

Asunto C-53/22

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:

26 de enero de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lombardía, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

7 de enero de 2022

Parte demandante:

VZ

Parte demandada:

CA

Otras partes en el procedimiento:

RT, BO, Regione Lombardia, Regione Liguria

Objeto del procedimiento principal

Denegación de la anulación de la adjudicación de un contrato público.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

1) ¿Se opone el artículo 1, apartado, 3 de la Directiva 89/665 a que se deniegue a un licitador definitivamente excluido del procedimiento de licitación la posibilidad de recurrir la denegación de la anulación de la adjudicación, cuando pretenda demostrar que el adjudicatario y todos los demás licitadores clasificados en el citado procedimiento han cometido una falta profesional grave consistente

en haber celebrado acuerdos contrarios a la competencia constatados judicialmente después de su exclusión, con el fin de poder participar en el nuevo procedimiento que se inicie?

2) ¿Se opone el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 y los principios [del Derecho de la Unión Europea] en materia de protección de la competencia a que el juez de lo contencioso-administrativo no pueda examinar el recurso presentado por un licitador definitivamente excluido de un procedimiento de licitación, contra la denegación de autotutela del poder adjudicador en lo que respecta a los actos de admisión y adjudicación a favor de licitadores que han celebrado acuerdos contrarios a la competencia constatados judicialmente en el mismo sector en el que se ha realizado el procedimiento?

Disposiciones y jurisprudencia del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 101 TFUE.

Directiva 2014/24/UE: artículos 18, apartado 1, y 57, apartado 4, letras c) y d).

Directiva 2007/66/CE: considerandos 3 y 17; artículos 1, apartados 1 y 3, y 2 *bis*, apartado 2.

Sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-465/11, C-100/12, C-689/13, C-355/15, C-124/17 y C-425/18.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Codice dei contratti pubblici — Decreto Legislativo n.º 50/2016, che ha trasposto in Italia le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (Código de Contratos Públicos — Decreto Legislativo n.º 50/2016, por el que se transponen al ordenamiento italiano las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE).

El artículo 80 establece los motivos de exclusión y dispone, en su apartado 5, que los poderes adjudicadores excluirán de la participación en el procedimiento de licitación a cualquier operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en dicho artículo, entre las que se incluyen, en la letra c), que el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad o su fiabilidad.

Codice di procedura civile (Código de Enjuiciamiento Civil), artículo 100, según el cual, para interponer una demanda o para oponerse a ella será necesario tener un interés en el ejercicio de la acción.

Codice del processo amministrativo — Decreto Legislativo n.º 104/2010 (Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo — Decreto Legislativo n.º 104/2010).

El artículo 35, apartado 1, b, dispone que el juez deberá declarar la inadmisibilidad del recurso, incluso de oficio, cuando no exista interés en ejercitar la acción o concurran otros motivos que impidan que se pronuncie en cuanto al fondo.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 18 de diciembre de 2018 el poder adjudicador CA (demandada) inició un procedimiento de licitación abierto para la prestación de servicios de emergencia mediante helicóptero.
- 2 El 16 de enero de 2019 la sociedad VZ (demandante) impugnó el anuncio de licitación, en la parte en la que exigía una certificación que VZ no poseía en ese momento. La impugnación fue desestimada mediante sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lombardía; en lo sucesivo, «TAR Lombardia»), y confirmada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).
- 3 Entretanto, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia italiana; en lo sucesivo, «AGCM») constató que algunos licitadores que habían participado en el citado procedimiento habían infringido de forma grave el artículo 101 TFUE entre el año 2001 y el mes de agosto de 2017, entre otras cosas, por haber celebrado un acuerdo para fijar los precios de los servicios prestados mediante helicóptero y les impuso sanciones económicas. No obstante, no consideró que se hubiera celebrado un acuerdo restrictivo de la competencia. Por lo tanto, el 2 de marzo de 2020, los tres lotes fueron adjudicados a RT (lotes 1 y 2) y a BO (lotes 3).
- 4 RT y BO, así como JF, otra sociedad que no es parte en el litigio principal, impugnaron ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lacio; en lo sucesivo, «TAR Lazio») las sanciones que les habían sido impuestas. El TAR Lazio, así como el Consiglio di Stato, rechazaron todos los recursos, salvo el que constituye el objeto de un procedimiento que aún está en curso.
- 5 El 1 de junio de 2020, VZ puso en conocimiento de CA una de las sentencias del TAR Lazio y acreditó haber obtenido en el mes de octubre de 2019 la certificación requerida para participar en el procedimiento de licitación, requisito que antes no cumplía.
- 6 El interés de la demandante no consiste pues en que se le adjudique el contrato sino en que se anule todo el procedimiento de licitación para poder participar en el nuevo procedimiento de licitación que se organice.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 7 RT y BO aducen que la fijación de los precios no tenía como finalidad orientar el precio de los servicios y que esos precios no habían sido utilizados por los poderes adjudicadores para definir las bases de licitación del procedimiento. Sostienen además que esa fijación de los precios no era vinculante para los poderes adjudicadores ni podía generar restricciones contrarias a la competencia.
- 8 VZ alega que la sentencia del TAR Lazio que comunicó a CA incide, en particular, en la apreciación de la integridad y fiabilidad del adjudicatario a la hora de prestar los servicios de emergencia mediante helicóptero, incluso una vez adjudicado el contrato, toda vez que constituye una falta profesional grave constatado judicialmente.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 9 La demandante fue definitivamente excluida del procedimiento de licitación de manera que no está legitimada para impugnar la adjudicación ni, con carácter más general, ningún otro acto del procedimiento. Sin embargo, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas a este respecto por los motivos indicados a continuación.
- 10 A la luz de la evolución jurisprudencial desarrollada a partir de las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-100/12 y C-689/13, la jurisprudencia italiana ha considerado que, en un procedimiento en el que únicamente han participado dos licitadores, puede examinarse el recurso dirigido a que se organice un nuevo procedimiento de licitación interpuesto por un participante excluido por no cumplir los requisitos mínimos. Sin embargo, según esa nueva línea jurisprudencial, para que exista interés en que se examine ese recurso es preciso que la impugnación se realice en el marco de un único procedimiento y que la exclusión del licitador no sea definitiva antes de que se interponga el propio recurso, en línea con lo declarado por el Tribunal de Justicia en el asunto C-355/15. Habida cuenta de lo anterior, en el presente supuesto debería declararse la inadmisibilidad del recurso.
- 11 En teoría, en el momento en el que se desarrolló el procedimiento, el adjudicatario y todos los demás licitadores clasificados podrían haber sido excluidos por haber participado en un acuerdo contrario a la competencia. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la infracción de las normas sobre competencia constatada y sancionada por la AGCM mediante una decisión confirmada por un órgano jurisdiccional, constituye una falta grave cometida por un operador económico en materia profesional (asunto C-425/18). Sin embargo, en aquel momento aún no se había constatado judicialmente la existencia y relevancia del acuerdo, lo cual ha impedido a la demandante impugnar la admisión al procedimiento del adjudicatario y de los demás participantes en el acuerdo. Esta circunstancia lleva al órgano jurisdiccional a dudar del carácter razonable de ese

impedimento, que depende esencialmente del plazo necesario para que se constate la existencia del citado acuerdo, es decir, de circunstancias casuales.

- 12 Además, en el asunto C-355/15, el licitador definitivamente excluido había impugnado la adjudicación, es decir, un acto estrechamente vinculado a su exclusión y adoptado en el mismo procedimiento. En el presente litigio, la demandante censura, en cambio, que el poder adjudicador haya considerado irrelevante, a efectos de la anulación de la adjudicación, un hecho sobrevenido al margen del procedimiento que dio lugar a su exclusión (a saber, la sentencia mediante la cual el TAR Lazio confirmó la sanción de la AGCM), circunstancia que hace dudar al órgano jurisdiccional remitente de la posibilidad de aplicar en este supuesto los principios desarrollados en el asunto C-355/15.
- 13 Por último, en el asunto C-333/18, el Tribunal de Justicia consideró admisible el recurso de un licitador clasificado en tercer lugar, dirigido a impugnar exclusivamente la admisión de los dos primeros clasificados, aunque su oferta se hubiera considerado irregular y a pesar de que existieran otros licitadores clasificados por debajo de él, porque, de considerarse fundado el recurso del licitador no adjudicatario, el poder adjudicador podría adoptar la decisión de anular el procedimiento y abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (apartado 28). Por lo tanto, a efectos de la apreciación del interés en interponer el recurso, la situación en la que se encuentra la actual demandante parece asimilarse a la examinada en el asunto C-333/18.
- 14 No parece que la Directiva 2007/66/CE impida que un licitador definitivamente excluido pueda impugnar la posesión de los requisitos de participación del adjudicatario, pues dicha Directiva pretende hacer accesibles los procedimientos de recurso, además de a cualquier persona que tenga interés en obtener un determinado contrato, a cualquier persona que haya tenido ese interés en el pasado (considerando 17 y artículo 1, apartado 3), como ocurre en el supuesto de la demandante. Además, se consideran interesados aquellos licitadores que aún no hayan quedado definitivamente excluidos (artículo 2 *bis*, apartado 2), si bien exclusivamente a efectos de identificar a aquellos a los que debe comunicarse la decisión de adjudicación del contrato, pero no también a efectos de la admisibilidad de un recurso.