

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima)

de 5 de septiembre de 2019 (\*)

«Procedimiento prejudicial — Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras — Directiva 89/665/CEE — Recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato público interpuesto por un licitador cuya oferta no ha sido elegida — Recurso incidental interpuesto por el adjudicatario — Admisibilidad del recurso principal en caso de que el recurso incidental sea fundado»

En el asunto C-333/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 14 de febrero de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de mayo de 2018, en el procedimiento entre

**Lombardi Srl**

y

**Comune di Auletta,**

**Delta Lavori SpA,**

**Msm Ingegneria Srl,**

con intervención de:

**Robertazzi Costruzioni Srl,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. C. Lycourgos, Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász (Ponente) y M. Ilešič, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Campos Sánchez-Bordona;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Lombardi Srl, por los Sres. A. Brancaccio y A. La Gloria, avvocati;
- en nombre de Delta Lavori SpA, por los Sres. G.M. Di Paolo y P. Piselli, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y P. Ondrůšek y por la Sra. L. Haasbeek, en calidad de agentes;

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

dicta la siguiente

## Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Lombardi Srl, por una parte, y el Comune di Auletta (municipio de Auletta, Italia), Delta Lavori SpA y Msm Ingegneria, por otra, en relación con la adjudicación por el municipio de Auletta de un contrato público de concepción y ejecución de trabajos hidrogeológicos.

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

- 3 El artículo 1 de la Directiva 89/665, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere 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)], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva.

A los efectos de la presente Directiva se entiende por contratos los contratos públicos, acuerdos marco, concesiones de obras públicas y sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2004/18], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, se ofrezca acceso a procedimientos de recurso, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

[...]»

#### *Derecho italiano*

- 4 El artículo 112 del codice di procedura civile (Ley de Enjuiciamiento Civil) dispone:  
«El juez se pronunciará sobre la demanda íntegra, pero no podrá exceder sus límites. No podrá pronunciarse de oficio sobre las excepciones, que únicamente pueden ser propuestas por las partes.»
- 5 A tenor del artículo 2697 del codice civile (Código Civil):

«Quien invoque en justicia un derecho deberá probar los hechos que constituyan su base. Quien alegue el carácter inoperante de esos hechos o la modificación o extinción del derecho deberá probar los hechos en los que fundamenta su excepción.»

6 El artículo 2909 del Código Civil tiene el siguiente tenor:

«Las apreciaciones realizadas en una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada obligan a las partes, sus herederos y sus causahabientes.»

### Litigio principal y cuestión prejudicial

7 Mediante anuncio publicado el 29 de junio de 2015, el municipio de Auletta convocó un procedimiento de licitación abierto que tenía por objeto la adjudicación de un contrato público de concepción y ejecución de trabajos de saneamiento hidrogeológico del centro histórico del municipio. Según la documentación del contrato, el precio total de este último se elevaba a 6 927 970,95 euros y la adjudicación debía llevarse a cabo sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

8 Lombardi, que quedó en tercer lugar de la clasificación definitiva, impugnó ante el Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania, Italia) la admisión al procedimiento de licitación, por una parte, del adjudicatario, Delta Lavori, porque el creador del proyecto indicado por esta, a saber, Msm Ingegneria, no poseía los requisitos subjetivos exigidos en el pliego de condiciones y, por otra parte, del licitador clasificado en segundo lugar, la unión temporal de empresas Robertazzi Costruzioni Srl — Giglio Costruzioni Srl.

9 Delta Lavori solicitó que se desestimase el recurso e interpuso recurso incidental en el que alegó que Lombardi debía haber sido excluida del procedimiento de adjudicación de contrato público, porque durante el procedimiento esta había dejado de reunir los requisitos de participación establecidos en el anuncio.

10 Los demás licitadores clasificados en un puesto inferior a Lombardi no se han personado en el litigio.

11 El Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Campania) examinó con carácter prioritario el recurso incidental interpuesto por Delta Lavori y estimó las pretensiones formuladas en él, después de haber comprobado la ilegalidad del procedimiento de adjudicación de contrato público controvertido en el litigio principal debido a que Lombardi no había sido excluida. Por esa razón, dicho órgano jurisdiccional declaró la inadmisibilidad del recurso de Lombardi por falta de interés en ejercitar la acción.

12 Lombardi interpuso recurso de casación ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), alegando, en particular, que no se habían observado los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199). En efecto, independientemente de la suerte reservada al recurso incidental, el recurso principal debería haberse examinado en cuanto al fondo, habida cuenta del interés derivado (*strumentale*) e indirecto de Lombardi en que se declarase ilegal la no exclusión del adjudicatario, en la medida en que tal decisión habría podido llevar a la entidad adjudicadora a anular el procedimiento de que se trata en el litigio principal y convocar un nuevo procedimiento de adjudicación de contrato público.

13 Al haber comprobado la Quinta Sala del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), la existencia de divergencias en la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), decidió someter al Pleno del mismo órgano jurisdiccional la siguiente pregunta:

«En instancia de recurso contra los actos de un procedimiento abierto de adjudicación de contrato público, ¿está el juez obligado a examinar conjuntamente el recurso principal y el recurso incidental de exclusión presentado por el adjudicatario, aunque hayan participado en la licitación otros competidores cuyas ofertas no han sido objeto de recurso y el juez compruebe que únicamente las ofertas controvertidas adolecen de irregularidades, que han sido invocadas como motivos del recurso?»

- 14 El Pleno del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) señala que, según la jurisprudencia nacional, cuando solo dos licitadores han participado en la licitación y ambos han interpuesto un recurso por el que pretenden que se excluya al otro, deben examinarse tanto el recurso principal como el recurso incidental. Por otra parte, está claro que en presencia de más de dos licitadores también debe aplicarse la misma solución cuando el recurso principal está basado en motivos que, de estimarse, supondrían la repetición de todo el procedimiento, ya sea porque dichos motivos cuestionan la regularidad de la situación del adjudicatario y de los demás licitadores que participaron hasta el final en el procedimiento, ya sea porque impugnan la propia validez del procedimiento de selección.
- 15 Sin embargo, persistirían las dudas en el supuesto de que, como ocurre en el presente asunto, el recurso principal no se base en motivos que, de estimarse, supondrían la repetición de todo el procedimiento.
- 16 A este respecto, la jurisprudencia nacional está dividida. Según una primera línea jurisprudencial, la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), exige, en tal supuesto, el examen del recurso principal aun después de haber sido estimado el recurso incidental, sin que deba tenerse en cuenta el número de empresas que han participado en el procedimiento, ni las ilegalidades invocadas como motivos del recurso principal. No obstante, esta doctrina jurisprudencial no tiene en cuenta la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 89/665 no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión de la entidad adjudicadora que ha adquirido firmeza se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión. Además, esta doctrina jurisprudencial no tiene en cuenta el hecho de que el reexamen y la anulación del procedimiento de adjudicación de un contrato público son meramente facultativos, de manera que es incierto el interés en ejercitar la acción del recurrente principal.
- 17 De conformidad con la segunda línea jurisprudencial, solo ha de examinarse el recurso principal si el carácter fundado de dicho recurso puede proporcionar una ventaja real al recurrente, lo que requeriría que las ofertas de los licitadores que no son partes en el procedimiento adolecieran de la misma ilegalidad en que se basa la resolución por la que se estima el recurso principal. No obstante, esta interpretación ha sido criticada por ser contraria a la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199), ya que, según se afirma, no tiene en cuenta que, aunque a raíz del examen del recurso principal y del recurso incidental se compruebe que todas las ofertas presentadas, incluidas las de los licitadores que no son partes en el litigio, presentan vicios análogos a aquellos de los que adolecen las ofertas examinadas por el juez, no es menos cierto que la entidad adjudicadora tendría únicamente la facultad, y no la obligación, de reiniciar el procedimiento de adjudicación.
- 18 Según el Pleno del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), por razones de coherencia con el sistema procesal nacional y con el principio de autonomía procesal basado en la acción de las partes, debe darse preferencia a una solución conforme a la cual el interés en ejercitar la acción del recurrente principal debe evaluarse de manera concreta por el juez que conoce del asunto y no a la luz de motivos puramente teóricos. Desde este punto de vista, a juicio del Consiglio di Stato, parece oportuno reconocer a los Estados miembros la posibilidad de determinar las modalidades de prueba del carácter concreto del referido interés en ejercitar la acción, garantizando a su vez el derecho de defensa de los licitadores que siguen participando en el procedimiento de adjudicación del contrato, pero contra quienes no se ha entablado acción judicial alguna, y ello de conformidad con los principios relativos a la carga de la prueba.
- 19 En estas circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Puede interpretarse el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva [89/665] en el sentido de que permite que cuando en un procedimiento de licitación hayan participado varias empresas no personadas en juicio (y cuyas ofertas no se hayan impugnado), en virtud de la autonomía procesal reconocida a los Estados miembros, se atribuya al juez la facultad de apreciar la concreción del interés invocado mediante el recurso principal por el licitador contra el que se ha interpuesto un recurso incidental excluyente que ha sido estimado, utilizando los instrumentos procesales que el

ordenamiento jurídico pone a su disposición, de forma que dicha posición subjetiva pueda ampararse en los consolidados principios nacionales de congruencia (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de prueba del interés invocado (artículo 2697 del Código Civil) y de los límites subjetivos de la fuerza de cosa juzgada, que se da únicamente entre las partes del proceso y no puede afectar a la posición de las personas ajenas al litigio (artículo 2909 del Código Civil)?»

### **Sobre la cuestión prejudicial**

- 20 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un recurso principal interpuesto por un licitador que tiene interés en que se le adjudique un contrato determinado y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas que lo transponen, y que tiene por objeto la exclusión de otro licitador, se declare inadmisibles en virtud de normas o prácticas jurisprudenciales nacionales que se refieren a la sustanciación de los recursos de exclusión recíprocos, sea cual fuere el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato y el número de aquellos que han interpuesto recurso.
- 21 Con carácter previo, procede recordar que, como se desprende del considerando 2 de la Directiva 89/665, esta pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano de la Unión, la aplicación efectiva de las directivas en materia de contratos públicos, especialmente en una fase en la que las infracciones aún pueden corregirse (sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, C-391/15, EU:C:2017:268, apartado 30).
- 22 Del artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665, se desprende que, para poder considerar que los recursos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción.
- 23 Por lo tanto, cuando, tras un procedimiento de adjudicación de contrato público, dos licitadores interponen recursos por los que solicitan su exclusión recíproca, cada uno de esos dos licitadores tiene interés en obtener un contrato determinado, en el sentido de las disposiciones indicadas en el apartado anterior. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27).
- 24 Por lo tanto, el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador excluido en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, puesto que, en tal supuesto, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad de que la entidad adjudicadora proceda a la selección de una oferta adecuada (sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24).
- 25 El principio reconocido en las sentencias indicadas en el apartado anterior, según el cual los intereses que se persiguen en el marco de recursos de exclusión recíprocos se considerarán en principio equivalentes, se traduce, para los tribunales que conocen de dichos recursos, en la obligación de no declarar inadmisibles el recurso de exclusión principal en virtud de normas procesales nacionales que disponen el examen prioritario del recurso incidental interpuesto por otro licitador.
- 26 Dicho principio también debe aplicarse cuando, como sucede en el litigio principal, otros licitadores han presentado ofertas en el marco del procedimiento de adjudicación y los recursos de exclusión recíprocos no se refieren a las ofertas clasificadas en posición inferior a las ofertas objeto de dichos recursos de exclusión.

- 27 En efecto, debe entenderse que, como ocurre en el caso de autos, el licitador clasificado en tercer lugar y que ha interpuesto el recurso principal tiene un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario y del licitador clasificado en segunda posición, ya que no cabe excluir que, aunque su oferta se declarase inadecuada, la entidad adjudicadora constatare la imposibilidad de seleccionar otra oferta adecuada y proceda, por ello, a organizar un nuevo procedimiento.
- 28 En particular, si el recurso del licitador descartado se declara fundado, la entidad adjudicadora podrá tomar la decisión de anular el procedimiento y abrir un nuevo procedimiento de adjudicación basándose en que las ofertas adecuadas restantes no se ajustan suficientemente a las expectativas de la entidad adjudicadora.
- 29 En estas circunstancias, so pena de ser contraria al efecto útil de la Directiva 89/665, la admisibilidad del recurso principal no puede estar supeditada a la constatación previa de que todas las ofertas peor clasificadas que la del licitador que ha interpuesto el referido recurso son también inadecuadas. Dicha admisibilidad no puede estar supeditada, de antemano, al requisito de que el referido licitador aporte la prueba de que la entidad adjudicadora se vería llevada a repetir el procedimiento de adjudicación del contrato público. La existencia de tal posibilidad debe considerarse suficiente a este respecto.
- 30 Además, procede señalar que no pone en tela de juicio dicha interpretación el hecho de que los demás licitadores clasificados en un lugar inferior al del autor del recurso principal no hayan participado en el litigio principal. En efecto, como ya ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia, el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia entre los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial mencionado en el apartado 25 de la presente sentencia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 29).
- 31 La sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), mencionada por el órgano jurisdiccional remitente no es contraria a tal interpretación. En efecto, si bien es cierto que, en los apartados 13 a 16, 31 y 36, de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, procede señalar que, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, apartado 57).
- 32 Ahora bien, en el litigio principal no se ha excluido definitivamente del procedimiento de adjudicación a ninguno de los licitadores que han interpuesto recursos de exclusión recíprocos. Por lo tanto, la referida sentencia no invalida en modo alguno el principio jurisprudencial mencionado en el apartado anterior.
- 33 Por lo que respecta, en último lugar, al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, basta con recordar que, en cualquier caso, dicho principio no puede justificar disposiciones de Derecho interno que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2019, *PORR Építési Kft.*, C-691/17, EU:C:2019:327, apartado 39 y jurisprudencia citada). Pues bien, por las razones expuestas en los anteriores apartados de la presente sentencia, se desprende del artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, que un licitador que ha interpuesto un recurso como el controvertido en el litigio principal no puede, sobre la base de normas o prácticas procesales nacionales como las descritas por el órgano jurisdiccional remitente, verse privado de su derecho a que se examine dicho recurso en cuanto al fondo.

- 34 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un recurso principal interpuesto por un licitador que tiene un interés en obtener un contrato determinado y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de normas que lo transpongan al Derecho interno, y que tenga por objeto la exclusión de otro licitador, sea declarado inamisible en aplicación de las normas o prácticas jurisprudenciales de los procedimientos nacionales relativas a la sustanciación de los recursos de exclusión recíprocos, sea cual fuere el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato y el número de aquellos que han interpuesto recurso.

### Costas

- 35 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 Décima) declara:

**El artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un recurso principal interpuesto por un licitador que tiene un interés en obtener un contrato determinado y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de normas que lo transpongan al Derecho interno, y que tenga por objeto la exclusión de otro licitador, sea declarado inamisible en aplicación de las normas o prácticas jurisprudenciales de los procedimientos nacionales relativas a la sustanciación de los recursos de exclusión recíprocos, sea cual fuere el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato y el número de aquellos que han interpuesto recurso.**

Firmas

---

\* Lengua de procedimiento: italiano.