



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 6 de octubre de 2016*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos de obras — Directiva 2004/18/CE — Artículo 7, letra c) — Importe de los umbrales de los contratos públicos — Umbral no alcanzado — Ofertas anormalmente bajas — Exclusión automática — Facultad del poder adjudicador — Obligaciones del poder adjudicador resultantes de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios y del principio general de no discriminación — Contratos que pueden presentar un interés transfronterizo cierto»

En el asunto C-318/15,

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 29 de abril de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de junio de 2015, en el procedimiento entre

Tecnoedi Costruzioni Srl

y

Comune di Fossano,

con intervención de:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de Sala, y los Sres. C. Lycourgos, E. Juhász (Ponente) y C. Vajda y la Sra. K. Jürimäe, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

* Lengua de procedimiento: italiano.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y A. Tokár, en calidad de agentes;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE relativos, respectivamente, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como de los principios generales de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad.
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Tecnoedi Costruzioni Srl y el Comune di Fossano (Ayuntamiento de Fossano, Italia), en relación con la regularidad de la adjudicación definitiva, por parte de ese Ayuntamiento, de un contrato público de obras a Ge.Co. Italia SpA.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 El considerando 2 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), enuncia:

«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 [FUE] 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. [...]»

- 4 Con arreglo al artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, que lleva por título «Importes de los umbrales de los contratos públicos», en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011 (DO 2011, L 319, p. 43), aplicable *ratione temporis* al litigio principal, la Directiva se aplicará a los contratos públicos de obras cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA»), sea igual o superior a 5 000 000 de euros.

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 163/2006, por el que se crea el Código de los contratos públicos de obras, de servicios y de suministros, en aplicación de la

Directiva 2004/18), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006), dispone en su artículo 122, apartado 9, que lleva por título «Régimen específico para los contratos de obras públicas cuyo valor es inferior al umbral»:

«Para las obras por un importe inferior o igual a 1 millón de euros cuando el criterio de adjudicación sea el del precio más bajo, el poder adjudicador podrá prever en el anuncio la exclusión automática de las ofertas que presenten un porcentaje de rebaja igual o superior al umbral de anomalía determinado de conformidad con el artículo 86, en cuyo caso no se aplicará el artículo 87, apartado 1. No obstante, no podrá hacerse uso de esa facultad de exclusión automática cuando el número de ofertas admitidas sea inferior a diez, en cuyo caso se aplicará el artículo 86, apartado 3».

- 6 A tenor del artículo 86, apartado 3, del referido Decreto Legislativo:

«En cualquiera de los supuestos, los poderes adjudicadores podrán evaluar la idoneidad de todas las ofertas que, sobre la base de elementos específicos, parezcan anormalmente bajas».

- 7 El artículo 87, apartado 1, del mencionado Decreto Legislativo dispone:

«Cuando una oferta parezca anormalmente baja, el poder adjudicador solicitará al licitador los justificantes relativos a los componentes del precio que contribuyen a formar el valor global de base del contrato y, en caso de adjudicación sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, relativos a los demás criterios de apreciación de la oferta, con arreglo al artículo 88. No podrá decidirse la exclusión sin la citada comprobación adicional, tras un debate contradictorio».

- 8 El umbral de anomalía al que se refiere el artículo 122, apartado 9, del Decreto Legislativo n.º 163/2006, que concede a los poderes adjudicadores la facultad de excluir determinadas ofertas consideradas anormalmente bajas, se determina con arreglo a un cálculo matemático establecido en el artículo 86, apartado 1, del citado Decreto Legislativo.

- 9 El artículo 253, apartado 20 *bis*, de dicho Decreto Legislativo establece:

«Los poderes adjudicadores podrán aplicar hasta el 31 de diciembre de 2015 las disposiciones contempladas en el artículo 122, apartado 9, y en el artículo 124, apartado 8, para los contratos con un importe inferior a los umbrales establecidos en el artículo 28 [los umbrales previstos en el artículo 7 de la Directiva 2004/18 a efectos de la aplicación de ésta]».

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 10 Mediante anuncio publicado el 26 de junio de 2013, el Ayuntamiento de Fossano (provincia de Cuneo, Italia) convocó un procedimiento abierto de licitación que tenía por objeto la adjudicación del contrato de obras de ampliación y de renovación energética del jardín de infancia «Gianni Rodari», por un importe global de base de 1 158 899,97 euros. El criterio de adjudicación del contrato era el del precio más bajo. El pliego de condiciones del citado contrato preveía que «las ofertas anormalmente bajas se identificarán de forma automática» en el sentido del artículo 122, apartado 9, del Decreto Legislativo n.º 163/2006, cuando el número de ofertas válidas sea igual o superior a diez.
- 11 La comisión de adjudicación recibió 101 ofertas, de las que admitió 86. Durante la primera sesión pública de 24 de julio de 2013, dicha comisión excluyó automáticamente las ofertas que contenían una rebaja superior al umbral de anomalía calculado en virtud del artículo 86, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 163/2006.

- 12 Tecnoedi Costruzioni fue designada adjudicataria provisional, con una rebaja del 25,397 %. Posteriormente, durante la segunda sesión pública de 30 de julio de 2013, la comisión de adjudicación reexaminó de oficio la posición de dos operadores económicos competidores que habían sido excluidos erróneamente, a saber, las agrupaciones temporales de empresas Niccoli Costruzioni Srl y Selva Mercurio Srl, y declaró su admisión. Además, adjudicó el contrato provisionalmente a Ge.Co. Italia. A continuación, mediante resolución de 5 de septiembre de 2013, la comisión de adjudicación adjudicó definitivamente el contrato a esta última sociedad, que había presentado una oferta con una rebaja del 25,427 %.
- 13 Mediante su recurso, Tecnoedi Costruzioni solicitó la anulación de la resolución de 5 de septiembre de 2013, por la que se adjudicaba definitivamente el contrato a Ge.Co. Italia, y la anulación del acta de la sesión pública de 30 de julio de 2013, por la que se readmitía al procedimiento de adjudicación a las agrupaciones temporales de empresas Selva Mercurio y Niccoli Costruzioni y se adjudicaba temporalmente el contrato a Ge.Co. Italia. Con carácter subsidiario, la parte demandante en el litigio principal solicitó la anulación del pliego de condiciones por infracción del artículo 122, apartado 9, del Decreto Legislativo n.º 163/2006, en la medida en que, según dicho artículo, no se permite la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas para las obras de un importe superior a 1 millón de euros como sucede en el contrato objeto del litigio principal.
- 14 Habida cuenta de ese último motivo planteado por Tecnoedi Costruzioni, el órgano jurisdiccional remitente considera que procede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Haciendo referencia a la sentencia de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso (C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277), el órgano jurisdiccional remitente señala que la normativa nacional deja a la discreción ilimitada de los poderes adjudicadores la posibilidad de establecer, en el anuncio de licitación, el mecanismo de exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas, incluidas aquellas por un importe cercano al umbral previsto por las normas de Derecho de la Unión y, además, en presencia de una pequeña cantidad de ofertas admitidas, a saber, a partir de diez, sin tomar en consideración los elementos concretos que pueden demostrar la existencia de un interés transfronterizo cierto.
- 15 A su entender, dicha normativa nacional no obliga a los poderes adjudicadores a apreciar concretamente la existencia de un interés transfronterizo cierto de un contrato teniendo en cuenta las características propias de éste. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un interés transfronterizo cierto de un contrato puede resultar no sólo de su importancia económica, sino también de las características técnicas de las obras de que se trate y del lugar de su ejecución.
- 16 El órgano jurisdiccional remitente señala que, pese al hecho de que el contrato de obra de que se trata en el litigio principal tiene un importe aproximado de 1 158 899,97 euros, no puede excluirse la existencia de un interés transfronterizo cierto ya que Fossano se encuentra a menos de 200 kilómetros de la frontera franco-italiana y que, entre los competidores admitidos a la licitación, figuran varias empresas italianas establecidas en regiones que no son limítrofes, como el Lacio, situado a 600 kilómetros, o Campania, situada a alrededor de 800 kilómetros de Fossano. Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe un interés transfronterizo cierto sin que sea preciso que un operador económico manifieste efectivamente su interés (sentencia de 14 de noviembre de 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, apartado 31 y jurisprudencia citada).
- 17 El órgano jurisdiccional remitente añade que el artículo 253, apartado 20 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 163/2006 permite la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas incluso cuando se trata de contratos cuyo importe es ligeramente inferior al umbral previsto por las normas de Derecho de la Unión, sin ninguna justificación plausible por lo que respecta a la necesidad de una normativa transitoria tan prolongada.

- 18 En esas 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:

«¿Deben interpretarse los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y los principios de libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la actualmente en vigor en Italia, establecida en los artículos 122, apartado 9, y 253, apartado 20 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 163[/]2006, que excluye automáticamente las ofertas anormalmente bajas, en las licitaciones para la adjudicación de contratos públicos de obra por un importe inferior al umbral [previsto en el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18,] que presentan un interés transfronterizo?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 19 De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre adjudicación de los contratos públicos está no obstante sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277, apartados 20 y 21; de 11 de diciembre 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartados 45 y 46; de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, apartado 32, y de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 16).
- 20 Por lo que atañe a los criterios objetivos que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo cierto, el Tribunal de Justicia ya ha determinado que dichos criterios pueden ser, en particular, el importe de una cierta importancia del contrato de que se trata, en combinación con el lugar de ejecución de las obras o incluso las características técnicas de contrato y las características específicas de los productos de que se trata. En esas circunstancias, también puede tenerse en cuenta la existencia de denuncias presentadas por operadores situados en otros Estados miembros, siempre que se compruebe que éstas son reales y no ficticias (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277, apartado 31, y de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 20 y jurisprudencia citada).
- 21 El órgano jurisdiccional remitente parece considerar, por lo que respecta al contrato objeto del litigio principal, que no puede excluirse la existencia de un interés transfronterizo cierto, siendo un indicio en ese sentido el hecho de que Fossano está situado a menos de 200 kilómetros de la frontera franco-italiana y que entre los licitadores admitidos a participar en el procedimiento figuran varias empresas italianas establecidas en regiones situadas a 600, incluso a 800 kilómetros del lugar de ejecución de las obras.
- 22 A este respecto, procede señalar que la existencia de un interés transfronterizo cierto no puede deducirse hipotéticamente de determinados elementos que, considerados de una manera abstracta, pueden constituir indicios en ese sentido, sino que debe resultar de manera positiva de una apreciación específica de las circunstancias del contrato en cuestión. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente no puede limitarse a plantear al Tribunal de Justicia elementos que permitan no excluir la existencia de un interés transfronterizo cierto, sino que debe, por el contrario, proporcionar los datos que prueben su existencia.

- 23 Procede determinar que, en su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente no ha proporcionado ningún elemento que permita al Tribunal de Justicia disponer de información de ese tipo.
- 24 A este respecto, no está justificado considerar que un contrato de obras como el controvertido en el litigio principal, que tiene por objeto un importe que no alcanza ni siquiera el cuarto del umbral previsto por las normas de la Unión y cuyo lugar de ejecución está situado a 200 kilómetros de la frontera con otro Estado miembro, pueda presentar un interés transfronterizo cierto por el mero hecho de que un determinado número de ofertas hayan sido presentadas por empresas establecidas en el Estado miembro de que se trata y situadas a una distancia considerable del lugar de ejecución de las obras en cuestión.
- 25 En efecto, ese elemento es claramente insuficiente habida cuenta de las circunstancias del asunto principal y, en cualquier caso, no puede ser el único que ha de tomarse en consideración, ya que los potenciales licitadores procedentes de otros Estados miembros pueden hacer frente a obligaciones y cargas adicionales relativas, en particular, a la obligación de adaptarse al marco jurídico y administrativo del Estado miembro de ejecución y a exigencias lingüísticas.
- 26 En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia se ve imposibilitado para dar una respuesta útil a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente a efectos de resolver el litigio del que conoce, extremo que constituye el objetivo de la cooperación establecida en el artículo 267 TFUE.
- 27 De lo expuesto se deduce que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile.

Costas

- 28 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:

La petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Piamonte, Italia) mediante resolución de 29 de abril de 2015 es inadmisibile.

Firmas