

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 27 de noviembre de 2019 (\*)

«Procedimiento prejudicial — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Contratación pública — Directiva 2004/18/CE — Artículo 25 — Subcontratación — Normativa nacional que limita la posibilidad de subcontratar a un 30 % del importe total del contrato público y prohíbe que los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas se reduzcan en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación»

En el asunto C-402/18,

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 10 de mayo de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de junio de 2018, en el procedimiento entre

**Tedeschi Srl**, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandatario de una unión temporal de empresas,

**Consorzio Stabile Istant Service**, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandante de una unión temporal de empresas,

y

**C.M. Service Srl**,

**Università degli Studi di Roma La Sapienza**,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

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

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

Secretario: Sr. R. Schiano, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de mayo de 2019;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Tedeschi Srl, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandatario de una unión temporal de empresas, y en nombre de Consorzio Stabile Istant Service, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandante de una unión temporal de empresas, por los Sres. A. Clarizia, P. Ziotti, E. Perrettini, L. Albanese y G. Zurlo, avvocati;
- en nombre de C.M. Service Srl, por el Sr. F. Cardarelli, avvocato;
- en nombre de la Università degli Studi di Roma La Sapienza, por el Sr. G. Bernardi, avvocato;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli y el Sr. V. Nunziata, avvocati dello Stato;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. G. Hesse, en calidad de agente;

- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y P. Ondrůšek y la Sra. L. Haasbeek, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno noruego, por la Sra. K.H. Aarvik y los Sres. C. Anker y H. Røstum, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada, 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 de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, del artículo 25 de 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), y del artículo 71 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 (DO 2014, L 94, p. 65), así como del principio de proporcionalidad.
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre, por una parte, Tedeschi Srl, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandatario de una unión temporal de empresas, y Consorzio Stabile Istant Service, que actúa por cuenta propia y en calidad de mandante de una unión temporal de empresas (en lo sucesivo, conjuntamente, «UTE Tedeschi»), y, por otra, C.M. Service Srl y la Università degli Studi di Roma La Sapienza (Universidad de Roma La Sapienza, Italia) en relación con la adjudicación de un contrato público de servicios de limpieza.

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

##### *Directiva 2004/18*

- 3 Los considerandos 2, 6, 32 y 43 de la Directiva 2004/18 establecen:

«(2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

[...]

- (6) Ninguna disposición de la presente Directiva debe prohibir que se impongan o apliquen las medidas que sean necesarias para proteger el orden, la moralidad y la seguridad públicos [...], siempre que estas medidas sean conformes con el Tratado.

[...]

(32) Con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación.

[...]

(43) Debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales. [...]]»

4 El artículo 7 de esta Directiva, titulado «Importes de los umbrales de los contratos públicos», dispone:

«La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

[...]

b) 207 000 EUR [...]].

5 El artículo 25 de la citada Directiva, titulado «Subcontratación», dispone:

«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

[...]»

6 El artículo 26 de esta misma Directiva, con la rúbrica «Condiciones de ejecución del contrato», es del siguiente tenor literal:

«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.»

7 A tenor del artículo 45 de la Directiva 2004/18, que lleva como epígrafe «Situación personal del candidato o del licitador»:

«1. Quedará excluido de la participación en un contrato público cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme, de la que tiene conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:

a) participación en una organización delictiva, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 2 de la Acción Común 98/773/JAI [de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DO 1998, L 351, p. 1)];

b) corrupción, tal y como se define, respectivamente, en el artículo 3 del acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 [por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO 1997, C 195, p. 1),] y en el apartado 1 del artículo 3 de la Acción Común 98/742/JAI [de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (DO 1998, L 358, p. 2)];

- c) fraude, según el artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea y anexo al Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 (DO 1995, C 316, p. 48)];

[...]».

- 8 El artículo 47 de dicha Directiva, titulado «Capacidad económica y financiera», dispone en sus apartados 2 y 3:

«2. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

3. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.»

- 9 El artículo 48 de la citada Directiva, titulado «Capacidad técnica y profesional», establece en sus apartados 3 y 4:

«3. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios.

4. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.»

- 10 El artículo 55 de esta misma Directiva, titulado «Ofertas anormalmente bajas», dispone, en su apartado 1:

«Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

[...]»

*Directiva 2014/24*

- 11 El artículo 90, apartado 1, de la Directiva 2014/24 dispone:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016. [...]»

***Derecho italiano***

- 12 El artículo 118 del decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, por el que se establece el Código de Contratos Públicos de Obras, de Servicios y de Suministros en Aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), de 12 de abril de 2016 (suplemento ordinario de la GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n.º 163/2006»), establece:

«[...]»

2. El poder adjudicador deberá indicar en el proyecto y en el anuncio de licitación cada una de las prestaciones y, para las obras, la categoría dominante con el importe correspondiente, así como las demás categorías, relativas a todas las demás operaciones previstas en el proyecto, igualmente acompañadas de su importe. Todas las prestaciones, así como las operaciones, cualquiera que sea la categoría a la que pertenezcan, pueden ser subcontratadas y adjudicadas por unidades. Para las obras, por lo que respecta a la categoría dominante, la parte que puede subcontratarse se determinará en el reglamento de desarrollo, con valores eventualmente diferentes en función de las categorías, pero en cualquier caso en una proporción que no podrá superar el treinta por ciento. Para los servicios y los suministros, esta proporción se determinará en función del importe total del contrato. [...]

[...]

4. El adjudicatario deberá aplicar a las prestaciones subcontratadas los mismos precios unitarios que resulten de la adjudicación, con una reducción no superior al veinte por ciento [...].»

### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

- 13 Mediante un anuncio de licitación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en el mes de diciembre de 2015, la Universidad de Roma La Sapienza convocó un procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato público de servicios de limpieza. Este contrato público, con una duración de cinco años, debía adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. El importe de base del referido contrato público se estimaba en 46 300 968,40 euros, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA).
- 14 C.M. Service, que fue clasificada segunda al término del procedimiento de licitación, interpuso ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) un recurso en el que solicitaba la anulación de la decisión de la Universidad de Roma La Sapienza, de 12 de abril de 2017, de adjudicar el contrato público en cuestión en el litigio principal a UTE Tedeschi por un importe total de 31 744 359,67 euros, sin IVA ni costes de seguridad. Para fundamentar su recurso, C.M. Service invocó un motivo basado en la violación de los límites generales establecidos por el Derecho italiano, ya que la parte de contrato que la adjudicataria preveía subcontratar representaba más del 30 % del importe total de este contrato público. Asimismo, sostuvo que la oferta presentada por la adjudicataria no había sido objeto de un examen en concreto y fiable por parte del poder adjudicador, pues este último había aceptado, infringiendo las disposiciones pertinentes del Derecho italiano, que la remuneración de las empresas subcontratistas fuese inferior en más de un 20 % a los precios unitarios resultantes de la adjudicación.
- 15 El Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) estimó este recurso. En primer lugar, dicho tribunal constató la inexistencia de un examen fiable de las características que a su juicio había tenido el importante recurso a la subcontratación a cooperativas sociales, lo que constituía un elemento imprescindible de la oferta seleccionada que permitió justificar la gran reducción ofrecida. En segundo lugar, ese tribunal constató que las remuneraciones correspondientes a las tareas subcontratadas eran inferiores en más de un 20 % a las que la UTE Tedeschi aplica a las personas que emplea directamente.
- 16 La UTE Tedeschi interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente recurso de apelación contra la sentencia del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio). C.M. Service se adhirió igualmente a la apelación, invocando de nuevo los motivos de recurso que no habían sido estimados en primera instancia y el motivo basado en la violación de las disposiciones de Derecho italiano sobre la prohibición de subcontratar prestaciones que equivalgan a más de un 30 % del importe total del contrato público de que se trate.
- 17 El órgano jurisdiccional remitente duda de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa italiana sobre contratación pública.
- 18 En particular, dicho órgano jurisdiccional observa que los límites establecidos por el Derecho interno en materia de subcontratación pueden dificultar el acceso a la contratación pública a las empresas, y en particular a las pequeñas y medianas, obstaculizando así el ejercicio de la libertad de establecimiento y

de la libre prestación de servicios. Expone que estos límites pueden también privar a los adquirentes públicos de la posibilidad de recibir ofertas más numerosas y más diversificadas. En efecto, el hecho de permitir recurrir a la subcontratación exclusivamente para una parte del contrato, fijada de manera abstracta en un determinado porcentaje del importe de este último, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna del carácter esencial o no de las misiones de que se trataría, no está previsto en la Directiva 2004/18 y resulta contrario al objetivo de apertura a la competencia y de facilitación del acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública.

19 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente observa también que, en sus dictámenes consultativos sobre la legislación nacional en materia de subcontratación, ya había considerado que el objetivo de garantizar la integridad de la contratación pública e impedir su infiltración por parte de organizaciones criminales podía justificar establecer una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Asimismo, expone otros motivos que a su juicio justifican los límites máximos controvertidos en el litigio principal. Alega así, por una parte, que, si se suprimiese el límite del 20 % fijado en el artículo 118, apartado 4, del Decreto Legislativo n.º 163/2006, podrían llevarse a cabo formas disimuladas de dumping salarial, capaces de provocar un efecto contrario a la competencia. Por otra parte, expone que, si se suprimiese igualmente el límite del 30 % fijado en el artículo 118, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 163/2006, podría ponerse en peligro la realización de algunas adjudicaciones debido a las dificultades que surgirían para evaluar la viabilidad de las ofertas —y, por tanto, la inexistencia de anomalías en ellas—, como en el litigio principal.

20 En esas circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, formulados en los artículos 49 [TFUE] y 56 [TFUE], el artículo 25 de la Directiva [2004/18], y el artículo 71 de la Directiva [2014/24], que no establecen limitaciones con respecto al porcentaje que puede subcontratarse ni a la reducción que ha de aplicarse a los subcontratistas, y el principio de proporcionalidad, consagrado por el Derecho de la Unión, a la aplicación de una normativa nacional en materia de contratación pública, como la normativa italiana que figura en el artículo 118, apartados 2 y 4, del Decreto Legislativo n.º [163/2006], en virtud de la cual la subcontratación no puede superar el 30 % del importe total del contrato y el adjudicatario debe aplicar a las prestaciones subcontratadas los mismos precios unitarios que resulten de la adjudicación, con una reducción no superior al 20 %?»

21 La solicitud del órgano jurisdiccional remitente de que su petición de decisión prejudicial fuera tramitada mediante el procedimiento acelerado, conforme a lo dispuesto en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, fue denegada mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2018, Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, no publicado, EU:C:2018:762).

## **Sobre la cuestión prejudicial**

### ***Sobre la admisibilidad***

22 El Gobierno italiano expone sus dudas respecto a si el órgano jurisdiccional remitente ha descrito suficientemente el contexto jurídico en el que se inscribe la cuestión planteada.

23 Además, C.M. Service sostiene que no procede admitir la cuestión planteada por no ser pertinente para la resolución del litigio principal. En particular, a su juicio, independientemente de la respuesta del Tribunal de Justicia a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente deberá constatar un incumplimiento por parte del licitador que presentó la oferta seleccionada en el procedimiento que se examina en ese litigio, ya que, cuando presentó su oferta, el referido licitador se había comprometido a respetar los límites del 30 % y del 20 % a los que hace referencia en su cuestión el órgano jurisdiccional remitente.

24 En primer lugar, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco

fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los datos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas, lo que requiere que el juez nacional defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones (sentencia de 28 de marzo de 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, apartado 28 y jurisprudencia citada).

25 En el caso de autos, los datos tanto de hecho como de Derecho mencionados en la resolución de remisión permiten comprender las razones por las que el órgano jurisdiccional remitente ha planteado la presente petición de decisión prejudicial.

26 En segundo lugar, respecto a la supuesta falta de pertinencia de la cuestión planteada, es preciso recordar que el litigio principal tiene por objeto la legalidad de la oferta seleccionada por el poder adjudicador en el procedimiento de contratación pública en cuestión en el litigio principal. Pues bien, como resulta de la resolución de remisión, con el precio propuesto en esa oferta —que le ha permitido ser seleccionada— se han superado los límites del 30 % y del 20 % establecidos en la normativa nacional controvertida en el litigio principal, y cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión es objeto de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. De ello se deduce que, como indica por lo demás el órgano jurisdiccional remitente, la resolución del litigio de que conoce depende necesariamente de la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a esa cuestión.

27 Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial.

### ***Sobre la primera parte de la cuestión prejudicial***

28 En la primera parte de su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, la Directiva 2004/18 y la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita a un 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar a terceros (en lo sucesivo, «limitación del 30 %»).

29 Con carácter preliminar, es preciso recordar que la Directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público. En cambio, son inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de transposición expiró con posterioridad a ese momento (sentencia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 31 y jurisprudencia citada).

30 A este respecto, procede señalar que la Directiva 2004/18 fue derogada por la Directiva 2014/24, con efectos a partir del 18 de abril de 2016. El artículo 90 de la Directiva 2014/24 dispone que los Estados miembros deben poner en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta última Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016, sin perjuicio de determinadas excepciones.

31 En consecuencia, en la fecha del anuncio de licitación del contrato discutido en el litigio principal, a saber, el 24 de diciembre de 2015, la Directiva 2004/18 todavía era aplicable, de modo que procede interpretar la primera parte de la cuestión planteada en el sentido de que se refiere a la interpretación de esta última, y no de la Directiva 2014/24.

32 Además, es preciso señalar que, como el valor del contrato discutido en el litigio principal, sin incluir el IVA, es superior al umbral pertinente establecido en el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18, la respuesta a la primera parte de la cuestión planteada a la luz debe darse con arreglo a esta última.

- 33 Dicha Directiva tiene por finalidad, tal como se desprende esencialmente de su considerando 2, asegurar que en la adjudicación de contratos públicos se respeten, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia, y garantizar que la contratación pública se abra a la competencia.
- 34 En particular, a tal fin, la referida Directiva contempla expresamente, en sus artículos 47, apartados 2 y 3, y 48, apartados 3 y 4, la posibilidad de que los licitadores recurran, bajo ciertas condiciones, a las capacidades de otras entidades para satisfacer determinados criterios de selección de los operadores económicos.
- 35 Por otro lado, a tenor del artículo 25, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en su oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.
- 36 De ello se desprende que la Directiva 2004/18 consagra la posibilidad de que los licitadores recurran a la subcontratación para la ejecución de un contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartados 31 a 33).
- 37 No obstante, cuando la documentación del contrato obliga a los licitadores, en virtud del artículo 25, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, a que indiquen, en sus ofertas, la parte del contrato que tengan la intención de subcontratar y los subcontratistas propuestos, el poder adjudicador puede prohibir el recurso a subcontratistas cuyas capacidades no haya podido comprobar al examinar las ofertas y al seleccionar al adjudicatario, para la ejecución de partes esenciales del contrato (sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 34 y jurisprudencia citada).
- 38 Sin embargo, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal tiene otro alcance, al imponer que el recurso a la subcontratación se limite a una parte del importe del contrato, fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, y ello con independencia de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y el carácter esencial o no de las tareas que se verían afectadas. Por todo ello, una normativa que establece una limitación tal como la limitación del 30 % resulta incompatible con la Directiva 2004/18 (véase, por analogía, la sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 35).
- 39 Dicha interpretación es conforme con el objetivo de una apertura lo más amplia posible de la contratación pública a la competencia, perseguido por las directivas que regulan esta materia en beneficio no solo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores. Además, puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que es también el objetivo de la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34).
- 40 La interpretación expuesta en el apartado 38 de la presente sentencia no queda desvirtuada por la alegación formulada por el Gobierno italiano, según la cual la limitación del 30 % está justificada habida cuenta de las circunstancias específicas de Italia, en donde la subcontratación siempre ha constituido uno de los instrumentos utilizados para la materialización de intenciones delictivas. Afirma así que, al limitar la parte del contrato que puede ser subcontratada, la normativa nacional hace que la participación en los contratos públicos resulte menos atractiva para las organizaciones delictivas, lo que permite prevenir el fenómeno de la infiltración mafiosa en la contratación pública y proteger de este modo el orden público.
- 41 Es cierto que, como se desprende de los criterios de selección cualitativos fijados en la Directiva 2004/18, y en particular de los motivos de exclusión enunciados en su artículo 45, apartado 1, el legislador de la Unión ha querido evitar, mediante la adopción de una disposición de este tipo, que participen en los procedimientos de contratación pública los operadores económicos que hayan sido condenados mediante sentencia firme, por una o varias de las razones enumeradas en esa disposición.

- 42 Igualmente, el considerando 6 de la Directiva 2004/18 indica que ninguna disposición de esta debe prohibir que se impongan o apliquen las medidas que sean necesarias para proteger el orden, la moralidad y la seguridad públicos, siempre que dichas medidas sean conformes con el Tratado CE, mientras que el considerando 43 de dicha Directiva precisa que debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva.
- 43 Además, según reiterada jurisprudencia, debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto de la obligación de transparencia, que vincula a los poderes adjudicadores en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público. En efecto, es cada Estado miembro quien mejor puede determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que le son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que puedan dar lugar a violaciones de esta obligación (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2015, *Impresa Edilux y SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, apartado 26 y jurisprudencia citada).
- 44 Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la lucha contra el fenómeno de la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de la contratación pública constituye un objetivo legítimo que puede justificar la restricción de las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE que se aplican en el marco de los procedimientos de contratación pública (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2015, *Impresa Edilux y SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, apartados 27 y 28).
- 45 No obstante, aun suponiendo que pueda considerarse que una limitación cuantitativa del recurso a la subcontratación permite luchar contra ese fenómeno, una restricción como la controvertida en el litigio principal excede de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.
- 46 A este respecto, procede recordar que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento los principios de la contratación pública formulados en el considerando 2 de la Directiva 2004/18, entre los que figuran los principios de igualdad de trato, de transparencia y de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni y Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 23).
- 47 Ahora bien, en particular, como se ha recordado en el apartado 38 de la presente sentencia, la normativa nacional controvertida en el litigio principal prohíbe con carácter general y abstracto recurrir a la subcontratación para una parte que sobrepase un porcentaje fijo del importe del contrato público de que se trate, de manera que dicha prohibición se aplica cualesquiera que sean el sector económico al que pertenezca el contrato que se discute, la naturaleza de las obras y la identidad de los subcontratistas. Además, tal prohibición general no deja lugar a una apreciación casuística por parte de la entidad adjudicadora (véase, por analogía, la sentencia de 26 de septiembre de 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 40 y jurisprudencia citada).
- 48 De ello se deduce que, con arreglo a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, el licitador debe realizar por sí mismo, en todos los contratos, una parte importante de las obras, de los suministros o de los servicios de que se trate, so pena de quedar excluido automáticamente del procedimiento de contratación, incluso en caso de que el poder adjudicador pudiera verificar la identidad de los subcontratistas en cuestión y considerase, tras la verificación, que tal prohibición no es necesaria para luchar contra la delincuencia organizada en relación con el contrato de que se trate (véase, por analogía, la sentencia de 26 de septiembre de 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 49 Ahora bien, el objetivo perseguido por el legislador italiano podría alcanzarse con medidas menos restrictivas, como por ejemplo un planteamiento consistente en obligar al licitador a identificar a eventuales subcontratistas en la fase de presentación de la oferta, a fin de permitir que el poder adjudicador realice comprobaciones respecto a los subcontratistas propuestos, al menos en el caso de contratos en los que se considere que existe mayor riesgo de infiltración del crimen organizado. Por lo demás, de los datos comunicados al Tribunal de Justicia resulta que el Derecho italiano contiene ya numerosas medidas expresamente dirigidas a prohibir que tengan acceso a las licitaciones públicas las

empresas de las que se sospeche que dependen de una organización mafiosa o, en cualquier caso, que presentan vínculos con los intereses de las principales organizaciones delictivas que operan en el país.

50 La interpretación expuesta en el apartado 38 de la presente sentencia no queda desvirtuada tampoco por la alegación del Gobierno italiano de que los controles de verificación que debe efectuar el poder adjudicador en virtud del Derecho nacional serían ineficaces. En efecto, tal circunstancia, que, como parece deducirse de las propias observaciones de dicho Gobierno, se debe a las modalidades específicas de los controles, no resta en absoluto carácter restrictivo a la medida nacional controvertida en el litigio principal. Por lo demás, el Gobierno italiano no ha demostrado en modo alguno en el presente asunto que no sea posible proceder a la aplicación de reglas como las que exigirían las verificaciones contempladas en el apartado anterior, unida a la aplicación de los motivos de exclusión de los subcontratistas autorizados por el artículo 45 de la Directiva 2004/18, de un modo que permita alcanzar el objetivo de la normativa nacional controvertida en el litigio principal.

51 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera parte de la cuestión planteada que la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar a terceros.

### *Sobre la segunda parte de la cuestión prejudicial*

52 En la segunda parte de su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, la Directiva 2004/18 y la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite reducir los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación.

53 Por las razones expuestas en los apartados 29 a 32 de la presente sentencia, también es preciso responder a la segunda parte de la cuestión planteada teniendo en cuenta únicamente la Directiva 2004/18.

54 A este respecto, procede recordar que, como se indica en el apartado 36 de la presente sentencia, la Directiva 2004/18 consagra la posibilidad de que los licitadores recurran a la subcontratación para la ejecución de un contrato público.

55 En el caso de autos, la normativa nacional controvertida en el litigio principal establece, para todos los contratos, un límite a los precios que pueden pagarse cuando se acuerda con subcontratistas que ejecuten prestaciones objeto de un contrato público, sin tolerar una reducción superior al 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación en lo que se refiere a esas prestaciones (en lo sucesivo, «límite del 20 %»).

56 En la vista, la Comisión Europea explicó que la posición que había defendido en sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, según la cual el límite del 20 % podía considerarse compatible con la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, se basaba en que había interpretado las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que ese límite permite una apreciación caso por caso de la cuestión de si su aplicación es efectivamente necesaria para evitar el dumping social.

57 A este respecto, procede recordar la reiterada jurisprudencia según la cual incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de la Unión y los nacionales, tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión. Por tanto, independientemente de cómo haya entendido la Comisión el Derecho nacional, el examen de la presente remisión prejudicial debe realizarse partiendo de la interpretación de dicho Derecho ofrecida por el órgano jurisdiccional remitente (véase, por analogía, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, apartado 38 y jurisprudencia citada).

58 Pues bien, de la petición de decisión prejudicial resulta que el límite del 20 % se impone con carácter imperativo, so pena de exclusión del licitador del procedimiento de contratación. Se desprende además

de esa petición de decisión prejudicial que este límite se define de manera general y abstracta, con independencia de cualquier examen de la cuestión de si resulta efectivamente necesario, en el caso de un determinado contrato, para garantizar una protección salarial mínima a los trabajadores subcontratados de que se trate. Dicho límite se aplica así sea cual sea el sector económico o la actividad, independientemente de cualquier toma en consideración de las leyes, reglamentos o convenios colectivos, tanto nacionales como de la Unión, vigentes en materia de condiciones de trabajo, que normalmente serían aplicables a tales trabajadores.

- 59 De ello se deduce que el límite del 20 % puede hacer menos atractiva la posibilidad de recurrir a la subcontratación para la ejecución de un contrato, como permite la Directiva 2004/18, ya que esa normativa limita la eventual ventaja competitiva en términos de coste que ofrecen los trabajadores subcontratados para las empresas que deseen aprovechar esa posibilidad. Pues bien, tal efecto disuasorio va en contra del objetivo, recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, de una apertura lo más amplia posible de la contratación pública a la competencia y, en particular, de un acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública, objetivos que persiguen las directivas en esta materia.
- 60 Ninguno de los objetivos invocados ante el Tribunal de Justicia en el presente asunto permite justificar un límite del recurso a la subcontratación tal como el límite del 20 %.
- 61 En primer lugar, es cierto que el objetivo de la protección de los trabajadores subcontratados puede justificar, en principio, determinados límites a la subcontratación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, apartado 31).
- 62 También es cierto que la Directiva 2004/18 establece expresamente, en su artículo 26, la posibilidad de que los poderes adjudicadores exijan condiciones especiales para la ejecución del contrato, que pueden referirse a consideraciones de tipo social, entre otras.
- 63 Sin embargo, incluso suponiendo que las exigencias en materia de precios establecidas por la normativa nacional controvertida puedan calificarse de «condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato», y en particular de «consideraciones de tipo social», indicadas «en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones», en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18, no es menos cierto que, conforme a esta última disposición, tales exigencias solo pueden imponerse en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, apartado 28).
- 64 Pues bien, no cabe considerar que una normativa nacional como la descrita en los apartados 55, 58 y 59 de la presente sentencia confiera a los trabajadores una protección que justifique una restricción del recurso a la subcontratación tal como el límite del 20 %.
- 65 En efecto, ese límite va más allá de lo que es necesario para garantizar una protección en materia de salario a los trabajadores subcontratados. En efecto, como se ha recordado en los apartados 55 y 58 de la presente sentencia, el límite del 20 % no deja lugar a una apreciación casuística por parte del poder adjudicador, ya que se aplica independientemente de cualquier toma en consideración de la protección social garantizada por las leyes, los reglamentos y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores de que se trate.
- 66 A este respecto, de los datos en poder del Tribunal de Justicia resulta que el Derecho italiano dispone que el subcontratista está obligado, al igual que el adjudicatario, a respetar plenamente en relación con sus trabajadores, para las prestaciones realizadas en subcontrata, el tratamiento económico y reglamentario establecido por los convenios colectivos nacionales y territoriales vigentes en el sector y en la zona en la que se realicen las prestaciones. Conforme a estos mismos datos, el adjudicatario es, además, responsable solidario de la observancia de la referida reglamentación por parte del subcontratista.
- 67 Se desprende igualmente de los datos comunicados al Tribunal de Justicia que, en el caso de autos, la subcontratación de que se trata implica el recurso a cooperativas sociales que disfrutan, con arreglo a la normativa italiana aplicable a tales cooperativas, de un régimen preferencial en materia de fiscalidad, de contribuciones, de remuneración y de seguridad social, y que esta normativa pretende precisamente

facilitar la integración en el mercado de trabajo de determinadas personas desfavorecidas permitiendo que se les abone una remuneración inferior a la que se exige en el caso de otras personas que realizan prestaciones análogas. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones necesarias a este respecto.

- 68 En segundo lugar, una limitación del recurso a la subcontratación tal como el límite del 20 % tampoco puede justificarse por el objetivo de asegurarse de la viabilidad de la oferta y de la correcta ejecución del contrato.
- 69 Ciertamente, no se excluye que ese objetivo pueda justificar determinadas limitaciones en el recurso a la subcontratación (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 54 y jurisprudencia citada).
- 70 No obstante, aun suponiendo que el límite del 20 % sea apto para alcanzar ese objetivo, tal límite general y abstracto resulta, en cualquier caso, desproporcionado con respecto al objetivo perseguido, dado que existen otras medidas menos restrictivas que facilitarían su consecución. Podría establecerse, por ejemplo, una medida consistente, por un lado, en exigir a los licitadores que indiquen en su oferta la parte del contrato y las obras que tengan intención de subcontratar y la identidad de los subcontratistas propuestos y, por otro, en permitir que la entidad adjudicadora prohíba a los licitadores cambiar de subcontratistas si dicha entidad no ha podido comprobar previamente la identidad, la capacidad y la fiabilidad de los nuevos subcontratistas propuestos (véase, por analogía, la sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 57).
- 71 Por otra parte, procede indicar que, en el presente asunto, de los datos comunicados al Tribunal de Justicia se desprende que ya existen en Derecho italiano medidas, algunas de las cuales coinciden al menos en parte con la descrita en el apartado anterior, que tienen como finalidad permitir que el poder adjudicador compruebe la capacidad y la fiabilidad del subcontratista antes de que este realice las prestaciones subcontratadas, extremo cuya verificación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.
- 72 También podría contribuir a alcanzar el objetivo expuesto en el apartado 68 de la presente sentencia la aplicación de las disposiciones del artículo 55 de la Directiva 2004/18 sobre verificación de las ofertas anormalmente bajas con relación a la prestación, disposiciones que hacen posible, para un contrato determinado y con arreglo a las condiciones establecidas al respecto, que el poder adjudicador rechace las ofertas así calificadas.
- 73 En tercer lugar, tampoco puede servir de base a la compatibilidad con el Derecho de la Unión del límite del 20 % la alegación con que la Comisión pretende demostrar que ese límite se justifica por el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Según dicha institución, pagar precios reducidos a los subcontratistas sin que se modifique la remuneración del contratante principal indicado en la oferta conllevaría una reducción sustancial de costes para el licitador y aumentaría así el beneficio que este obtiene del contrato.
- 74 A este respecto, basta con señalar que el mero hecho de que un licitador pueda limitar sus costes gracias a los precios que negocie con los subcontratistas no viola en sí el principio de igualdad de trato, sino que más bien contribuye a una competencia reforzada y, por tanto, al objetivo que persiguen las directivas adoptadas en materia de contratación pública, como se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia.
- 75 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la segunda parte de la cuestión planteada que la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite reducir los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación.

### **Costas**

- 76 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los

gastos efectuados por quienes han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia sin ser partes del litigio principal no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**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, debe interpretarse en el sentido de que:**

- **se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar a terceros;**
- **se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite reducir los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación.**

Firmas

---

\* Lengua de procedimiento: italiano.