

Asunto C-219/09**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

11 de marzo de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lacio, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

16 de enero de 2019

Parte recurrente:

Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura

Partes recurridas:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerio de Infraestructuras y Transportes)

Autorità nazionale anticorruzione (Autoridad Nacional Anticorrupción — ANAC)

Objeto del procedimiento principal

Recurso de anulación de la resolución mediante la cual se denegó a la fundación recurrente su inclusión en la lista nacional de entidades que pueden participar en las licitaciones para la adjudicación, por las administraciones locales, de servicios relativos a la sismología y a la clasificación del territorio en función del riesgo sísmico, comprendidos en la categoría de «servicios de arquitectura e ingeniería».

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La compatibilidad con la Directiva 2014/24/UE de una normativa nacional que limita los operadores económicos que pueden participar en licitaciones para la adjudicación de determinados servicios (en el caso de autos, «servicios de arquitectura e ingeniería»), sobre la base de su forma jurídica (en el caso de autos,

exclusión de entidades que no tienen ánimo de lucro y que no están constituidas según determinadas formas societarias).

Artículo 267 TFUE, párrafo segundo.

Cuestión prejudicial

«¿Se opone el considerando 14 de la Directiva 2014/24/UE, en relación con los artículos 19, apartado 1, y 80, apartado 2, de la misma Directiva, a una disposición como el artículo 46 del Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, mediante el cual Italia ha adaptado su ordenamiento jurídico a las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, que únicamente permite que participen en las licitaciones para la adjudicación de «servicios de arquitectura e ingeniería» los operadores económicos constituidos según las formas jurídicas indicadas en él, lo cual tiene como efecto excluir de la participación en dichas licitaciones a los operadores económicos que presten dichos servicios bajo una forma jurídica distinta?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Considerando 14, artículo 19, apartado 1, y artículo 80, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 — Codice dei contratti pubblici (Código de Contratos Públicos)

– artículo 3, apartado 1, letra p), que define como «operador económico» a una persona física o jurídica, una entidad pública, una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, o un ente sin personalidad jurídica, incluidas las agrupaciones europeas de interés económico (AEIE), que ofrezca en el mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

– artículo 3, apartado 1, letra vvvv), que define como «servicios de arquitectura e ingeniería y otros servicios técnicos» los servicios reservados a operadores económicos que ejerzan una profesión regulada en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2005/36/CE.

– artículo 45, apartado 1, a tenor del cual «serán admitidos a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos los operadores económicos mencionados en el artículo 3, apartado 1, letra p), así como los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros, constituidos de conformidad con la legislación en vigor en los respectivos países. Los operadores económicos y

las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las agrupaciones temporales, que, en virtud de la normativa del Estado miembro de establecimiento, estén autorizados para realizar la prestación objeto del procedimiento de adjudicación podrán participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos aun cuando no revistan la forma de personas físicas o personas jurídicas exigidas por el presente Código.».

- artículo 46, apartado 1, en virtud del cual podrán participar en los procedimientos de adjudicación de servicios de arquitectura e ingeniería:
- los profesionales individuales o asociados, las sociedades de profesionales en las formas de sociedades personalistas o de sociedades cooperativas, las sociedades de ingeniería, en las formas de sociedad de capital, los grupos, las AEIE y las agrupaciones temporales de dichos sujetos que operen en el mercado y cuya actividad consista en la prestación en el ámbito público o privado de servicios de ingeniería y de arquitectura y de las actividades técnico-administrativas a estos vinculadas;
- los proveedores de servicios de ingeniería y de arquitectura identificados con los códigos CPV 74200000-1 a 74276400-8 y 74310000-5 a 74323100-0 y 74874000-6 establecidos en otros Estados miembros y constituidos de conformidad con la legislación en vigor en los respectivos países;
- las agrupaciones temporales constituidas por los sujetos mencionados *supra*.
- Decreto del Ministro de Infraestructuras y Transportes n.º 263, de 2 de diciembre de 2016, artículos 3 y 6, relativos a la regulación de los requisitos para la inclusión en la lista nacional de sujetos que pueden participar en las licitaciones para la adjudicación de servicios de arquitectura e ingeniería.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La recurrente es una fundación, entidad de Derecho privado sin ánimo de lucro, que, recurriendo a personal altamente cualificado, gestiona un observatorio de sismología para el registro de la actividad sísmica y desarrolla actividades de zonificación del territorio y de prevención del riesgo sísmico, en colaboración con el Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (Instituto Nacional de Geofísica y Vulcanología) y con diversas universidades, actividades que también pone al servicio de diversos entes locales.
- 2 El 25 de enero de 2018, con el propósito de participar en licitaciones de contratos públicos para la adjudicación del servicio de zonificación sísmica del territorio, solicitó a la Autorità nazionale anticorruzione (Autoridad Nacional Anticorrupción; en lo sucesivo, «ANAC») su inscripción en la lista nacional de entidades admitidas a participar en las licitaciones para la adjudicación de «servicios de arquitectura e ingeniería», categoría en la que quedan comprendidas sus actividades.

- 3 Mediante resolución de 15 de febrero de 2018, la ANAC desestimó la solicitud, por considerar que la recurrente, en su condición de fundación sin ánimo de lucro, no queda comprendida en el concepto de «operadores económicos» a los que pueden adjudicarse servicios de arquitectura e ingeniería en el sentido del artículo 46, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 50/2016 y del artículo 6 del Decreto Ministerial n.º 263/2016.
- 4 La recurrente ha impugnado la citada resolución ante el órgano jurisdiccional remitente, invocando la falta de conformidad de la normativa italiana con el Derecho de la Unión Europea.

Breve exposición de la motivación de la petición de decisión prejudicial

- 5 El órgano jurisdiccional remitente observa en primer lugar, con carácter general, que, en cuanto atañe al concepto de «operador económico» a efectos de la adjudicación de cualquier contrato público, el Tribunal de Justicia ha declarado que:
 - «las disposiciones de la Directiva 2004/18 [actualmente sustituida por la Directiva 2014/24/UE] y, en particular, su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, que se refieren al concepto de “operador económico”, deben interpretarse en el sentido de que permiten participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, no disponen de una estructura organizativa empresarial y no garantizan una presencia regular en el mercado, como las universidades y los institutos de investigación, así como los consorcios constituidos por universidades y administraciones públicas» (apartado 45 de la sentencia de 23 de diciembre de 2009, asunto C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807);
 - «la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe participar a las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato» (apartado 51 de la sentencia antes citada).
- 6 Estos principios han sido recogidos por el legislador italiano en el artículo 45 del Decreto Legislativo n.º 50/2016, que contiene una amplia definición general del concepto de «operador económico», que puede incluir en sentido abstracto a las entidades sin ánimo de lucro, como la recurrente.
- 7 No obstante, el artículo 46 de ese mismo Decreto Legislativo establece que en las licitaciones para la adjudicación de los servicios de arquitectura e ingeniería únicamente se admitirá la participación de los profesionales-personas físicas inscritos en los correspondientes colegios profesionales, las sociedades de ingeniería o las sociedades constituidas por dichos profesionales, en el

entendimiento de que debe tratarse de sociedades con ánimo de lucro constituidas de conformidad con el libro V del Codice civile (Código Civil italiano), o, incluso, las agrupaciones europeas de interés económico (AEIE), las agrupaciones temporales o los consorcios estables, siempre que estén constituidos por las citadas sociedades de ingeniería o sociedades reguladas en el libro V del Código Civil italiano.

- 8 En tal contexto normativo, quedan formalmente excluidas de la participación en las licitaciones de que se trata las entidades sin ánimo de lucro, como las fundaciones, reguladas en el libro I del Código Civil. Esta exclusión viene confirmada por el Decreto Ministerial n.º 263/2016, el cual, al regular las modalidades y requisitos de inclusión en la lista nacional de los sujetos que pueden participar en las licitaciones para la adjudicación de servicios de arquitectura e ingeniería, menciona exclusivamente los enumerados en el artículo 46 del Decreto Legislativo n.º 50/2016.
- 9 El órgano jurisdiccional remitente señala que, de tal modo, el legislador italiano ha establecido para este tipo de contratos públicos una «regulación especial», caracterizada por hacer referencia a un concepto de «operador económico», licitador potencial, más restringido que el generalmente aplicable en materia de contratación pública.
- 10 Dicho esto, se pregunta si el principio expresado por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto C-305/08, e incorporado a la norma nacional de alcance general, debe aplicarse siempre de forma automática o si, en cambio, pueden establecerse excepciones en casos específicos.
- 11 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente observa, en primer lugar, que el tenor literal de los artículos 19, apartado 1, y 80, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE, el último relativo a la adjudicación de servicios de proyectos, parece permitir, siquiera implícitamente, que los Estados miembros limiten la participación en las licitaciones únicamente a las personas físicas o a determinadas personas jurídicas, en el bien entendido de que, en tal caso, el operador económico extranjero autorizado en su propio país a realizar la prestación objeto de la licitación bajo una forma jurídica distinta deberá ser admitido en la licitación.
- 12 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la limitación establecida por el legislador italiano, sobre la que versa el procedimiento principal, puede estar justificada por el carácter especialmente delicado de los servicios en cuestión, la elevada profesionalidad exigida para garantizar la calidad de los mismos y la presunción de que las entidades que prestan tales servicios de forma continuada y con carácter profesional y remunerado ofrecen por regla general mayor fiabilidad gracias a una práctica continua y a la actualización profesional.
- 13 En tercer lugar, en cuanto a la existencia de un interés transfronterizo a efectos de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente

señala que, ciertamente, los operadores económicos que proceden de un Estado miembro distinto pueden participar en las licitaciones para la adjudicación de los servicios en cuestión aunque no revistan una de las formas jurídicas previstas en el artículo 46 del Decreto Legislativo n.º 50/2016, en virtud de la cláusula general contenida en el artículo 45 del citado Decreto Legislativo, según el cual «*los operadores económicos y las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las agrupaciones temporales, que, en virtud de la normativa del Estado miembro de establecimiento, estén autorizados para realizar la prestación objeto del procedimiento de adjudicación podrán participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos aun cuando no revistan la forma de personas físicas o personas jurídicas exigidas por el presente Código*».

- 14 No obstante, ha de considerarse, por un lado, que los operadores económicos extranjeros podrían sentirse obligados, con el fin de competir en este tipo de licitaciones convocadas por un poder adjudicador italiano, a establecerse previamente en Italia, asumiendo una de las formas jurídicas indicadas en el artículo 46 y, por otro lado, que la exclusión de ciertos operadores económicos nacionales de la licitación podría crear un efecto de distorsión de la competencia respecto a un tipo de servicios de notable interés también para los operadores económicos extranjeros, sobre todo si se tiene en cuenta que el importe a partir del cual la licitación reviste una dimensión europea es relativamente moderado (puede ir de 135 000,00 EUR a 209 000,00 EUR, en función de si el poder adjudicador pertenece a la Administración central o no).
- 15 Por lo demás, en el caso examinado por el Tribunal de Justicia en la citada sentencia C-305/08, la disposición italiana controvertida (el artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 163/2006) tampoco establecía limitación alguna a la participación de operadores económicos extranjeros, siempre que estuvieran constituidos conforme a la legislación del Estado de procedencia. De hecho, esta norma impedía únicamente a los operadores económicos italianos, constituidos según formas jurídicas distintas de las indicadas en la norma, la participación en licitaciones para la adjudicación de contratos públicos. Entre otros aspectos, el Tribunal de Justicia no consideró pertinente, a efectos de considerarse competente para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial, el importe de los servicios objeto de la licitación, que ni siquiera aparece mencionado en la sentencia.
- 16 En cuarto y último lugar, en lo tocante a la pertinencia de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente observa que, dado que la resolución impugnada se basa en la limitación *ex lege* de las entidades que pueden ser inscritas en la lista nacional de operadores a fin de participar en las licitaciones para la adjudicación de servicios de arquitectura e ingeniería, resulta decisivo saber si dicha limitación es compatible con el Derecho de la Unión, como sostiene el órgano jurisdiccional remitente, o bien si no lo es, en cuyo caso este último debería anular la resolución impugnada, con la consiguiente inscripción de la recurrente en la citada lista.