

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 18 de diciembre de 2014 (*)

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos de servicios — Directiva 92/50/CEE — Artículos 1, letra c), y 37 — Directiva 2004/18/CE — Artículos 1, apartado 8, párrafo primero, y 55 — Conceptos de “prestador de servicio” y de “operador económico” — Hospital universitario público — Centro con personalidad jurídica y autonomía empresarial y organizativa — Actividad fundamentalmente sin ánimo de lucro — Finalidad institucional de ofrecer prestaciones sanitarias — Posibilidad de ofrecer servicios análogos en el mercado — Admisión a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público»

En el asunto C-568/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Italia), mediante resolución de 28 de junio de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de noviembre de 2013, en el procedimiento entre

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze

y

Data Medical Service Srl,

con intervención de:

Regione Lombardia,

Bio-Development Srl,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de Sala, y los Sres. C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (Ponente) y D. Šváby, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. V. Tourrès, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de octubre de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, por el Sr. P. Stolzi, avvocato;
- en nombre de Data Medical Service Srl, por el Sr. T. Ugoccioni, avvocato;
- en nombre de Bio-Development Srl, por la Sra. E. D’Amico y el Sr. T. Ugoccioni, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida

por el Sr. S. Varone, avvocato dello Stato;

— en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Conte y A. Tokár, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la 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 1, letra c), y 37 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de los artículos 1, apartado 8, párrafo primero, y 55 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 L 134, p. 114).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (hospital universitario de Careggi; en lo sucesivo, «Azienda») y Data Medical Service Srl (en lo sucesivo, «Data Medical Service») en relación con la conformidad a Derecho de que la primera entidad fuera excluida de participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 El artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 disponía:

«prestador de servicios: toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios [...]».
- 4 A tenor del artículo 37 de esta Directiva:

«Si, para un contrato determinado, una oferta fuera anormalmente baja con relación a la prestación, la entidad adjudicadora, antes de rechazar dicha oferta, solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y comprobará esta composición teniendo en cuenta las explicaciones recibidas.

Las entidades adjudicadoras podrán tomar en consideración las explicaciones del ahorro que representa el método, las soluciones técnicas aplicadas, las excepcionales condiciones económicas a que tenga acceso el licitador para la prestación del servicio o la originalidad del proyecto propuesto.

Si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas por considerarlas demasiado bajas.»
- 5 El primer considerando de la Directiva 2004/18 establece que la misma procede, por motivos de claridad, a la refundición en un único texto de las directivas anteriores aplicables en materia

de contratos públicos de servicios, de suministro y de obras y está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

6 A tenor del cuarto considerando de dicha Directiva:

«Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.»

7 El artículo 1, apartado 8, párrafos primero y segundo, de la misma Directiva establece:

«Los términos “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios” designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

El término “operador económico” designa tanto al “contratista” como al “proveedor” o al “prestador de servicios”. Se utiliza únicamente para simplificar el texto.»

8 El artículo 55 de la Directiva 2004/18, bajo la rúbrica «Ofertas anormalmente bajas», tiene el siguiente tenor:

«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.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
- e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.»

Derecho italiano

9 Del artículo 3 del decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria (Decreto Legislativo n° 502 de reforma en el ámbito sanitario), de 30 de septiembre de 1992 (suplemento ordinario de la GURI n° 305, de 30 de diciembre de 1992), en los términos

interpretados por la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), se desprende que los centros sanitarios son entidades públicas empresariales que «llevan a cabo sus misiones de carácter esencialmente técnico, bajo la forma jurídica de centros públicos dotados de autonomía empresarial, sobre la base de las instrucciones generales incluidas en los planes sanitarios regionales y de las instrucciones de aplicación que las Giunte regionali (Juntas regionales) les imparten».

10 A tenor del artículo 3, apartado 1 *bis*, de este Decreto:

«Teniendo en cuenta las finalidades institucionales que persiguen, las unidades sanitarias locales se constituyen como centros con personalidad jurídica de Derecho público y autonomía empresarial; su organización y funcionamiento se regirán por un atto aziendale [estatuto mediante el cual se definen las responsabilidades en la gestión del centro, en particular, desde el punto de vista presupuestario] de Derecho privado, con observancia de los principios y criterios establecidos por las disposiciones regionales. El atto aziendale definirá las estructuras operativas dotadas de autonomía técnico-profesional y de gestión, que estarán obligadas a una rendición de cuentas minuciosa.»

11 El Decreto legislativo n° 157, de 17 de marzo de 1995 (suplemento ordinario de la GURI n° 104, de 6 de mayo de 1995), transpuso la Directiva 92/50 en el ordenamiento jurídico italiano.

12 A tenor del artículo 2, apartado 1, de dicho Decreto:

«Se considerarán entidades adjudicadoras las administraciones del Estado, las regiones, las provincias autónomas de Trento y Bolzano, las entidades públicas territoriales, las demás entidades públicas sin ánimo de lucro, los organismos de Derecho público cualquiera que fuera su denominación.»

13 El artículo 5, apartado 2, letra h), de dicho Decreto establece que éste no se aplicará a los «contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad pública que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo al artículo 2, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, siempre que dichas medidas sean compatibles con el Tratado».

14 El Decreto Legislativo n° 163/2006, de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n° 100, de 2 de mayo de 2006), que codifica la normativa en materia de contratación pública, transpuso la Directiva 2004/18 en el ordenamiento jurídico italiano.

15 El artículo 19, apartado 2, de este Decreto dispone:

«El presente Código no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador o una entidad pública adjudicadora a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

16 El artículo 34, apartado 1, de dicho Decreto designa las personas facultadas para participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y tiene el siguiente tenor:

«Sin perjuicio de los límites expresamente indicados, podrán participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos las siguientes personas:

a) empresarios individuales, incluidos artesanos, sociedades mercantiles y cooperativas;

- b) consorcios de sociedades cooperativas de producción y de trabajo [...] y agrupaciones de artesanos [...];
 - c) agrupaciones permanentes, constituidas, entre otros, como empresas conjuntas en el sentido del artículo 2615 *ter* del Código Civil, entre empresarios individuales (incluidos artesanos), sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de producción y de trabajo, de conformidad con el artículo 36;
 - d) agrupaciones temporales de competidores, integradas por las personas mencionadas en las letras a), b) y c) [...];
 - e) agrupaciones ordinarias de competidores mencionadas en el artículo 2602 del Código Civil, integradas por las personas mencionadas en las letras a), b) y c) del presente apartado, incluidas las constituidas como sociedades con arreglo al artículo 2615 *ter* del Código Civil [...];
 - e *bis*) agrupaciones de empresas que se adhieran a un contrato de red con arreglo al artículo 3, apartado 4 *ter*, del Decreto-Ley nº 5, de 10 de febrero de 2009 [...];
 - f) personas que hayan celebrado un contrato de asociación europea de interés económico (AEIE) con arreglo al Decreto Legislativo nº 240, de 23 de julio de 1991 [...];
 - f *bis*) operadores económicos, en el sentido del artículo 3, apartado 22, establecidos en otros Estados miembros y constituidos con arreglo a la legislación vigente en sus respectivos países.»
- 17 El punto f *bis* fue introducido en el artículo 34, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 163/2006 mediante la adopción del Decreto Legislativo nº 152, de 11 de septiembre de 2008 (suplemento ordinario de la GURI nº 231, de 2 de octubre de 2008), a raíz de un procedimiento de infracción incoado contra la República Italiana por la Comisión, la cual había puesto de relieve que las directivas en materia de contratación pública no permiten restringir la posibilidad de participar en las licitaciones a determinadas categorías de operadores económicos.
- 18 Los artículos 86 a 88 del Decreto Legislativo nº 163/2006 establecen los mecanismos de comprobación de la anomalía de la oferta, sobre la base de los cuales la entidad adjudicadora puede decidir excluir a un licitador del procedimiento de adjudicación del contrato controvertido.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 19 Mediante un anuncio publicado el 5 de octubre de 2005, la Región de Lombardía convocó un procedimiento de licitación pública para la adjudicación, según el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, del servicio trienal de tratamiento de datos para la evaluación externa de la calidad de los medicamentos. La Azienda, que está domiciliada y desarrolla sus actividades en la región de Toscana, participó en esta licitación y se clasificó en primer lugar, habida cuenta principalmente del precio al que propuso sus servicios, aproximadamente un 59 % inferior al del licitador clasificado en segundo lugar, Data Medical Service. Tras comprobar la eventual anormalidad de esta oferta, el contrato fue adjudicado a la Azienda mediante resolución de la Región de Lombardía de 26 de mayo de 2006.
- 20 Data Medical Service impugnó la resolución de adjudicación del contrato ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal contencioso-administrativo de la región de Lombardía) alegando que el adjudicatario debería haber sido excluido sobre la base de que, de conformidad con la normativa aplicable, un centro público no podía participar en una licitación

y que, en cualquier caso, su oferta económica era anormalmente baja dada la magnitud de la baja propuesta.

- 21 Mediante sentencia de 24 de noviembre de 2006, el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia estimó el primer motivo invocado. Basándose en el artículo 5, apartado 2, letra h), del Decreto Legislativo n° 157/1995, en relación con los artículos 19 y 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006, estimó que, aun cuando esas dos últimas disposiciones no eran aplicables al caso *ratione temporis*, sobre los centros públicos, como la Azienda, recae una prohibición formal de participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, ya que estos centros sólo pueden ser, en determinadas condiciones, adjudicatarios directos de contratos. En efecto, dicho tribunal consideró que la Azienda, como organismo público destinado exclusivamente a la gestión del hospital público florentino, no puede actuar en condiciones de libre competencia con personas de Derecho privado.
- 22 La Azienda recurrió esa sentencia en apelación ante el Consiglio di Stato, Tribunal Supremo en el orden contencioso-administrativo en Italia.
- 23 Dicho tribunal señala, con carácter preliminar, que pese a haberse ejecutado entre tanto íntegramente el contrato, la Azienda conserva un interés en que se reconozca su derecho a participar en contratos públicos.
- 24 El Consiglio di Stato observa también que la primera pregunta que se plantea en el caso de autos es la de la definición exacta del concepto de «operador económico», con arreglo al Derecho de la Unión, y la posibilidad de incluir en el mismo a un hospital universitario público. Por lo que respecta al carácter de estos centros en el proceso de «aziendalizzazione», a saber, el paso a un modelo empresarial, dicho tribunal pone de relieve que este proceso llevó a la transformación de las «unidades sanitarias locales» existentes, de las que surgieron las administraciones que operan a nivel local, en centros con personalidad jurídica y autonomía empresarial, a saber, autonomía organizativa, patrimonial, contable y de gestión, lo que llevó a parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales a calificar a los centros sanitarios públicos, incluidos los hospitalarios, como «entidades públicas empresariales». No obstante, ese tribunal afirma el carácter indiscutiblemente público de estos centros: su actividad no tiene fundamentalmente ánimo de lucro y poseen potestades administrativas en sentido estricto, en particular, en materia inspectora y sancionadora.
- 25 El Consiglio di Stato duda de que, en esas circunstancias, quepa seguir afirmando, como hace el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, que exista en Derecho italiano una prohibición categórica que impida a tales centros, como entidades públicas empresariales, participar en las licitaciones como «mero competidor». Se refiere, al respecto, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, a las sentencias ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817), de la que se desprende, a su juicio, que cualquier entidad que se considere apta para garantizar la ejecución de un contrato público tiene derecho a participar en el mismo, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado.
- 26 El Consiglio di Stato estima que siguen esa jurisprudencia gran parte de los órganos jurisdiccionales italianos, que además han puesto de relieve que la enumeración que figura en el artículo 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006 no puede considerarse limitativa. Considera que esa jurisprudencia, comunitaria y nacional, se opone a que el artículo 5, apartado 2, letra b), del Decreto Legislativo n° 157/1995 y el artículo 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006 se interpreten en el sentido de que excluyan, *a priori*, a un hospital de participar en una licitación. En efecto, concluye que tal prohibición de principio ya no tiene razón de ser.

- 27 No obstante, el Consiglio di Stato sostiene que eso no equivale a autorizar incondicionalmente a tales centros a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. A su juicio, la misma jurisprudencia ha establecido al respecto dos límites: el primero, que la actividad que es objeto de la licitación controvertida debe servir a la realización de las finalidades institucionales del organismo público de que se trate, y el segundo, que no haya una norma nacional concreta que prohíba esa actividad, en particular, debido al eventual efecto distorsionador de la competencia.
- 28 Por lo que respecta al primer límite, el Consiglio di Stato considera que los hospitales públicos, *a fortiori* cuando son universitarios, desarrollan también importantes actividades docentes e investigadoras, finalidades institucionales de las que cabe afirmar que coinciden con el servicio al que se refiere la licitación controvertida en el asunto del que conoce, a saber, el tratamiento de datos. En cuanto al segundo límite, dicho tribunal estima que la facultad de participar libremente en una licitación de un organismo que recibe financiación pública plantea el problema de la igualdad de trato entre competidores heterogéneos, por una parte, los que deben actuar en el mercado y, por otra, los que pueden contar también con financiación pública y presentar, por tanto, ofertas que ninguna persona de Derecho privado podría nunca presentar. En consecuencia, sostiene que hay que buscar mecanismos correctores destinados a reequilibrar las condiciones iniciales entre los distintos operadores económicos, mecanismos que deben ir más allá de los procedimientos de comprobación de la eventual anormalidad de las ofertas.
- 29 Con arreglo a estas consideraciones, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿[Se opone] el artículo 1 de la Directiva [92/50], en relación con el artículo 1, apartado 8, de la Directiva [2004/18] que le sucedió, a una normativa nacional que, a su juicio, se interpreta excluyendo a [la Azienda], en su condición de hospital que tiene la naturaleza de una entidad pública empresarial, de la participación en las licitaciones?
- 2) ¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratación pública, en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad, a una normativa nacional que permite a una persona, como [la Azienda], que disfruta permanentemente de recursos públicos y a la que se confía directamente el servicio público sanitario, obtener de esta situación una ventaja competitiva determinante en la licitación con otros operadores económicos, como lo demuestra la magnitud de la baja ofrecida, sin que se hayan previsto simultáneamente medidas correctoras para evitar tal efecto distorsionador de la competencia?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 30 Esta cuestión prejudicial surge de las dudas expresadas por el tribunal remitente acerca de si la normativa italiana aplicable, interpretada en el sentido de que incluye una prohibición general que impide a todos los centros públicos, incluidos, en consecuencia, los hospitales universitarios públicos, tales como la Azienda, participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, puede considerarse conforme a la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia en materia de contratación pública.
- 31 Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debido a su condición de entidad pública empresarial.

- 32 Con carácter preliminar procede señalar que, aunque la cuestión planteada por el tribunal remitente se refiere tanto al artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 como al artículo 1, apartado 8, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, el contrato controvertido en el litigio principal se rige, no obstante, *ratione temporis*, por la Directiva 92/50. En efecto, del apartado 19 de la presente sentencia se desprende que la Región de Lombardía convocó el procedimiento de licitación de que se trata en el litigio principal mediante un anuncio publicado el 5 de octubre de 2005. Pues bien, en virtud de los artículos 80 y 82 de la Directiva 2004/18, esta Directiva sólo derogó a la Directiva 92/50 con efectos a 31 de enero de 2006. Por tanto, el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal se rige por las normas jurídicas vigentes en la fecha de publicación del anuncio de licitación.
- 33 Es necesario señalar también que la posibilidad de que organismos públicos participen en contratos públicos, en paralelo a la participación de operadores económicos privados, ya se desprende con claridad del tenor literal del artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50, según el cual, prestador de servicios es toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios. Además, tal posibilidad de participación fue reconocida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, apartado 51) y fue reiterada en las sentencias posteriores ARGE (EU:C:2000:677, apartado 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, apartado 38) y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (EU:C:2012:817, apartado 26).
- 34 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve sobre este particular que uno de los objetivos de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia lo más amplia posible (véase, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, EU:C:2007:786, apartado 39), apertura que es también en interés de la propia entidad adjudicadora implicada, que dispondrá así de más opciones en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate. Una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico» tendría como consecuencia que los contratos celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados «contratos públicos», que podrían adjudicarse, por tanto, de común acuerdo, eludiendo las normas del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, EU:C:2009:807, apartados 37 y 43).
- 35 Así pues, el Tribunal de Justicia ha concluido que tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, EU:C:2009:807, apartado 42).
- 36 Además, como se desprende del tenor literal del artículo 26, apartado 2, de la Directiva 92/50, los Estados miembros tienen ciertamente la facultad de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas prestaciones. Pueden regular las actividades de las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, que no tienen ánimo de lucro y cuyo objeto se orienta principalmente a la docencia y la investigación. En particular, pueden autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios. No obstante, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado a título oneroso, incluso ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios. Tal prohibición es incompatible con el artículo 1, letras a) y c), de la Directiva 92/50 (véanse, por lo que respecta a las disposiciones correspondientes a la Directiva 2004/18, las sentencias CoNISMa, EU:C:2009:807, apartados 47

a 49, y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, EU:C:2012:817, apartado 27).

- 37 Como indicó el representante del Gobierno italiano en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, los hospitales universitarios públicos, como el demandante en el litigio principal, en su condición de «entidades públicas empresariales» según su calificación a nivel nacional, están autorizados a operar en el mercado a título oneroso, en sectores compatibles con su misión institucional y estatutaria. En el litigio principal, parece, además, que las prestaciones que son objeto del contrato público controvertido no son incompatibles con los objetivos institucionales y estatutarios de la Azienda. En estas circunstancias, corresponde al tribunal remitente comprobar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, que no se pueda impedir a la Azienda participar en esa licitación.
- 38 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 39 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, participar en una licitación y presentar una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente gracias a la financiación pública que recibe, sin que se hayan previsto medidas correctoras para prevenir las eventuales distorsiones de competencia que de ello resulten.
- 40 En la fundamentación de esta cuestión prejudicial, el Consiglio di Stato alberga dudas en cuanto a si el procedimiento de comprobación de las ofertas anormalmente bajas, mencionado en el artículo 37 de la Directiva 92/50, puede considerarse medio suficiente para prevenir este tipo de distorsiones de la competencia.
- 41 A este respecto, aun cuando el tribunal remitente considere deseable buscar mecanismos correctores destinados a reequilibrar las condiciones iniciales entre operadores económicos heterogéneos que deban ir más allá de los procedimientos de comprobación de la eventual anormalidad de las ofertas, debe señalarse que el legislador de la Unión, pese a ser consciente de la distinta naturaleza de los competidores que participan en un contrato público, no estableció más mecanismos que el de la comprobación y eventual rechazo de las ofertas anormalmente bajas.
- 42 Además, ha de recordarse que los poderes adjudicadores deberán dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia.
- 43 No obstante, las disposiciones de la Directiva 92/50 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permiten excluir, *a priori* y sin más examen, de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a un licitador únicamente porque, gracias a las subvenciones públicas que recibe, puede realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de licitadores no subvencionados (véanse, en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartados 25 a 27, y CoNISMa, EU:C:2009:807, apartados 34 y 40).
- 44 Sin embargo, en determinadas circunstancias particulares, la entidad adjudicadora tiene la

obligación o, al menos, la posibilidad, de tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban (véanse, en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartado 29, y CoNISMa, EU:C:2009:807, apartado 33).

- 45 A este respecto, como indicó la Comisión en la vista ante el Tribunal de Justicia, el hecho de que el centro público de que se trata disponga de una contabilidad separada entre sus actividades realizadas en el mercado y sus otras actividades puede permitir comprobar si una oferta es anormalmente baja por el efecto de una ayuda de Estado. No obstante, del hecho de que no exista tal separación contable la entidad adjudicadora no puede deducir que la obtención de una subvención o de una ayuda de Estado no conforme con el Tratado hayan posibilitado tal oferta.
- 46 Procede poner también de relieve que del tenor literal del artículo 37, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/50 se desprende que la posibilidad de rechazar una oferta anormalmente baja no se limita únicamente al supuesto de que la modicidad del precio propuesto en esa oferta esté justificada por la obtención de una ayuda de Estado ilegal o incompatible con el mercado interior. En efecto, esta posibilidad reviste un carácter más genérico.
- 47 Por una parte, del tenor de esa disposición resulta que el poder adjudicador está obligado, al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, a solicitar al candidato que aporte las justificaciones necesarias para demostrar que su oferta es seria (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 28).
- 48 Así pues, la existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia de la Directiva 92/50 destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, EU:C:2012:191, apartado 29).
- 49 Por otra parte, procede observar que el artículo 37 de la Directiva 92/50 no incluye una definición del concepto de «oferta anormalmente baja». Por tanto, corresponde a los Estados miembros y, en particular, a las entidades adjudicadoras determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una «oferta anormalmente baja» con arreglo a dicho artículo (véase, en este sentido, la sentencia Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, EU:C:2001:640, apartado 67).
- 50 Aun así, el legislador de la Unión precisó en esa disposición que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse «con relación a la prestación». Por tanto, el poder adjudicador puede tomar en consideración, en su examen del carácter anormalmente bajo de una oferta, para garantizar una sana competencia, no sólo las circunstancias establecidas en el artículo 37, apartado 2, de la Directiva 92/50, sino también todos los elementos pertinentes por lo que respecta a la prestación controvertida (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, EU:C:2012:191, apartados 29 y 30).
- 51 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en virtud del artículo 37 de dicha Directiva, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal

centro.

Costas

- 52 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 Quinta) declara:

- 1) **El artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios.**
- 2) **Las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en virtud del artículo 37 de dicha Directiva, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro.**

Firmas

* Lengua de procedimiento: italiano.