

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)
de 23 de diciembre de 2009*

En el asunto C-376/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia), mediante resolución de 2 de abril de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de agosto de 2008, en el procedimiento entre

Serrantoni Srl,

Consorzio stabile edili Srl

y

Comune di Milano,

* Lengua de procedimiento: italiano.

en el que participan:

Bora Srl Costruzioni edili,

Unione consorzi stabili Italia (UCSI),

Associazione nazionale imprese edili (ANIEM),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de la Sala Tercera, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. C. Zadra y por la Sra. D. Recchia, 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 4 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), de los artículos 39 CE, 43 CE, 49 CE y 81 CE y de los principios generales de igualdad de trato y de proporcionalidad.
- ² Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad de construcción Serrantoni Srl (en lo sucesivo, «Serrantoni») y el Comune di Milano (Ayuntamiento de Milán), en relación con la decisión de éste de excluir a Serrantoni de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El segundo considerando de la Directiva 2004/18 dispone:

«La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado [CE] y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.»

4 De conformidad con el artículo 2 de dicha Directiva:

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

5 El artículo 4 de dicha Directiva, bajo el título «Operadores económicos», dispone:

«1. No podrá rechazarse a candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en que estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación de que se trate, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas.

[...]

2. Estarán autorizadas a licitar o presentarse como candidatos las agrupaciones de operadores económicos. Para la presentación de una oferta o de una solicitud de participación, los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, pero la agrupación seleccionada podrá ser obligada a asumir una forma jurídica determinada cuando se le haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.»

6 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18, en la versión vigente en la fecha de los hechos del litigio principal, tras la adaptación realizada por el Reglamento (CE) n° 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 333, p. 28), la Directiva 2004/18 se aplicaba a los contratos públicos de obras cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, fuera igual o superior a 5.278.000 euros.

- 7 El artículo 45 de dicha Directiva, titulado «Situación personal del candidato o del licitador», establece en su apartado 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.»

Normativa nacional

- 8 El Decreto Legislativo n° 163, por el que se establece el Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Código de contratos públicos de obras, de servicios y de suministros en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n° 100, de 2 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n° 163/2006»), regula, en su conjunto, los procedimientos de licitación de contratos públicos de obras, servicios y suministro. El artículo 34 de este Decreto Legislativo, en su versión modificada por el Decreto Legislativo n° 113, de 31 de julio de 2007, titulado «Personas que pueden resultar adjudicatarias de contratos públicos», establece en su apartado 1:

«1. Sin perjuicio de las limitaciones expresamente señaladas, las siguientes personas podrán participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos:

[...]

- b) los consorcios de sociedades cooperativas de producción y trabajo [...], y los consorcios de empresas artesanales [...];

- c) los consorcios estables, constituidos en forma de sociedades consorciales [...], entre empresarios individuales (incluidos artesanos), sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de producción y de trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 36;

[...]

- f) las personas que hayan celebrado un contrato de Grupo Europeo de Interés Económico (GEIE) [...];

- f *bis*) los operadores económicos [...] establecidos en otros Estados miembros y constituidos de conformidad con la legislación vigente en el Estado afectado.»

9 Según el artículo 36, apartado 1, del Decreto Legislativo n° 163/2006:

«Se considerarán “consorzi stabili” (“consorcios estables”) aquellos [...] que, mediante decisión adoptada por sus respectivos órganos de dirección, acuerden participar

conjuntamente en contratos públicos de obras, servicios y suministros, por un período no inferior a cinco años, creando al efecto una estructura empresarial común.»

- 10 El artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 163/2006, en su versión vigente en la fecha de los hechos del litigio principal, disponía:

«[...] se prohíbe la participación de los consorcios estables y de sus miembros en el mismo procedimiento de licitación; en caso de incumplimiento de esta prohibición, se aplicará el artículo 353 del Código penal [...].»

- 11 El artículo 37, apartado 7, del citado Decreto Legislativo, en su versión vigente en la fecha de los hechos del litigio principal, establecía:

«[...] Los consorcios a los que se refiere el artículo 34, apartado 1, letra b), están obligados a señalar en la oferta los miembros por cuya cuenta el consorcio licita: dichos miembros no podrán participar, de ninguna otra forma, en la misma licitación. En caso de infracción, quedarán excluidos del procedimiento tanto el consorcio como la sociedad miembro del consorcio. En caso de incumplimiento de esta prohibición, se aplicará el artículo 353 del Código penal [...].»

- 12 De conformidad con el artículo 353 del Código Penal, el incumplimiento de la prohibición antes citada se castigará con penas de reclusión de hasta dos años, y en determinadas circunstancias, de hasta cinco años, y de multa.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 13 El Ayuntamiento de Milán, en el año 2007, licitó la adjudicación de un contrato de obras de «medidas de urgencia y racionalización en las oficinas del Registro Civil, lote V». El 27 de septiembre de 2007, el Ayuntamiento de Milán decidió excluir del procedimiento de adjudicación del contrato a Serrantoni, miembro del consorcio estable Consorzio stabile edili Srl, y a este consorcio, por infracción del artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 163/2006. El Ayuntamiento de Milán, basándose en dicha norma, acordó también dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal para que aplicara el artículo 353 del Código Penal y adjudicó el contrato a otra empresa.
- 14 Serrantoni y el consorcio estable al que pertenece recurrieron dicha decisión del poder adjudicador ante el tribunal remitente, alegando que el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 163/2006 es incompatible con el artículo 4 de la Directiva 2004/18, con los artículos 39 CE, 43 CE, 49 CE y 81 CE y con el principio de no discriminación.
- 15 El tribunal remitente, en primer lugar, subraya que la norma nacional controvertida en el litigio principal distingue entre consorcios estables, por una parte, y consorcios de cooperativas de producción y trabajo y consorcios de empresas artesanales, por otra. En cuanto a los primeros, se establece la prohibición absoluta, para el consorcio y para las sociedades que lo integran, de participar simultáneamente en la misma licitación mediante ofertas separadas, bajo pena de ser excluidos automáticamente y de sanciones penales. En cuanto a los segundos, esta prohibición se aplica únicamente al consorcio y a la sociedad por cuenta de la cual el consorcio ha presentado una oferta en la licitación en cuestión. Dicho órgano jurisdiccional señala que, en el litigio principal, el consorcio estable de que se trata no ha participado en la licitación por cuenta de Serrantoni.

- 16 A continuación, el tribunal remitente señala que las distintas formas de consorcio antes citadas no presentan entre ellas diferencias de finalidad ni de organización susceptibles de justificar tal desigualdad de trato. Todas estas formas de consorcio se caracterizan por la existencia de una estructura común, cuya finalidad es instaurar una cooperación entre las empresas miembros, destinada a reducir los gastos de gestión, a optimizar los resultados económicos de cada una de ellas y a incrementar la competitividad en materia de contratación pública. Se pregunta, pues, el tribunal remitente si tal diferencia de trato es compatible con el principio de no discriminación y con la exigencia comunitaria de garantizar la más amplia participación posible en los procedimientos de contratación pública.
- 17 También se pregunta el tribunal remitente si esta diferencia de trato es compatible con el artículo 4 de la Directiva 2004/18, en la medida en que la exclusión controvertida se debe únicamente a la forma jurídica de la entidad considerada, que es un consorcio estable, y con los artículos 39 CE, 43 CE, 49 CE y 81 CE. Según él, por añadidura, dicha discriminación reviste una importancia especial por el hecho de que la institución del consorcio está ampliamente prevista en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros y de que encuentra su síntesis a nivel comunitario en los grupos europeos de interés económico (GEIE).
- 18 Por último, el tribunal remitente señala que la prohibición absoluta controvertida se basa exclusivamente en un elemento formal, a saber, la participación de una sociedad en una cierta forma de consorcio. Según él, la norma controvertida no exige en absoluto una valoración específica de la recíproca influencia ejercida por el consorcio y por la empresa miembro, sino que, por el contrario, establece una presunción abstracta de interferencia recíproca. Así, afirma el citado órgano jurisdiccional, será aplicable dicha prohibición absoluta aun cuando el consorcio no participe en la licitación por cuenta de la sociedad considerada, no recurra a ella para ejecutar el contrato, ni llegue a un acuerdo con ella para presentar la oferta. Por consiguiente, se pregunta si dicha prohibición absoluta puede justificarse por una razón imperiosa de interés general para la salvaguarda de la regularidad de los procedimientos de contratación pública y si no sobrepasa ampliamente su finalidad.

19 Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Son contrarias a la correcta aplicación del artículo 4 de la Directiva 2004/18/CE las disposiciones nacionales del artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n° 163/2006 [...], que prevén:

— cuando un miembro de un consorcio participe en una licitación, la exclusión automática del consorcio por el mero hecho de revestir una determinada forma jurídica (la de consorcio estable) en lugar de otras formas jurídicas esencialmente idénticas (consorcio de cooperativas de producción y trabajo o consorcio de empresas artesanales),

— y al mismo tiempo, cuando un consorcio estable participe en una licitación y haya declarado que licita por cuenta de distintas empresas y que, en el caso de que se le adjudique el contrato, confiará las obras a distintas empresas, la exclusión automática de una empresa por el mero hecho formal de formar parte de ese consorcio?

2) ¿Son contrarias a la correcta aplicación de los artículos 39 CE, 43 CE, 49 CE y 81 CE las disposiciones nacionales del artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n° 163/2006 [...], que prevén:

- cuando un miembro de un consorcio participe en una licitación, la exclusión automática del consorcio por el mero hecho de revestir una determinada forma jurídica (la de consorcio estable) en lugar de otras formas jurídicas esencialmente idénticas (consorcio de cooperativas de producción y trabajo o consorcio de empresas artesanales),

- y al mismo tiempo, cuando un consorcio estable participe en una licitación y haya declarado que licita por cuenta de distintas empresas y que, en el caso de que se le adjudique el contrato, confiará las obras a distintas empresas, la exclusión automática de una empresa por el mero hecho formal de formar parte de ese consorcio?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

²⁰ Procede señalar, con carácter previo, que, tal y como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, el valor del contrato, cuyo procedimiento de adjudicación constituye el objeto del litigio principal, es claramente inferior al umbral fijado por el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18. En consecuencia, dicho contrato no entra dentro del ámbito de aplicación de los procedimientos previstos por dicha Directiva.

²¹ Sin embargo, procede señalar que el hecho de que el valor de un contrato no alcance el umbral previsto por la normativa comunitaria no significa que dicho contrato esté excluido completamente de la aplicación del Derecho comunitario.

- 22 En efecto, se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la adjudicación de un contrato cuyo valor no alcance dicho umbral, han de respetarse las normas fundamentales del Tratado y, en particular, el principio de igualdad de trato. El elemento distintivo con respecto a los contratos cuyo valor supere el umbral fijado por las disposiciones de la Directiva 2004/18 es que únicamente estos últimos se someten a los procedimientos concretos y rigurosos previstos por sus disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565, apartados 19 y 20).
- 23 El segundo considerando de la Directiva 2004/18, que dispone que la adjudicación de todos los contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de entidades que tengan la condición de poder adjudicador debe respetar las normas básicas del Tratado, en particular las relativas a la libre circulación de bienes y servicios y el derecho de establecimiento, y los principios fundamentales que se derivan de él, en concreto los de igualdad de trato, proporcionalidad y transparencia, confirma dicha interpretación.
- 24 Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación de las normas fundamentales y de los principios generales del Tratado a los procedimientos de adjudicación de los contratos cuyo valor es inferior al umbral de aplicación de las disposiciones comunitarias implica que dichos contratos presentan un interés transfronterizo cierto (sentencia SECAP y Santorso, antes citada, apartado 21 y jurisprudencia citada).
- 25 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha subrayado que corresponde al tribunal remitente llevar a cabo una valoración detallada de todos los elementos pertinentes del contrato controvertido, para comprobar la existencia de un interés transfronterizo cierto (sentencia SECAP y Santorso, antes citada, apartado 34). En el presente asunto, las respuestas a las cuestiones formuladas parten de la premisa, que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente, de que el contrato controvertido en el asunto principal conlleva un interés transfronterizo cierto.

Primera cuestión

- 26 Mediante esta cuestión, el tribunal remitente pregunta si debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2004/18 en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece la exclusión automática de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el procedimiento en cuestión, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas.
- 27 A este respecto, tal como se ha recordado en el apartado 20 de la presente sentencia, el contrato controvertido en el litigio principal no entra dentro del ámbito de aplicación de los procedimientos previstos por esta Directiva, habida cuenta de que su valor es inferior al umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18.
- 28 En consecuencia, no procede responder a la cuestión formulada por el tribunal remitente.

Segunda cuestión

- 29 Mediante esta cuestión, considerada a la luz de la petición de decisión prejudicial examinada en su conjunto, el tribunal remitente pregunta si los principios generales de igualdad de trato y de proporcionalidad derivados de los artículos 43 CE y 49 CE y los artículos 39 CE y 81 CE deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece la exclusión automática de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que

compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas.

- 30 En cuanto a los artículos del Tratado a los que se refiere el tribunal remitente, en primer lugar, procede declarar que la situación de exclusión controvertida en el litigio principal no guarda relación con la libre circulación de trabajadores, ni tampoco con los acuerdos entre empresas ni las decisiones de asociaciones de empresas, en el sentido de los artículos 39 CE y 81 CE. Por tanto, a la vista de tales artículos no es necesaria una respuesta del Tribunal de Justicia.
- 31 En cuanto a los principios de igualdad de trato y de transparencia, debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 44).
- 32 Los Estados miembros son los que mejor pueden determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que les son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que pueden suponer el menoscabo de dichos principios (véase la sentencia *Michaniki*, antes citada, apartado 56).
- 33 Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, apartado 47), las medidas adoptadas por los Estados miembros no deben exceder de lo necesario para alcanzar este objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias *Michaniki*, antes citada, apartados 48 y 61, y de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219, apartados 21 y 23).

- 34 En primer lugar, en cuanto a los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, procede señalar que la normativa controvertida en el litigio principal establece la exclusión automática de la participación en una licitación pública en el supuesto de ofertas simultáneas y competidoras presentadas por un establecimiento estable y por una o varias de las empresas que forman parte de él.
- 35 En este sentido, procede subrayar que la exclusión automática controvertida en el litigio principal se aplica únicamente a los consorcios estables y a las empresas que los integran, y no a las demás formas de consorcios, como los de cooperativas de producción y trabajo y los de empresas artesanales. En cuanto a estas últimas formas de consorcios, según el artículo 37, apartado 7, del Decreto Legislativo nº 163/2006, la exclusión se aplica sólo en caso de ofertas competidoras presentadas por el consorcio en cuestión y por aquellas de las empresas que lo integran y por cuenta de las cuales aquél haya presentado una oferta.
- 36 A este respecto, el tribunal remitente señala que todas estas formas de consorcios son esencialmente idénticas y no presentan entre ellas diferencias de finalidad ni de organización susceptibles de justificar una desigualdad de trato.
- 37 Ha lugar, pues, a declarar que la medida de exclusión automática controvertida en el litigio principal, que afecta únicamente a la forma del consorcio estable y a sus empresas miembros y que resulta de aplicación en caso de ofertas competidoras, independientemente de si el consorcio considerado participa o no en la licitación pública controvertida por cuenta y en interés de las empresas que han presentado una oferta, constituye un tratamiento discriminatorio en perjuicio de esta forma de consorcio y, por tanto, no es conforme con el principio de igualdad.
- 38 Procede añadir que, aun suponiendo que el trato controvertido se aplicase indistintamente a todas las formas de consorcios, o que el órgano jurisdiccional nacional declarase la existencia de elementos objetivos que puedan distinguir la situación de los consorcios estables de la de las demás formas de consorcios, una norma

de exclusión automática como la controvertida en el litigio principal no es, de todos modos, compatible con el principio de proporcionalidad.

- 39 En efecto, tal norma conlleva una presunción irrefutable de interferencia recíproca en los supuestos en que un consorcio y una o varias de las empresas que lo integren hayan presentado, en el mismo procedimiento de contratación pública, ofertas competidoras, aun cuando el consorcio en cuestión no haya intervenido en el procedimiento por cuenta y en interés de dichas empresas, sin que se les dé ni al consorcio ni a las empresas afectadas la posibilidad de probar que sus ofertas han sido elaboradas de manera totalmente independiente y que, en consecuencia, no existe riesgo de influir en la competencia entre los licitadores [véanse, en este sentido, en relación con los contratos públicos que entran, respectivamente, en el ámbito de aplicación de las Directivas 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y 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 L 209, p. 1), las sentencias, antes citadas, Michaniki, apartado 67, y Assitur, apartado 30].
- 40 Tal norma de exclusión sistemática, que conlleva también, para los poderes adjudicadores, una obligación absoluta de excluir a las entidades afectadas, incluso en los supuestos en que las relaciones entre estas últimas carezcan de repercusión en su comportamiento en los procedimientos en los que han participado, es contraria al interés comunitario de garantizar la participación más amplia posible de licitadores en una licitación y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia (véase, en este sentido, en relación con los contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, la sentencia Assitur, antes citada, apartados 26 a 29).
- 41 En segundo lugar, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios garantizada por estas disposiciones del Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de

14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02, Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica, C-433/04, Rec. p. I-10653, apartado 28).

- 42 Pues bien, como ha señalado pertinentemente la Comisión Europea, una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una medida de exclusión automática en perjuicio de los consorcios estables y de sus empresas miembros, puede ejercer una influencia disuasiva en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros, a saber, por una parte, los operadores que deseen establecerse en el Estado miembro afectado, creando un consorcio estable, constituido, en su caso, por empresas nacionales y extranjeras, y, por otra parte, aquéllos que se planteen adherirse a tales consorcios ya constituidos, para poder participar más cómodamente en procedimientos de contratación pública organizados por los poderes adjudicadores de dicho Estado miembro y poder ofrecer así más fácilmente sus servicios.
- 43 Semejante medida nacional, susceptible de tener un efecto disuasorio en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros, constituye una restricción en el sentido de los artículos 43 CE y 49 CE, (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 29), tanto más cuanto este efecto disuasorio se agrava por el riesgo que presentan las sanciones penales establecidas en la normativa nacional controvertida en el litigio principal.
- 44 Sin embargo, una restricción como la controvertida en el litigio principal puede justificarse, en su caso, en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que garantice la realización de éste y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.
- 45 Ahora bien, en el presente asunto, es obligado declarar que no se justifica la restricción controvertida, pese a su objetivo legítimo de luchar contra las potenciales colusiones entre el consorcio en cuestión y las empresas que lo integran, habida cuenta de que, tal y como se desprende de los apartados 38 a 40 de la presente sentencia, va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

46 Así pues, procede responder a la segunda cuestión que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece, en el procedimiento de adjudicación de un contrato público cuyo montante no alcanza el umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18, pero que reviste un interés transfronterizo cierto, la exclusión automática de la participación en dicho procedimiento y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas.

Costas

47 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, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece, en el procedimiento de adjudicación de un contrato público cuyo montante no alcanza el umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, letra c), 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, pero que reviste un interés transfronterizo

cierto, la exclusión automática de la participación en dicho procedimiento y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas.

Firmas