

**Asunto C-387/19****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

17 de mayo de 2019

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Raad van State (Consejo de Estado, Bélgica)

**Fecha de la resolución de remisión:**

7 de mayo de 2019

**Partes demandantes:**

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

**Parte demandada:**

Vlaams Gewest (Región Flamenca)

**Objeto del procedimiento en el litigio principal**

Recurso de anulación de la decisión de 29 de noviembre de 2016 de la afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (Departamento de Carreteras y Tráfico de Flandes Oriental de la Agencia de Carreteras y Tráfico de la Región Flamenca) en virtud de la cual se adjudicó un contrato público de obras viarias a un competidor de las partes demandantes.

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Fundamento jurídico: 267 TFUE

La petición de decisión prejudicial versa sobre la cuestión de si debe esperarse de un licitador que fue excluido por el poder adjudicador por una «falta profesional grave» que indique *motu proprio* sus posibles faltas profesionales graves y las medidas de subsanación que haya adoptado al respecto, o bien si el poder

adjudicador debe prever aún un procedimiento contradictorio, una vez que ha comprobado que, en su opinión, se da una falta grave que puede dar lugar a la exclusión y antes de que se pueda decidir de forma efectiva la exclusión.

### **Cuestiones prejudiciales**

- 1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 57, apartado 4, letras c) y g), en relación con lo dispuesto en los apartados 6 y 7, 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, en el sentido de que se opone a una aplicación en virtud de la cual se obliga al operador económico a aportar por propia iniciativa la prueba de las medidas que ha adoptado para demostrar su fiabilidad?
- 2) En caso de respuesta afirmativa, ¿tendrán eficacia directa las disposiciones del artículo 57, apartado 4, letras c) y g), interpretadas en relación con lo dispuesto en los apartados 6 y 7 de la [Directiva 2014/24]?

### **Disposiciones de Derecho de la Unión invocadas**

- Artículo 57, apartado 4, letras c) y g), y apartados 6 y 7; artículo 69, apartado 1; y artículo 90 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)
- Principio general del Derecho de contradicción
- Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DO 2016, L 3, p. 16)

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

- Artículos 23 y 24 de la wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (Ley de 15 de junio de 2006 relativa a la contratación pública y a determinados contratos de obras, suministros y servicios)
- Artículos 2 y 3 de la wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (Ley de 29 de julio de 1991 relativa a la motivación expresa de los actos administrativos)
- Artículo 70 de la wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (Ley de 17 de junio de 2016 sobre contratos públicos)

- Artículo 61, apartados 1 y 2, del koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (Real Decreto de 15 de julio de 2011, relativo a la adjudicación de contratos públicos en sectores clásicos)
- Artículo 20 de las algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996 (Pliego general de condiciones de los contratos públicos de obras, suministros y servicios y de las concesiones de obras públicas, incorporado como anexo al Real Decreto de 26 de septiembre de 1996)
- Principios generales del Derecho de buena administración: el principio de igualdad, el principio de competencia, el principio de diligencia y el principio de transparencia, así como el principio de motivación material

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento en el litigio principal**

- 1 La Agencia de Carreteras y Tráfico de la Región Flamenca convoca una licitación pública de obras viarias. La licitación se adjudicará mediante licitación abierta. En el anuncio se señala expresamente que el poder adjudicador podrá excluir a un licitador si este incurre en una falta profesional grave.
- 2 En la decisión de adjudicación, la oferta de las partes demandantes, que juntas constituyen una agrupación temporal, es excluida de la participación en la licitación por faltas profesionales graves. La motivación del acta de adjudicación, que se adjunta a la decisión de adjudicación, aclara los hechos que se consideran constitutivos de faltas profesionales graves respecto a cada una de las partes demandantes. Se trata, entre otras, de infracciones de las disposiciones en materia de seguridad y salud en los astilleros, señalización viaria defectuosa y deficiencias (técnicas) en la ejecución de obras anteriores.
- 3 Las partes demandantes interponen recurso de anulación contra esta decisión de adjudicación ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 4 Este último constata que la resolución del litigio requiere una interpretación del Derecho de la Unión, en particular del artículo 57 de la Directiva 2014/24.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el litigio principal**

- 5 Las partes demandantes alegan vulneración de los artículos 23 y 24 de la citada Ley de 15 de junio de 2006 y del artículo 57, apartados 4, 6 y 7, de la Directiva 2014/24, violación del principio *audi et alteram partem* recogido en dicha Directiva, infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley de 29 de julio de 1991 («Ley de motivación formal») y violación de otros principios generales de buena administración.

- 6 A su juicio, antes de que ser excluidos sobre la base de supuestas faltas profesionales graves, deben tener la posibilidad de formular motivos de defensa en los que poder acreditar que han subsanado los problemas. Las disposiciones de la Directiva antes citadas prevén un procedimiento contradictorio en virtud del cual el licitador puede probar que las deficiencias pasadas han sido identificadas o subsanadas y, además, establecen que hechos como los aquí controvertidos pueden utilizarse como máximo durante tres años para excluir a un licitador, aun cuando no demuestre que ha resuelto los problemas entretanto.
- 7 Las partes demandantes invocan a este respecto el efecto directo de las disposiciones de dicha Directiva antes citadas.

Pueden oponer esta Directiva, que no fue transpuesta al ordenamiento jurídico belga dentro del plazo, a la parte demandada en su condición de órgano administrativo regional, a la vista de la amplia interpretación que realiza el Tribunal de Justicia del concepto de «Estado».

En su opinión, estas disposiciones son incondicionales, claras y precisas. La indicación de que un Estado miembro «establecerá las medidas necesarias» y la mera indicación en la exposición de motivos de que debe dejarse a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento —condiciones que, según las partes demandantes, hacen referencia únicamente al procedimiento— no significan de suyo que la introducción del derecho de todo operador económico a aportar la prueba de sus medidas de subsanación adoptadas por propia iniciativa (*self clearance*) sea condicional.

Las partes demandantes invocan, entre otros aspectos, la sistemática de la Directiva, que a su juicio debe interpretarse en el sentido de que todo operador económico debe tener la posibilidad de demostrar que ha adoptado medidas si el poder adjudicador considera que su integridad se ha visto afectada por la comisión de una falta. En efecto, el licitador podrá saber en todo caso qué considera el poder público como falta grave si tal circunstancia le es comunicada. Por consiguiente, «la *ratio legis* del principio de contradicción entraña [...] que quien esté facultado para formular la oposición sepa a qué puede oponerse». Por tanto, no se trata de que un candidato o licitador deba demostrar «por iniciativa propia» que ha adoptado medidas de subsanación. Esta obligación, impuesta mediante futuros actos jurídicos, no es aplicable, en opinión de las partes demandantes, al presente contrato público, y además resulta contraria a la esencia y a la finalidad del artículo 57 de la Directiva, el cual, al igual que en lo relativo a los precios anormalmente bajos, prevé un procedimiento contradictorio de comprobación.

Además, se ha violado el principio jurídico de *audi et alteram partem*, recogido expresamente en la Directiva. La parte demandada también ha sido negligente y ha actuado violando el principio de transparencia, el principio de competencia leal y el principio de igualdad, puesto que las partes demandantes fueron tratadas de forma desigual en comparación con sus «colegas europeos».

- 8 La parte demandada cuestiona, en primer lugar, que el artículo 57 de la Directiva 2014/24 tenga efecto directo. Rechaza el carácter incondicional, claro y preciso del artículo 57, apartado 6, de dicha Directiva. Cuando menos en cuanto atañe a las medidas de subsanación, en opinión de la parte demandada no se cumple este requisito, pues el artículo 57, apartado 7 dispone que «mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo». Asimismo, en este marco, invoca el considerando 102 de esta misma Directiva. Además, la brevedad con que la Directiva «desarrolla» el sistema de medidas de subsanación implica que los Estados miembros, a la hora de transponer la Directiva en este ámbito, disponen de una amplia facultad discrecional. Por ejemplo, la Directiva no establece cuándo ni de qué modo debe comunicar el candidato o licitador que se adoptaron medidas de subsanación. El hecho de que los Estados miembros dispongan de amplias facultades para desarrollar por sí solos una normativa en materia de medidas de subsanación se deduce también del dato de que la Directiva deja en manos de los Estados miembros determinar qué órgano —el poder adjudicador o bien otro órgano— está facultado para evaluar las medidas de subsanación. A ello apunta también el hecho de que el legislador belga, en el momento de la adjudicación del contrato, haya añadido o aclarado en el acto jurídico aún futuro (artículo 70 de la Ley de 17 de junio de 2016, que transpone el artículo 57 de la Directiva 2014/24) aspectos fundamentales relativos al régimen de medidas de subsanación.
- 9 Con carácter subsidiario, la parte demandada alega que la decisión impugnada no vulnera el régimen de adopción por propia iniciativa de medidas de subsanación (*self cleaning*) establecido por la Directiva. Dado que la Directiva se limita a describir en términos muy genéricos cómo debe configurarse el régimen de medidas de subsanación, para un poder adjudicador resulta difícil determinar, sobre la base del artículo 57, apartado 6, cómo debe aplicar el régimen de medidas de subsanación adoptadas por propia iniciativa. En opinión de la parte demandada, resulta también lógico que en tales circunstancias se busque apoyo en la Ley de 17 de junio de 2016, que establece la obligación de aportar *motu proprio* la prueba de las medidas concretas adoptadas, aun cuando dicha Ley no hubiese entrado todavía en vigor. A juicio de la parte demandada, nada impedía a las partes demandantes comunicar, en el momento de la presentación de sus ofertas, las medidas de subsanación en cuestión.

Tal interpretación del régimen de medidas de subsanación no es, en opinión de la demandada, contraria al artículo 57 de la Directiva. En efecto, el licitador es quien se halla en mejor posición para apreciar si incurre en uno de los motivos de exclusión facultativos y, por tanto, si debe adoptar medidas de subsanación. En el caso de autos, la gravedad de las deficiencias cometidas en anteriores contratos de obras resultaba evidente, tanto más cuanto dichos contratos partieron también de la parte demandada.

Por lo que se refiere a la comparación con el procedimiento contradictorio de comprobación en caso de precios anormalmente bajos, la parte demandada

también replica que del propio artículo 57, apartado 6, y de una comparación del mismo con el artículo 69, apartado 1, de la Directiva se desprende que existe una diferencia fundamental entre estas disposiciones.

De igual modo, invoca el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, cuyo modelo de formulario adjuntado en anexo ofrece la posibilidad de indicar, en relación con todo motivo de exclusión facultativo, incluidas las faltas profesionales graves sobre las que trata el caso de autos, si se adoptaron medidas de subsanación y, en su caso, describirlas. De ello deduce que la Comisión Europea también sostiene que de la Directiva 2014/24 se desprende que corresponde al candidato o licitador tomar él mismo la iniciativa e indicar al poder adjudicador las eventuales medidas de subsanación.

La parte demandada rechaza igualmente que quepa aceptar que el procedimiento sobre medidas de subsanación adoptadas por propia iniciativa sea distinto en función del motivo de exclusión aplicable. Dado que la Directiva persigue una significativa simplificación administrativa del procedimiento de contratación pública, no cabe deducir de ello que el legislador de la Unión hubiese pretendido establecer procedimientos distintos en materia de medidas de subsanación por propia iniciativa.

Con carácter subsidiario de segundo grado, la parte demandada sostiene que no se han violado los principios de buena administración. Por último, invoca la reiterada jurisprudencia del *Raad van State* relativa al derecho a ser oído para alegar que a un poder adjudicador que desea adoptar una decisión de exclusión no le incumbe en principio la obligación de dar audiencia, puesto que no priva de una ventaja anteriormente concedida ni impone sanción alguna, sino que se limita a no conceder una ventaja solicitada.

### **Breve exposición la motivación de decisión prejudicial**

- 10 En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente hace constar que el anuncio de licitación fue publicado el 11 y el 13 de mayo de 2016, esto es, tras la expiración del plazo de transposición de la Directiva, a saber, el 18 de abril de 2016. A partir de tal fecha, para la elaboración del documento europeo único de contratación, debe utilizarse también el formulario normalizado mencionado en el Reglamento de Ejecución 2016/7. Dicho formulario recoge, bajo el epígrafe «Motivos de exclusión», la posibilidad de comunicar si el operador económico ha adoptado medidas de subsanación y, en su caso, de describir dichas medidas.

El artículo 61, apartado 2, punto 4, del Real Decreto de 2011, aplicable en el litigio principal, en virtud del cual fueron excluidas las partes demandantes, disponía que el candidato o licitador que hubiera cometido una falta profesional grave sería excluido del procedimiento de adjudicación en cualquier fase del mismo.

A continuación, el órgano jurisdiccional remitente señala que la Ley de 17 de junio de 2016 —que prevé un procedimiento en virtud del cual el candidato o licitador que pueda ser excluido por deficiencias graves estará facultado para probar por propia iniciativa que ha adoptado «medidas de subsanación»— no había entrado todavía en vigor en la fecha de la decisión impugnada.

A juicio del órgano jurisdiccional remitente, para la apreciación del recurso de anulación debe responderse a la cuestión de si el artículo 57, apartado 4, letras c) y g), en relación con los apartados 6 y 7 de la Directiva 2014/24, se opone a una aplicación del mismo en virtud de la cual un operador económico que, como en el caso de autos, en opinión del poder adjudicador haya cometido una falta profesional grave y no haya indicado por propia iniciativa las eventuales medidas de subsanación adoptadas, será excluido [de la licitación], sin disfrutar de la posibilidad, concedida expresamente en el marco de una propuesta de exclusión del operador económico, de presentar la prueba de la adopción eventual de tales medidas para, pese a ello, demostrar su fiabilidad, o sin haber sido requerido a tal fin en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Si se responde a la anterior cuestión que la Directiva permite la aplicación en cuestión, no tendrá que examinarse más detenidamente la cuestión de si las disposiciones pertinentes de la Directiva tienen efecto directo.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente no encuentra una respuesta inequívoca a esta cuestión en el tenor de las disposiciones controvertidas ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la sentencia de 24 de octubre de 2018, C-124/17, dictada en el asunto Vossloh Laeis GmbH (apartados 20 a 23 y parte dispositiva), relativa al régimen de adopción de medidas de autocorrección, no trata sobre la cuestión controvertida en el presente asunto, a saber, si puede interpretarse el artículo 57, apartado 6, de la Directiva en el sentido de que un poder económico puede alegar por propia iniciativa medidas de subsanación o si bien, antes de que pueda decidirse su exclusión, deberá ser requerido a fin.

El tenor de la disposición en cuestión de la Directiva no proporciona ninguna respuesta definitiva, pues en ella se establece únicamente que «todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente». De igual modo, en el considerando 102 de la Directiva se señala únicamente con carácter general que «los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación».

El formulario normalizado recogido en el Reglamento de Ejecución 2016/7 reitera, en el epígrafe «Motivos de exclusión», la posibilidad de comunicar si el

operador económico ha adoptado medidas de subsanación y, en su caso, de describir dichas medidas.

Ahora bien, los posibles motivos de exclusión afectan a situaciones diversas. En algunos casos, para el operador económico en cuestión resultará fácil prever si se da un motivo de exclusión aplicable. Respecto a otros motivos de exclusión ello no será tan evidente. Existen motivos de exclusión obligatorios y facultativos. En la medida en que se trate probablemente de una «falta grave», como ocurre en el caso de autos, corresponderá al poder adjudicador, de conformidad con el considerando 101 de la Directiva, apreciar libremente en qué medida se trata de una falta grave. La calificación como tal por el poder adjudicador no será siempre, pues, previsible para el licitador afectado. ¿Deberá actuar, por tanto, *motu proprio* el licitador o bien deberá prever el poder adjudicador un procedimiento contradictorio una vez haya comprobado que, según su apreciación, se da una falta grave que puede dar lugar a la exclusión?

Además, las medidas correctoras adoptadas por propia iniciativa pueden incluirse en el examen de la proporcionalidad de la medida de exclusión. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, una interpretación en el sentido de que debe preverse un procedimiento contradictorio antes de que se acuerde efectivamente la exclusión parece fomentar también la competencia.

A ello se contraponen el hecho de que, al dejar la iniciativa al licitador, será mayor la posibilidad de que varios poderes adjudicadores dispongan de la misma información cuando deban adoptar una decisión de adjudicación y, en tal sentido, se dará una mayor transparencia.

Por lo que respecta a la analogía con el régimen relativo al examen de precios anormalmente bajos, el órgano jurisdiccional remitente hace constar que el artículo 69 de la Directiva relativo a las ofertas anormalmente bajas exige una serie de actuaciones al poder adjudicador, lo que no es expresamente el caso en el régimen relativo a la adopción de medidas de subsanación por propia iniciativa establecido en el artículo 57, apartado 6, de la Directiva. Además, señala los diferentes objetivos del régimen relativo a las ofertas anormalmente bajas y del relativo a las medidas de subsanación por propia iniciativa.

- 11 En lo tocante al efecto directo de las disposiciones en cuestión, el órgano jurisdiccional remitente señala que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado todavía al respecto. No obstante, a su juicio, sí cabe hacer constar que el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 requiere medidas complementarias para poder ser aplicado, en particular cuando dispone que todo operador económico podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión aplicable. Lo mismo cabrá afirmar respecto al artículo 57, apartado 7, de dicha Directiva. Así pues, la Directiva no dispone cuándo ni de qué modo debe comunicar el candidato o licitador que se adoptaron medidas de subsanación, ni tampoco a quién se confía el examen de dichas medidas.

- 12 Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el tenor de una disposición en virtud de la cual el Estado miembro «establecerá las medidas necesarias» no impide de suyo que la Directiva pueda atribuir un determinado derecho de forma incondicional y suficientemente precisa. Por consiguiente, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, no puede excluirse por completo que, pese a que parece que no cabe atribuir a las disposiciones en materia de medidas de subsanación por propia iniciativa, en su conjunto, un efecto directo, quizá sí sea posible respecto a determinadas partes de las mismas, que tienen el valor de garantía de mínimos.

Si el Tribunal de Justicia considera que la posibilidad ofrecida a un licitador, en el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, de demostrar su fiabilidad pese a la exclusión por faltas graves, implica que el poder adjudicador deberá brindar, de un modo u otro, tal posibilidad al licitador, antes de excluirlo por tal motivo, se suscita la cuestión de si ello puede considerarse una suerte de protección mínima que pueda determinarse con precisión en virtud de la Directiva.

- 13 Dado que existen, pues, dudas sobre la interpretación de las disposiciones en cuestión, el órgano jurisdiccional remitente acuerda plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales formuladas *supra*.

DOCUMENTO DE TRABAJO