» abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión y que la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18.
- 19 De la comparación de las sentencias de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), apartado 23, y de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 25, el Tribunal remitente deduce, en esencia, que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación reducida en lo que respecta a las causas facultativas de exclusión cuyas condiciones de aplicación no se especifican mediante remisión a las normas legales y reglamentarias nacionales.
- 20 Sin embargo, estimando que no es de interpretación unívoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las causas de exclusión denominadas «facultativas», que se formuló sobre la base de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO 1992, L 209, p. 1), y de la Directiva 2004/18, el Tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia aclaraciones sobre este punto.
- 21 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Piamonte, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 53, apartado 3, y 54, apartado 4, de la Directiva [2004/17], en relación con el artículo 45, apartado 2, [párrafo primero,] letra d), de la Directiva [2004/18] a una disposición como el artículo 38, apartado 1, letra f), del [código de contratación pública], tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia nacional, que excluye del ámbito de aplicación del concepto de “falta grave” cometida por un operador económico “en materia profesional” los comportamientos constitutivos de infracción de las normas sobre competencia constatados y sancionados por la autoridad nacional de defensa de la competencia mediante una decisión confirmada en sede jurisdiccional, impidiendo de ese modo *a priori* que las entidades adjudicadoras evalúen autónomamente tal infracción a efectos de una eventual —pero no obligatoria— exclusión de dicho operador económico de una licitación convocada para la adjudicación de un contrato público?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 22 En virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.
- 23 En el presente asunto procede aplicar esta disposición.
- 24 Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como el artículo 38, apartado 1, letra f), del código de contratación pública, que se interpreta en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de la «falta grave» cometida por un operador económico «en materia profesional» los comportamientos constitutivos de infracción de las normas sobre competencia, constatados y sancionados por la autoridad nacional de defensa de la competencia mediante una decisión confirmada por un órgano jurisdiccional, y que impide que las entidades adjudicadoras aprecien de manera autónoma dicha infracción para excluir, en su caso, a ese operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público.
- 25 Como se desprende de una reiterada jurisprudencia, el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no persigue una aplicación uniforme, a escala nacional, de las causas de exclusión que menciona, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de las consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. En este contexto, los Estados miembros pueden atenuar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición (sentencias de 10 de julio de 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, apartado 36, y de 14 de diciembre de 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, apartado 29).
- 26 Dicho esto, es preciso hacer constar que, a diferencia de las disposiciones relativas a las causas de exclusión establecidas en las letras a), b), e) y f) del párrafo primero del apartado 2 del artículo 45 de la Directiva 2004/18, la letra d) de ese mismo párrafo no remite a las normas legales y reglamentarias nacionales, y que el párrafo segundo del apartado 2 indica que los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho de la Unión, las condiciones de aplicación del propio apartado 2 (sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Forposta y ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 25).
- 27 Así pues, de la jurisprudencia se desprende, como ha señalado por lo demás el órgano jurisdiccional remitente, que cuando una causa facultativa de exclusión establecida en el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18, como la contenida en su párrafo primero, letra d), no remite al Derecho nacional, el margen de apreciación de los Estados miembros está sometido a límites más estrictos. En ese supuesto, corresponde al Tribunal de Justicia determinar el alcance de esa causa facultativa de exclusión (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de diciembre de 2012, *Forposta y ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, apartados 25 a 31, y de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, apartado 35).
- 28 De ello se desprende que los conceptos de «falta grave» cometida «en materia profesional», que figuran en dicho artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18, pueden precisarse y especificarse en el Derecho nacional, respetando siempre el Derecho de la Unión (sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Forposta y ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 26).

- 29 A este respecto, procede señalar que el concepto de «falta en materia profesional» abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión (sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 27), a su integridad o a su fiabilidad.
- 30 En consecuencia, el concepto de «falta en materia profesional», que es objeto de interpretación amplia, no puede limitarse únicamente a los incumplimientos y negligencias en que se incurra en la ejecución de un contrato público.
- 31 Además, normalmente el concepto de «falta grave» debe entenderse referido a un comportamiento que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del operador económico en cuestión (sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 30).
- 32 Por último, el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 permite a las entidades adjudicadoras comprobar, por cualquier medio que dichas entidades puedan justificar, la comisión de una falta grave en materia profesional. Como para constatar la comisión de esa falta no se exige una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada (sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 28), la decisión de una autoridad nacional de defensa de la competencia por la que se declare que un operador ha incumplido las normas sobre competencia puede ciertamente constituir un indicio de la existencia de una falta grave cometida por dicho operador.
- 33 Así pues, la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 (sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, apartado 35).
- 34 No obstante, es necesario precisar que la decisión de una autoridad nacional de defensa de la competencia por la que se constate una infracción de las normas sobre competencia no puede dar lugar a una exclusión automática de un operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. En efecto, de conformidad con el principio de proporcionalidad, la comprobación de la existencia de una «falta grave» requiere, en principio, que se realice una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador económico de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 31).
- 35 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de la «falta grave» cometida por un operador económico «en materia profesional» los comportamientos constitutivos de infracción de las normas sobre competencia, constatados y sancionados por la autoridad nacional de defensa de la competencia mediante una decisión confirmada por un órgano jurisdiccional, y que impide que las entidades adjudicadoras aprecien de manera autónoma dicha infracción para excluir, en su caso, a ese operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Costas

- ³⁶ Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este 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 Novena) declara:

El artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de la «falta grave» cometida por un operador económico «en materia profesional» los comportamientos constitutivos de infracción de las normas sobre competencia, constatados y sancionados por la autoridad nacional de defensa de la competencia mediante una decisión confirmada por un órgano jurisdiccional, y que impide que las entidades adjudicadoras aprecien de manera autónoma dicha infracción para excluir, en su caso, a ese operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Firmas