

Asunto C-416/21

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:

7 de julio de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Bayerisches Oberstes Landesgericht ((Tribunal Supremo Regional de lo Civil y Penal de Baviera, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

24 de junio de 2021

Parte demandada y recurrente:

Landkreis A.-F.

Partes demandantes y recurridas:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Objeto del procedimiento principal

Recurso contra la exclusión de dos licitadores vinculados entre ellos de un procedimiento de contratación pública por violar el carácter confidencial de las ofertas y por falsear la competencia

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación 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; artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Debe interpretarse el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE en el sentido de que el poder adjudicador ha de tener indicios suficientemente plausibles de que los operadores económicos han violado el artículo 101 TFUE?
2. ¿Debe interpretarse el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE como una regulación exhaustiva de los motivos de exclusión facultativos en el sentido de que el principio de igualdad de trato (artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva) no puede oponerse a la adjudicación de un contrato en caso de que se hayan presentado ofertas que no son autónomas ni independientes?
3. ¿Debe interpretarse el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE en el sentido de que se opone a la adjudicación de un contrato a empresas que constituyen una unidad económica y que han presentado cada una de ellas una oferta?

Solamente en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial será necesario responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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 (DO 2014, L 94, p. 65): Artículos 18, apartado 1, y 57, apartado 4

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las Restricciones de la Competencia; en lo sucesivo, «GWB»), artículos 1, 97 y 124:

Artículo 1 Prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia

Están prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia.

Artículo 97 Principios relativos a la adjudicación

1. Los contratos públicos y las concesiones públicas se adjudicarán por concurso y mediante procedimientos transparentes. A tal efecto, se respetarán los principios de eficiencia económica y proporcionalidad.
2. Los participantes en un procedimiento de contratación pública serán tratados con igualdad, a menos que la presente ley exija o permita expresamente un trato desigual.

Artículo 124 Motivos de exclusión facultativos

1. Respetando el principio de proporcionalidad, los poderes adjudicadores podrán excluir en todo momento a una empresa de la participación en un procedimiento de contratación pública cuando:

[...]

2. [...] se haya solicitado o abierto un procedimiento de insolvencia o un procedimiento similar relativo a los activos de la empresa, [...]

3. se haya demostrado que la empresa ha cometido una falta grave en el marco de su actividad que pone en entredicho la integridad de la empresa; [...]

4. el poder adjudicador disponga de indicios suficientemente plausibles para concluir que la empresa ha celebrado acuerdos con otras empresas o sigue prácticas concertadas con el propósito o el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia,

[...]

8. la empresa haya incurrido en falsedad grave o haya ocultado información en lo que respecta a los motivos de exclusión o a los criterios de selección [...]

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

1 El demandado, un Landkreis (distrito), tiene la intención de adjudicar los servicios de transporte público en autobús mediante un procedimiento abierto. El valor estimado del contrato supera el umbral previsto en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2014/24. Según el anuncio de licitación, el precio no es el único criterio de adjudicación y no se admiten variantes/ofertas alternativas.

2 Se recibieron varias ofertas en el plazo señalado, incluidas las de ambas partes demandantes. El primer demandante es un comerciante que opera con el nombre de su empresa inscrita en el registro mercantil y la segunda demandante es una sociedad de responsabilidad limitada de la que el primer demandante es el administrador y único socio. Por resolución de 1 de noviembre de 2019 se inició un procedimiento de insolvencia respecto del patrimonio del primer demandante. Mediante escrito de 1 de diciembre de 2019, el administrador concursal autorizó que el primer demandante continuara con la explotación de su actividad por cuenta propia. Las ofertas de ambos demandantes, de 27 de febrero de 2020, fueron presentadas por la misma persona, siendo señalado como declarante en ambos casos el primer demandante. En su oferta, el primer demandante declaró, entre otras cosas, que no se había solicitado ni abierto un procedimiento de insolvencia respecto del patrimonio del empresario.

- 3 El 2 de abril de 2020, ambos demandantes fueron informados de que sus ofertas habían sido excluidas por violar el carácter confidencial de las ofertas y por falsear la competencia, ya que habían sido preparadas por la misma persona.
- 4 Los dos demandantes recurrieron ante la Vergabekammer (Cámara de contratación pública), que estimó su recurso. El demandado interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente contra la decisión de la Vergabekammer.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 5 Los demandantes afirman que no se ha violado el carácter confidencial de las ofertas ni se ha falseado la competencia. Aducen que, debido al amplio poder de dirección del primer demandante y al control total de este sobre la segunda demandante, constituyen una única empresa y no compiten entre ellos, de modo que no se puede restringir o falsear una competencia que no existe. Argumentan que las normas sobre competencia del artículo 97, apartado 1, de la GWB no son aplicables a las empresas que constituyen una unidad económica. Entienden que sus ofertas deben considerarse como varias ofertas (principales) de un mismo licitador, lo cual, en el presente caso, no se excluye por la documentación de la licitación. Consideran que el peligro de distorsión de la competencia no existe en una situación como la presente y, en cualquier caso, no es problemático que las ofertas difieran no solo en el precio, sino también en cuanto a sus elementos fácticos y técnicos. Aseguran que este requisito se cumple en el presente caso, ya que sus ofertas contienen diferentes combinaciones de vehículos.
- 6 Los demandantes se acogen, en particular, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). Afirman que en dicha sentencia el Tribunal de Justicia diferenció claramente dos grupos de supuestos. Destacan que solo en el segundo supuesto, en el que las empresas implicadas no constituían una unidad económica, el Tribunal de Justicia (apartado 29) señaló que el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 sería vulnerado si se admitiese que los licitadores pudiesen presentar ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores. Interpretan el añadido de que no es necesario examinar si la presentación de tales ofertas constituye también un comportamiento contrario al artículo 101 TFUE en el sentido de que subraya expresamente que todas las apreciaciones del apartado 29 solo se aplican en caso de que no exista una unidad económica.
- 7 En el presente caso, los demandantes aseguran que constituían una unidad económica y que no habían obtenido una ventaja injustificada. Alegan que del principio de igualdad de trato, según el cual las situaciones desiguales deben ser tratadas de un modo desigual, resulta que no se puede excluir a los licitadores en el caso de una concertación permitida.

- 8 El demandado alega, en particular, que la normativa sobre contratación pública tiene por objeto garantizar una verdadera competencia entre los licitadores que participan en un procedimiento de contratación, los cuales tienen derecho a que las ofertas sean presentadas ignorando las ofertas de los demás competidores. Si se vulnera este principio cuando dos licitadores constituyen una unidad económica, no se tendría en cuenta los intereses de los demás licitadores. Considera el demandado que los licitadores que constituyen una unidad económica se verían favorecidos frente a los demás licitadores sin una base jurídica válida, lo que conduciría a una violación del principio de igualdad de trato y a afectar o falsear la competencia que se pretende proteger. Esto se debe a que, a su juicio, estas empresas que forman una unidad económica, al constituir formalmente dos entidades jurídicas diferentes, podrían obtener una ventaja, por ejemplo, al participar en la licitación mediante ofertas concertadas acreditando diferentes requisitos de selección. Argumenta que si un licitador de la unidad económica es excluido por incumplir los requisitos de selección, el otro licitador de la unidad económica continuará compitiendo con la oferta concertada entre estos licitadores. Señala que en el caso de los acuerdos y las prácticas concertadas a los que se refiere el artículo 124, apartado 1, punto 4, de la GWB no se trata únicamente de proteger la competencia entre las empresas que participan en dichos acuerdos y prácticas concertadas.
- 9 Afirma que el punto de vista de los demandantes tampoco se ve respaldado por la sentencia *Specializuotas transportas*, pues según dicha sentencia la violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia se opone a la adjudicación del contrato a los demandantes. Argumenta que, en cualquier caso, se trata de un caso de presentación de una doble oferta, que es inadmisibles.

Breve exposición de la motivación de la petición de decisión prejudicial

- 10 A tenor del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia. Según la primera frase del considerando 101 de dicha Directiva, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables debido a que han cometido alguna falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia.
- 11 Al transponer la disposición mencionada, el legislador alemán recogió en el artículo 124, apartado 1, punto 4, de la GWB la redacción de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia del artículo 1 de la GWB, que se corresponde en gran medida con la del artículo 101 TFUE.

- 12 El artículo 101 TFUE no es aplicable cuando los acuerdos o prácticas que prohíbe son ejecutados por empresas que constituyen una unidad económica (sentencias del Tribunal de Justicia *Specializuotas transportas*, apartado 28 y jurisprudencia citada, y de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, apartado 11).
- 13 En opinión de la Sala, los demandantes constituyen una unidad económica en ese sentido. Dos operadores económicos deben considerarse una unidad económica, es decir, como una sola empresa en el sentido del artículo 101 TFUE, si la filial, aunque tenga personalidad jurídica distinta, no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica esencialmente las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, apartado 31, y de 24 de junio de 2015, *Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P y C-294/13 P, EU:C:2015:416, apartado 75 y jurisprudencia citada). El hecho de que la «matriz» en este caso no sea una sociedad, sino un empresario individual registrado, no conduce a una apreciación diferente.
- 14 En este contexto, la Sala considera que se suscita la cuestión de si el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que el poder adjudicador ha de tener indicios suficientemente plausibles de que se ha violado el artículo 101 TFUE.
- 15 La Sala entiende que la primera cuestión prejudicial debe responderse afirmativamente, ya que el considerando 101 de la citada Directiva menciona las infracciones de las normas sobre competencia.
- 16 En opinión de la Sala, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 no puede interpretarse en el sentido de que también los licitadores vinculados entre ellos, que constituyan una unidad económica y que presenten ofertas concertadas, pueden ser excluidos en virtud de esta disposición. Antes bien, la violación del carácter confidencial de las ofertas puede justificar una exclusión en virtud de dicha norma solo si se viola una norma antimonopolio; no podrá considerarse esta posibilidad si las empresas de que se trate están amparadas por el llamado «privilegio de grupo de empresas» de la legislación antimonopolio.
- 17 En estas circunstancias, a juicio de la Sala, tampoco cabe considerar una exclusión por falta profesional grave [artículo 57, apartado 4, letra c), de la Directiva 2014/24], que menciona la doctrina como supuesto de hecho residual.
- 18 Es cierto que en el caso de los licitadores que constituyen una unidad económica, cuando cada uno de ellos presenta una oferta, pueden obtener así ventajas injustificadas frente a los demás licitadores. En efecto, frente a un licitador que presenta varias ofertas principales, los licitadores que constituyen una unidad económica y que presentan cada uno de ellos una oferta, en lo que respecta a los

motivos de exclusión y los criterios de selección referidos al licitador, tienen mayores posibilidades de obtener la adjudicación. Así, por ejemplo, en el presente caso, en lo que respecta a la apertura del procedimiento de insolvencia, se debate la exclusión del primer demandante en virtud del artículo 124, apartado 4, puntos 2 u 8, de la GWB, mientras que la oferta del segundo demandante, concertada con el primer demandante continuaría siendo objeto de valoración, sin perjuicio de la exclusión en virtud de otra norma. Sin embargo, en opinión de la Sala, este aspecto debe tenerse en cuenta en relación con la segunda cuestión prejudicial.

- 19 Las cuestiones prejudiciales segunda y tercera se plantean por las dudas de la Sala sobre si la enumeración de motivos de exclusión facultativos del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 se opone a que se recurra al principio de igualdad de trato para justificar que las ofertas presentadas por dos licitadores que constituyen una unidad económica no se tengan en cuenta por violar el carácter confidencial de las ofertas.
- 20 Con la segunda cuestión prejudicial se pretende que se dilucide si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartados 44 y 45) puede aplicarse al artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24.
- 21 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de la Directiva 2004/18, el artículo 2 de esta debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adjudicación a licitadores cuyos vínculos entre sí hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento. Las ofertas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí (sentencia Specializuotas transportas, apartados 38 y 39). La Sala entiende que esto significa que el poder adjudicador —a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 («podrán») — no tiene ningún margen de apreciación según esta jurisprudencia.
- 22 Sin embargo, la exclusión —basada en los principios generales del artículo 97, apartados 1 y 2, de la GWB— solo puede plantearse en casos como el presente si la enumeración de motivos de exclusión facultativos que figura en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 no tiene un carácter exhaustivo que se oponga a la exclusión.
- 23 Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que la enumeración exhaustiva que figura en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de las causas de exclusión basadas en criterios relacionados con la falta de aptitud profesional, no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de adoptar normas materiales para garantizar, en particular, que se respeta, en el sector de los contratos públicos, tanto el principio de igualdad de trato como el consiguiente principio de transparencia, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de estos contratos (sentencia Michaniki, apartados 44 y 45). Asimismo, ha resuelto que el principio

de igualdad de trato previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 sería vulnerado si se admitiese que los licitadores pudiesen presentar ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores (sentencia *Specializuotas transportas*, apartado 29), a pesar de que el artículo 45, apartado 2, de dicha Directiva también contenía una lista de motivos de exclusión facultativos. Por último, el Tribunal de Justicia se ha referido a esta jurisprudencia en una petición de decisión prejudicial relativa a la Directiva 2014/24 (sentencia de 11 de julio de 2019, *Telecom Italia*, C-697/17, EU:C:2019:599, apartados 51 y 52).

- 24 Sin embargo, las dudas de la Sala que justifican la cuestión prejudicial se derivan de la sistemática de la normativa. En efecto, ni el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 ni el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 prevén motivos de exclusión correspondientes a las letras e) y f) del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24, que no están vinculados a un incumplimiento de obligaciones por parte de la empresa, sino a un conflicto de intereses y a un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de la empresa. Por ello, se argumenta en la doctrina que el legislador de la Unión, al adoptar la Directiva 2014/24 también ha regulado de forma exhaustiva las exclusiones por razones de igualdad de trato y transparencia. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha deducido de los principios de igualdad de trato y de transparencia que el poder adjudicador está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses (sentencia de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 43). En los artículos 57, apartado 4, letra f), y 41 de la Directiva 2014/24, el legislador de la Unión ha acogido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, también basada en el principio de igualdad de trato, relativa a las personas que ya participaron en la preparación del procedimiento de licitación (sentencia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 26 y ss.). Sin embargo, atendiendo a la importancia del principio de igualdad de trato subrayada por el Tribunal de Justicia y a las obligaciones que de él se derivan para los poderes adjudicadores, la Sala considera que, con independencia de la ampliación de la lista de motivos de exclusión facultativos del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24, el principio de igualdad de trato continúa impidiendo que se tengan en cuenta ofertas presentadas por empresas vinculadas que no son ofertas autónomas ni independientes. Aun cuando deba tenerse en cuenta que, según el considerando 101 de la Directiva 2014/24, al aplicar los motivos de exclusión —solamente— facultativos, los poderes adjudicadores han de prestar especial atención al principio de proporcionalidad, la Sala se inclina por responder negativamente a la segunda cuestión prejudicial.
- 25 El hecho de que la jurisprudencia nacional considere que las disposiciones nacionales relativas a los motivos de exclusión obligatorios y facultativos son exhaustivas atendiendo a la sistemática de la ley, a juicio de la Sala, se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia *Michaniki*, apartado 43) y no se

opone a que se recurra al principio de igualdad de trato para justificar la no consideración de las ofertas presentadas por dos licitadores cuyas ofertas están concertadas o coordinadas entre sí.

- 26 La tercera cuestión prejudicial tiene por objeto que se determine si la sentencia *Specializuotas transportas*, que se refiere expresamente a licitadores vinculados entre sí que no constituyen una unidad económica y según la cual las ofertas deben presentarse de forma autónoma e independiente, es aplicable a las ofertas presentadas por licitadores que constituyen una unidad económica.
- 27 En opinión de la Sala, el principio de igualdad de trato se opone con mayor razón a la adjudicación de un contrato a licitadores que constituyen una unidad económica y no pueden presentar ofertas autónomas ni independientes. No sería lógico poder adjudicar el contrato a empresas vinculadas que no constituyen una unidad económica con la única condición de que sus ofertas sean efectivamente autónomas e independientes, mientras que sí se les podría adjudicar sin más a las empresas que constituyen una unidad económica y, por tanto, no pueden cumplir esta condición.
- 28 En consecuencia, la Sala propone que se responda afirmativamente a la tercera cuestión prejudicial.

DOCUMENTO DE TRABAJO