

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)
de 19 de mayo de 2009*

En el asunto C-538/07,

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 14 de noviembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de diciembre de 2007, en el procedimiento entre

Assitur Srl

y

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

en el que participan:

SDA Express Courier SpA,

* Lengua de procedimiento: italiano.

Poste Italiane SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis y J. Malenovský, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;
Secretario: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 4 de diciembre de 2008;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Assitur Srl, por el Sr. S. Quadrio, avvocato;

- en nombre de la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, por el Sr. M. Bassani, avvocato;

- en nombre de SDA Express Courier SpA, por los Sres. A. Vallefucoco y V. Vallefucoco, avvocati;

- en nombre de Poste Italiane SpA, por la Sra. A. Fratini, avvocatessa;

- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. D. Kukovec y la Sra. D. Recchia, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de febrero de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 29, párrafo primero, 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 L 209, p. 1), así como de los principios generales de Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Assitur Srl (en lo sucesivo, «Assitur») y la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (Cámara de comercio, industria, artesanía y agricultura de Milán), relativo a la compatibilidad con las disposiciones y principios antes mencionados de una normativa nacional que prohíbe la participación, por separado y en competencia, en un mismo

procedimiento de adjudicación de contratos, a aquellas sociedades entre las que existe una relación de control o cuando una de ellas ejerce sobre las demás una influencia considerable.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 El artículo 29 de la Directiva 92/50, incluido en el capítulo 2 de la misma titulado «Criterios de selección cualitativa», dispone en su párrafo primero:

«Podrá ser excluido de la participación en un contrato todo prestador de servicios:

- a) que se encuentre en estado de quiebra o de liquidación, cuyos negocios se encuentren bajo administración judicial, que haya negociado un convenio con sus acreedores, que haya cesado en sus actividades empresariales o se encuentre en cualquier situación análoga de resultados de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;

- b) que esté sujeto a un procedimiento de quiebra o sea objeto de una orden de liquidación obligatoria, de administración judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;

- c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional;

- d) que haya cometido una falta profesional grave comprobada por cualquier medio que las entidades adjudicadoras puedan justificar;

- e) que no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de la cotización a la Seguridad Social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país de la entidad adjudicadora;

- f) que no haya cumplido sus obligaciones fiscales según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora;

- g) que oculte o falsee gravemente la información exigible en virtud de lo dispuesto en el presente capítulo.»

⁴ El artículo 3, apartado 4, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de

- pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa.»

Normativa nacional

- 5 El Derecho italiano se adaptó a la Directiva 92/50 mediante el Decreto legislativo n° 157, de 17 de marzo de 1995 (suplemento ordinario de la GURI n° 104, de 6 de mayo de 1995). Dicho Decreto legislativo no establece una prohibición de participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios para aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí.

- 6 El artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley n° 109, de 11 de febrero de 1994, Ley marco sobre contratos públicos de obras (GURI n° 41 de 19 de febrero de 1994; en lo sucesivo, «Ley n° 109/1994»), dispone:

«No podrán participar en una misma licitación aquellas empresas entre las que exista una de las formas de control previstas en el artículo 2.359 del Código Civil.»

- 7 El artículo 2.359 del Código Civil italiano, bajo el título «Sociedades controladas y sociedades vinculadas», establece:

«Se considerarán sociedades controladas:

- 1) las sociedades en las cuales otra sociedad posea la mayoría de los derechos de voto que se puedan ejercitar en las juntas generales ordinarias;
- 2) las sociedades en las que otra sociedad posea un número suficiente de derechos de voto para ejercer una influencia dominante en la junta general ordinaria;
- 3) las sociedades que se hallen bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de estipulaciones contractuales particulares pactadas con ésta.

En orden a la aplicación de los números 1 y 2 del párrafo primero, se tendrán también en cuenta los derechos de voto de las sociedades controladas, las sociedades fiduciarias y los intermediarios; no se tendrán en cuenta los derechos de voto ejercitados por cuenta de terceras personas.

Se considerarán sociedades vinculadas aquellas en las que una ejerce sobre las otras una influencia considerable. Se presumirá tal influencia cuando la sociedad pueda ejercitar por lo menos una quinta parte de los derechos de voto, o bien una décima parte si posee acciones cotizadas en Bolsa.»

8 Los procedimientos de licitación de contratos públicos de obras, servicios y suministro se rigen actualmente, en conjunto, por el Decreto legislativo n° 163, 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»). A tenor del artículo 34, último apartado, de dicho Decreto legislativo:

«Los licitadores entre los que exista una de las situaciones de control previstas en el artículo 2.359 del Código Civil no podrán tomar parte en el mismo procedimiento de licitación. Las entidades adjudicadoras también excluirán de los citados procedimientos a los licitadores cuyas ofertas, sobre la base de pruebas irrefutables, puedan atribuirse a un mismo centro de decisión.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 9 Mediante un anuncio de licitación de 30 de septiembre de 2003, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano inició un procedimiento abierto de adjudicación con el objetivo de adjudicar, sobre la base del criterio del precio más reducido posible, el servicio de correo, a saber, la recogida y distribución del correo y de documentos varios, por cuenta propia así como por la de su empresa Ced Camera, para el período de tres años comprendido entre 2004 y 2006. Dicho contrato ascendía a un importe de 530.000 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido.
- 10 Tras examinar los documentos presentados por los interesados, fueron admitidas a participar en la licitación SDA Express Courier SpA (en lo sucesivo, «SDA»), Poste Italiane SpA (en lo sucesivo, «Poste Italiane») y Assitur.
- 11 El 12 de noviembre de 2003, Assitur solicitó la exclusión de SDA y de Poste Italiane del procedimiento de licitación, debido a los vínculos existentes entre dichas sociedades.

- 12 A resultados de la investigación ordenada sobre este punto por la comisión adjudicadora se puso de manifiesto que todo el capital social de SDA era propiedad de Attività Mobiliari SpA, la cual pertenecía totalmente a Poste Italiane. No obstante, dado que el Decreto legislativo n° 157, de 17 de marzo de 1995, que regula los contratos de servicios, no establece ninguna prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a las empresas entre las que exista una relación de control, y que la investigación realizada no había revelado indicios graves y concordantes de que se hubiesen vulnerado, en el caso de autos, los principios de competencia y de secreto de las ofertas, la entidad adjudicadora decidió, mediante la resolución n° 712, de 2 de diciembre de 2003, adjudicar el contrato a SDA, que había presentado la oferta más baja.
- 13 Assitur solicitó la anulación de dicha resolución ante el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Alegó que la entidad adjudicadora debería haber excluido del procedimiento de adjudicación de contratos a las sociedades que se encontraban en una de las situaciones de control mencionadas en el artículo 2.359 del Código Civil italiano, en virtud artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley n° 109/1994, el cual es, a su juicio, igualmente aplicable a los contratos de servicios a falta de una normativa expresa diferente.
- 14 El órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley n° 109/1994, que rige específicamente los contratos públicos de obras, establece una presunción *iuris et de iure* de que la sociedad que ejerce el control conoce la oferta de la sociedad controlada. Así, a su juicio, el legislador no considera posible que los operadores económicos en cuestión puedan formular ofertas que cumplan con la independencia, seriedad y fiabilidad necesaria, puesto que están vinculados entre sí por una estrecha comunidad de intereses. Por tanto, dicha disposición prohíbe participar como competidoras en una misma licitación a las empresas entre las que exista tal relación, y cuando se constate tal participación, se excluirá obligatoriamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación. Dicho órgano jurisdiccional observa igualmente que en Derecho italiano el concepto de «empresa controlada» es análogo al de «empresa vinculada» cuya definición figura en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 93/37.
- 15 El órgano jurisdiccional remitente señala igualmente que la jurisprudencia italiana atribuye a una norma como la enunciada en el artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley n° 109/1994, el valor de norma de orden público de aplicación general. A su juicio, dicha

norma es, en realidad, la expresión de un principio general que va más allá del ámbito de las obras públicas y se extiende igualmente a los procedimientos de adjudicación en los sectores de los servicios y de suministro, a pesar de que no exista una disposición específica para estos últimos. Considera que el legislador confirmó este enfoque de la jurisprudencia mediante la adopción del artículo 34, último apartado, del Decreto legislativo n° 163/2006, que regula actualmente la contratación pública en su conjunto, si bien esta última normativa no es aplicable en el caso de autos *ratione temporis*.

- 16 Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si tal interpretación es compatible con el Derecho comunitario, y, en particular, con el artículo 29 de la Directiva 92/50, según fue interpretado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros (C-226/04 y C-228/04, Rec. p. I-1347, apartados 21 a 23). Indica que dicha disposición, que constituye la expresión del principio «*favor participationis*», a saber, del interés en que participe en una licitación el número más elevado posible de empresas, establece, según dicha sentencia, una lista taxativa de las causas de exclusión de la participación en un contrato público de servicios. Añade que entre dichas causas no figura el caso de las sociedades vinculadas entre sí por una relación de control o de influencia considerable.
- 17 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que el artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley n° 109/1994 constituye la expresión del principio de libre competencia, en la medida en que tiene como finalidad sancionar toda colusión de empresas en el marco de un procedimiento de licitación. En consecuencia, dicho artículo se adoptó, a su juicio, en estricta conformidad con el Tratado CE, en particular con los artículos 81 y siguientes del mismo, y no es realmente contrario al artículo 29 de la Directiva 92/50.
- 18 Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Al prever siete causas de exclusión de la participación en las licitaciones de contratos públicos de servicios, ¿establece el artículo 29 de la Directiva 92/50 [...] una lista taxativa de causas de exclusión y, por tanto, se opone a que el artículo 10, apartado 1 *bis*, de la Ley [n° 109/94] (actualmente sustituido por el artículo 34, último apartado, del

Decreto legislativo [nº 163/2006]) prohíba participar en la misma licitación a las empresas que se hallan en una relación de control?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 19 Para responder a esta cuestión, procede señalar que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las siete causas de exclusión de la participación de un empresario en un contrato público establecidas en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, se refieren a la honestidad profesional, a la solvencia o a la fiabilidad del interesado, es decir, a sus cualidades profesionales (véase, en este sentido, la sentencia *La Cascina* y otros, antes citada, apartado 21).
- 20 El Tribunal de Justicia ha señalado, en lo que respecta al artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, que enumera las mismas causas de exclusión que figuran en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, que la voluntad del legislador comunitario ha sido incluir en dicha disposición tan sólo las causas de exclusión relacionadas únicamente con las calidades profesionales de los interesados. En la medida en que se refiere a tales causas de exclusión, el Tribunal de Justicia considera que dicha enumeración es exhaustiva (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 42 y 43, así como jurisprudencia citada).
- 21 El Tribunal de Justicia añade que dicha enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia *Michaniki*, antes citada, apartados 44 a 48, y la jurisprudencia citada).

- 22 Resulta evidente que una medida legislativa nacional como la controvertida en el litigio principal tiene como objetivo evitar toda colusión potencial entre los participantes en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos y garantizar la igualdad de trato de los candidatos y la transparencia del procedimiento.
- 23 Por lo tanto, procede considerar que el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- 24 De ello se desprende que la conformidad con el Derecho comunitario de la normativa nacional controvertida en el asunto principal debe examinarse, además, con respecto al principio de proporcionalidad.
- 25 A este respecto procede recordar que las normas comunitarias relativas a la adjudicación de contratos públicos se adoptaron en el marco de la realización del mercado interior, en el que esté garantizada la libre circulación y se eliminen las restricciones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 2).
- 26 En el contexto de un mercado interior único y de competencia efectiva, redundante en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación.
- 27 De la resolución de remisión se desprende que la disposición controvertida en el litigio principal, redactada en términos claros e imperativos, establece, para las entidades adjudicadoras, una obligación absoluta de excluir de un procedimiento de adjudicación

de contratos a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia cuando dichas empresas están vinculadas entre sí mediante relaciones de control como las previstas en la normativa nacional controvertida en el litigio principal.

28 Sin embargo, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario.

29 Por lo tanto, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

30 Tal normativa, basada en una presunción *iuris et de iure* según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I-1559, apartados 33 y 35, así como Michaniki, antes citada, apartado 62).

31 Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades

económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.

32 En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos.

33 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada:

- el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, y

- el Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

Costas

- ³⁴ 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 artículo 29, párrafo primero, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

El Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

Firmas