

Asunto C-472/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

20 de junio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia)

Fecha de la resolución de remisión:

14 de junio de 2019

Parte demandante:

Vert Marine SAS

Parte demandada:

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances (Ministro de Economía y Hacienda)

CONSEIL D'ÉTAT (CONSEJO DE ESTADO)

actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo

[omissis]

Visto el siguiente procedimiento:

Mediante una demanda y un escrito de réplica, registrados los días 20 de marzo y 26 de septiembre de 2018 en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Conseil d'État (Consejo de Estado), la sociedad Vert Marine solicita al Conseil d'État (Consejo de Estado) que:

1.º) Anule por desviación de poder la decisión denegatoria presunta originada por el silencio mantenido por el Premier ministre (Primer Ministro) sobre su solicitud dirigida a la derogación de los artículos 19 y 23 del décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (Decreto n.º 2016-86 de 1 de febrero de 2016 relativo a los contratos de concesión).

2.º) Ordene al Primer Ministro derogar estas disposiciones y sustituirlas por disposiciones que permitan garantizar la conformidad de dicho Decreto con el Derecho de la Unión Europea en un plazo de 3 meses desde la notificación de la decisión que se ha de adoptar.

[*omissis*]

Esta sostiene que las disposiciones reglamentarias cuya derogación solicita:

- [*omissis*] [consideración de Derecho constitucional nacional]
- aplican un mecanismo de prohibiciones obligatorias de licitar incompatible con lo dispuesto en el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Mediante escrito de contestación, registrado el 26 de julio de 2018, el Primer Ministro afirma hacer suyas las observaciones del ministre de l'économie et des finances (Ministro de Economía y Hacienda).

Mediante escrito de contestación, registrado el 27 de julio de 2018, el Ministro de Economía y Hacienda solicita que se desestime la demanda. Sostiene que la demanda es inadmisibile en la medida en que la sociedad Vert Marine no tiene interés en ejercitar la acción y en que los motivos formulados por la demandante son infundados.

[*omissis*]

Vistos:

- el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;
- la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014;
- el code de la commande publique (Código de Contratación Pública);
- el code pénal (Código Penal);
- el code de procédure pénale (Código de Enjuiciamiento Criminal);
- la Orden n.º 2016-65 de 29 de enero de 2016;
- el Decreto n.º 2018-1075 de 3 de diciembre de 2018;

[*omissis*]

Considerando lo siguiente:

1. La autoridad competente, ante la que se ha presentado una solicitud dirigida a la derogación de un reglamento ilegal, está obligada a dar curso a la misma, bien porque este reglamento ha sido ilegal desde la fecha de su firma, bien porque la ilegalidad trae causa de circunstancias de Derecho o de hecho posteriores a tal fecha. Cuando, posteriormente a la presentación de una demanda dirigida contra una negativa a derogar disposiciones de carácter reglamentario, la autoridad que ha adoptado el reglamento controvertido procede a su derogación expresa o implícita, el litigio originado por tal negativa a derogar pierde su objeto. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando esta misma autoridad recoge, en un nuevo reglamento, las disposiciones que ha derogado, sin modificarlas o limitándose a aportarles modificaciones meramente formales.
2. El apartado II del artículo 19 del Decreto de 1 de febrero de 2016 relativo a los contratos de concesión prevé que cada candidato a la adjudicación de un contrato de concesión deberá presentar la totalidad de los documentos que justifiquen que no es objeto de ninguna de las exclusiones del procedimiento de adjudicación de los contratos de concesión previstas en los artículos 39, 40 y 42 de la Orden de 29 de enero de 2016 relativa a dichos contratos. El apartado II del artículo 23 del mismo Decreto añade, en su párrafo segundo, que se eliminarán las candidaturas inadmisibles, precisando que es, en particular, «inadmisible la candidatura presentada por un candidato que no puede participar en el procedimiento de adjudicación con arreglo a los artículos 39, 40, 42 y 44 de la Orden de 29 de enero de 2016».
3. Aunque de los documentos obrantes en autos se desprende que los artículos 19 y 23 del Decreto de 1 de febrero de 2016 relativo a los contratos de concesión fueron derogados por el décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (Decreto de 3 de diciembre de 2018 sobre la parte reglamentaria del Código de Contratación Pública), estas disposiciones se recogieron, siendo objeto de modificaciones meramente formales, en los artículos R. 3123-16 a R. 3123-21 del Código de Contratación Pública. En consecuencia, las pretensiones relativas a su derogación no han perdido su objeto y deben considerarse dirigidas contra estos últimos artículos.

Sobre la admisibilidad de la demanda:

4. De los documentos obrantes en autos se desprende que la sociedad Vert Marine está especializada en la gestión delegada de equipos de deporte y recreo y que la parte esencial de su actividad está relacionada con la explotación de contratos de concesión celebrados con entes públicos. Esta justifica, en consecuencia, un interés que le otorga legitimación para interponer un recurso por desviación de poder contra la negativa a derogar las disposiciones reglamentarias controvertidas, en la medida en que estas no prevén un mecanismo de cumplimiento que permita a un operador económico candidato a la adjudicación de un contrato de concesión eludir las prohibiciones de licitar previstas en caso de condena por determinadas infracciones.

5. [omissis]. [consideraciones de Derecho procesal nacional]

Sobre la legalidad interna de las disposiciones reglamentarias controvertidas:

6. La sociedad Vert Marine sostiene que los artículos 19 y 23 del Decreto de 1 de febrero de 2016, cuyas disposiciones se han recogido en el Código de Contratación Pública, son ilegales en la medida en que aplican el artículo 39 de la Orden de 29 de enero de 2016, que resulta incompatible con los objetivos del artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
7. Este motivo, contrariamente a lo que alega el Ministro de Economía y Hacienda en su escrito de contestación, puede ser formulado oportunamente en la medida en que debe considerarse que las disposiciones de los artículos 19 y 23 del Decreto, que fijan la lista de los documentos que permiten justificar que el candidato no es objeto de ninguna exclusión de licitar, fueron adoptadas para la aplicación del artículo 39 de la Orden.
8. El artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE prevé los motivos de exclusión, obligatorios o facultativos, de los operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión. Su apartado 4 precisa las infracciones para las que la condena de un operador económico implica obligatoriamente la prohibición de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión. No obstante, con arreglo al apartado 9 del mismo artículo, *«todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 4 y 7 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad, no obstante la existencia del motivo pertinente para la exclusión. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento. / A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha compensado o se ha comprometido a compensar cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y personales concretas que resulten apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico interesado recibirá una exposición de motivos de dicha decisión. / Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de participar en procedimientos de contratación o adjudicación de concesión no tendrán derecho a hacer uso de la facultad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en los Estados miembros en que la sentencia es efectiva».*

Según el apartado 10 del mismo artículo: *«mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión,*

los Estados miembros precisarán las condiciones de ejecución del presente artículo. En particular, determinarán el período de exclusión máximo, en caso de que el operador económico no adopte las medidas que se señalan en el apartado 9, para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 4 y de tres años a partir de dicha fecha en los casos contemplados en el apartado 7.»

Estas disposiciones quedan aclaradas por el considerando 71 de la Directiva, en virtud del cual: *«no obstante, debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. En concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se deberá dejar de excluir por estos motivos al operador económico. 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 adjudicación de la concesión. No obstante, se debe dejar que sean los Estados miembros quienes determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento para la aplicación de dicha posibilidad. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sea cada poder o entidad adjudicador quien haga las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel central o subcentral».*

9. Con arreglo al artículo 39 de la Orden de 29 de enero de 2016 relativa a los contratos de concesión, que actualmente se ha recogido en el artículo L. 3123-1 del Código de Contratación Pública: *«quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación de los contratos de concesión: / 1.º Las personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por una de las infracciones previstas en los artículos 222-34 a 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 a 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 a 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 a 441-7, 441-9, 445-1 a 445-2-1 o 450-1 del Código Penal, en los artículos 1741 a 1743, 1746 o 1747 del code général des impôts [Ley General Tributaria], y para los contratos de concesión que no son contratos de concesión de defensa o de seguridad en los artículos 225-4-1 y 225-4-7 del Código Penal, o por receptación de dichas infracciones, así como por infracciones equivalentes previstas por la normativa de otro Estado miembro de la Unión Europea. / La condena mediante sentencia firme por una de las citadas infracciones o por receptación de una de las citadas infracciones de un miembro del órgano de gestión, de administración, de dirección o de vigilancia o de una persona física que tenga poderes de representación, de decisión o de control de una persona jurídica implica la exclusión del procedimiento de adjudicación de*

los contratos de concesión de dicha persona jurídica, mientras que esta persona física ejerza sus funciones. / La exclusión del procedimiento de adjudicación de los contratos de concesión con arreglo al presente apartado 1 se aplicará durante un período de cinco años a partir de la fecha en que se dicte la condena [...]»

10. La sociedad Vert Marine sostiene que el Derecho francés ignora los objetivos de la Directiva de 26 de febrero de 2014, puesto que ni las disposiciones de Derecho interno citadas en el apartado anterior ni ninguna otra disposición prevén la posibilidad, para un operador que haya sido condenado mediante sentencia firme por una de las infracciones que estas enumeran y que se encuentre por ello, con arreglo al apartado 1 del artículo 39 de la Orden de 29 de enero de 2016, excluido de los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión durante un período de cinco años, de aplicar medidas particulares destinadas a acreditar su fiabilidad ante un poder adjudicador.
11. La respuesta que se ha de dar a este motivo depende de si la Directiva de 26 de febrero de 2014 debe interpretarse en el sentido de que se opone de manera absoluta a que la normativa de un Estado miembro pueda no ofrecer a un operador económico afectado por un motivo de exclusión como los mencionados en el apartado 1 del artículo 39 de la Orden de 29 de enero de 2016 la posibilidad de aportar pruebas a fin de acreditar que las medidas que este ha adoptado son suficientes para demostrar su fiabilidad al poder adjudicador a pesar de la existencia de este motivo de exclusión, aunque se trate de infracciones de especial gravedad que el legislador haya tratado de reprimir, con el propósito de «moralizar» la contratación pública, para garantizar la ejemplaridad de los candidatos.
12. Por otra parte, el Ministro de Economía y Hacienda señala, en sus escritos procesales, que el Derecho francés establece una serie de mecanismos, tales como el levantamiento —que permite al órgano jurisdiccional ordenar el levantamiento total o parcial de cualquier prohibición, privación o incapacidad que afecta a una persona como consecuencia de una condena penal—, la rehabilitación judicial —que permite suprimir todas las incapacidades y privaciones resultantes de una condena— y la exclusión de la mención de la condena en el boletín n.º 2 del registro de antecedentes penales, previstos respectivamente por el artículo 132-21 del Código Penal, por el artículo 133-12 del Código Penal y por el artículo 775-1 del Código de Enjuiciamiento Criminal, y que la Directiva deja a los Estados miembros libertad para decidir ofrecer a cada poder adjudicador o entidad adjudicadora la posibilidad de apreciar la pertinencia de las medidas de cumplimiento o de confiar estos cometidos a otras autoridades a un nivel central o subcentral. La respuesta que se ha de dar al motivo formulado en la demanda depende también de si estos mecanismos, aplicados por una autoridad judicial, pueden ser considerados como mecanismos de cumplimiento adecuados, lo que implica determinar si una autoridad jurisdiccional puede ser considerada como una autoridad a un nivel central o subcentral, en el sentido del considerando 71 de la Directiva, y si las condiciones para la obtención de las medidas judiciales de la

misma naturaleza que las que existen en el Derecho francés pueden permitir equipararlas a los mecanismos de cumplimiento en el sentido de la Directiva.

13. Estas cuestiones son decisivas para la solución del litigio que ha de resolver el Conseil d'État (Consejo de Estado) y presentan una dificultad seria. Procede, en consecuencia, plantear tales cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, hasta que este se pronuncie sobre las mismas, suspender el procedimiento sobre la demanda presentada por la sociedad Vert Marine.

DECIDE:

Artículo 1: Suspender el procedimiento sobre la demanda presentada por la sociedad Vert Marine hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Debe interpretarse la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en el sentido de que se opone a que la legislación de un Estado miembro, en aras de la «moralización» de la contratación pública, pueda no ofrecer a un operador económico condenado mediante sentencia firme por una infracción de especial gravedad y contra el que se ha dictado, como consecuencia de ello, una medida de prohibición de participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato de concesión durante un período de cinco años la posibilidad de presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad al poder adjudicador, no obstante la existencia de este motivo para la exclusión?
- 2) Si bien la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, permite a los Estados miembros confiar a otras autoridades distintas del poder adjudicador en cuestión el cometido de apreciar el mecanismo de cumplimiento de los operadores, ¿permite esta facultad confiar este mecanismo a las autoridades judiciales? En caso de respuesta afirmativa, ¿pueden equipararse a los mecanismos de cumplimiento a que se refiere la Directiva los mecanismos previstos por el Derecho francés tales como el levantamiento de prohibiciones, la rehabilitación judicial y la eliminación de la mención de la condena en el boletín n.º 2 del registro de antecedentes penales?

[omissis] [omissis] [indicaciones de naturaleza procedimental]