

Asunto C-927/19**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:**

18 de diciembre de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, Lituania)

Fecha de la resolución de remisión:

17 de diciembre de 2019

Parte demandante en primera instancia y recurrida en casación:

«Ecoservice Klaipėda» UAB

Parte demandada en primera instancia y recurrente en casación:

«Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB

Objeto del procedimiento principal

El litigio principal versa sobre la interpretación y la aplicación de las normas sustantivas que regulan la protección de la información confidencial aportada por los proveedores a los poderes adjudicadores durante los procedimientos de contratación pública y de recurso; el establecimiento del pliego de condiciones, y la clasificación de la información aportada por los proveedores como falsa.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación de las disposiciones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), 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 lo sucesivo, «Directiva 2014/24») y de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (en lo sucesivo, «Directiva 2016/943»), que se refieren al pliego de condiciones y a varios aspectos de la protección de la información confidencial en la contratación pública; de las sentencias del Tribunal de Justicia, de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt (C-387/14), y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18), y del artículo 267 TFUE, párrafo primero, letra b), y párrafo tercero.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58, apartados 3 o 4, de la Directiva 2014/24 la cláusula de un pliego de condiciones con arreglo a la cual se exige a los proveedores que demuestren un determinado nivel de ingresos de explotación medios anuales obtenidos mediante la realización de actividades únicamente relacionadas con servicios específicos (gestión de residuos municipales mezclados)?
- 2) ¿Depende el método de evaluación de la capacidad de los proveedores establecido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt (C-387/14) de la respuesta dada a la primera cuestión?
- 3) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de las siguientes disposiciones de la Directiva 2014/24: a) el artículo 58, apartado 4, b) el artículo 42 en relación con las disposiciones del anexo VII, y c) el artículo 70, una cláusula de un pliego de condiciones con arreglo a la cual se exige a los proveedores que demuestren que los vehículos necesarios para la prestación de servicios [de gestión de residuos] cumplen requisitos técnicos específicos, que incluyen, por ejemplo, requisitos relativos a las emisiones contaminantes (Euro 5), la instalación de un transmisor GPS y la capacidad adecuada?
- 4) ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, que establece el principio de la eficacia de los procedimientos de recurso, el artículo 1, apartados 3 y 5, de dicha Directiva, el artículo 21 de la Directiva 2014/24 y la Directiva 2016/943, en particular su considerando 18 y su artículo 9, apartado 2, párrafo tercero (conjuntamente o por separado, pero sin ánimo exhaustivo), en el sentido de que, cuando en las normas jurídicas nacionales que regulan la contratación pública se establece un procedimiento administrativo previo de solución de conflictos de carácter vinculante:
 - a) el poder adjudicador tiene que proporcionar al proveedor que incoa el procedimiento de recurso todos los datos de la oferta de otro proveedor (independientemente de su naturaleza confidencial), si el objeto

específico de dicho procedimiento es la legalidad de la evaluación de dicha oferta y el proveedor que incoa el procedimiento ha solicitado explícitamente al poder adjudicador con anterioridad a la incoación que se los proporcione;

- b) independientemente de la respuesta dada a la cuestión anterior, el poder adjudicador, al desestimar la pretensión del proveedor con respecto a la legalidad de la evaluación de la oferta de su competidor, debe en todo caso responder de forma clara, completa y específica, a pesar de que exista el riesgo de divulgar información confidencial sobre la oferta que la haya sido confiada?
- 5) ¿Se han de interpretar el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, el artículo 1, apartados 3 y 5, y el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665, el artículo 21 de la Directiva 2014/24 y la Directiva 2016/943, en particular su considerando 18 (conjuntamente o por separado, pero sin ánimo exhaustivo) en el sentido de que la decisión del poder adjudicador de no conceder a un proveedor acceso a los datos confidenciales de la oferta de otro participante puede ser impugnada de forma separada ante los órganos jurisdiccionales?
- 6) Si la respuesta dada a la cuestión anterior es afirmativa, ¿debe interpretarse el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 89/665 en el sentido de que el proveedor debe interponer recurso ante el poder adjudicador con respecto a su decisión y, de ser necesario, ejercitar una acción ante los órganos jurisdiccionales?
- 7) Si la respuesta dada a la cuestión anterior es afirmativa, ¿deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, y el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 en el sentido de que, dependiendo del alcance de la información disponible sobre el contenido de la oferta de otro proveedor, el proveedor podrá ejercitar una acción ante los tribunales exclusivamente en relación con la negativa a proporcionarle información, sin poner en tela de juicio, de forma separada, la legalidad de otras decisiones del poder adjudicador?
- 8) Con independencia de las respuestas que se den a las cuestiones anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 9, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 2016/943 en el sentido de que el órgano jurisdiccional, habiendo recibido la solicitud de la parte demandante de que se ordene a la otra parte del litigio aportar pruebas y de que el órgano jurisdiccional las ponga a su disposición, debe estimar esa solicitud, sin tener en cuenta la actuación del poder adjudicador durante los procedimientos de contratación o de recurso?
- 9) ¿Debe interpretarse el artículo 9, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 2016/943 en el sentido de que, tras desestimar la pretensión de la parte demandante en cuanto a la divulgación de información confidencial de la otra parte del litigio, el órgano jurisdiccional ha de evaluar de oficio la

importancia de los datos cuya divulgación se solicita y los efectos de los datos sobre la legalidad del procedimiento de contratación pública?

- 10) ¿Puede aplicarse el motivo de exclusión de proveedores previsto en el artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva 2014/24, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, Delta Antreprizã de Construcții și Montaj 93, de tal forma que el órgano jurisdiccional, al examinar un litigio surgido entre un proveedor y el poder adjudicador, pueda decidir de oficio, con independencia de la evaluación del poder adjudicador, que el licitador de que se trate, actuando deliberadamente o por negligencia, presentó al poder adjudicador información engañosa y no conforme con la realidad y que, por lo tanto, debió quedar excluido de los procedimientos de contratación pública?
- 11) ¿Debe interpretarse y aplicarse el artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva 2014/24, en relación con el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva, de modo que, si el Derecho nacional establece penas complementarias (además de la exclusión de los procedimientos de contratación) para la presentación de información falsa, esas penas solo pueden aplicarse sobre la base de la responsabilidad personal, en particular cuando solo una parte de una agrupación de participantes en el procedimiento de contratación pública haya presentado información no conforme con la realidad (por ejemplo, uno de varios socios)?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, artículo 1, apartados 3 y 5, y artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.

Artículo 18, apartado 1, artículo 21, artículo 42 en relación con el anexo VII, artículo 57, apartado 4, letra h), artículo 58, apartados 3 y 4, y artículo 70 de la Directiva 2014/24.

Considerando 18 y artículo 9, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 2016/943.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículo 1.116 (Secreto comercial y profesional) del Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Código Civil de la República de Lituania; en lo sucesivo, «Código Civil»).

Artículo 10, apartados 1 a 4 (Acceso público a los autos) y artículo 10¹, apartados 1 a 5 (Características específicas de la protección de los secretos comerciales) del

Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Ley de Enjuiciamiento Civil de la República de Lituania; en lo sucesivo, «Ley de Enjuiciamiento Civil»).

Artículo 2, apartado 34 (Principales términos utilizados en la presente ley), artículo 17, apartado 1 (Principios clave de la contratación), artículo 20, apartados 1 a 5 (Confidencialidad), artículo 37, apartados 1, 3 y 4 (Especificación técnica), artículo 45, apartados 1 y 3 (Principios generales de la evaluación de los proveedores y de las solicitudes de participación, así como de las ofertas presentadas por ellos), artículo 46, apartados 4, puntos 4 y 5, 5, 7 y 8 (Motivos de exclusión de un proveedor), artículo 47, apartados 1, puntos 1 a 3, y 6 (Verificación de las cualificaciones de un proveedor), artículo 52, apartados 1, puntos 1 y 2, 2 y 3 (Retención de información o presentación de información falsa o falta de presentación de documentos), artículo 55, apartado 9 (Evaluación y comparación de ofertas), y artículo 58, apartados 3 y 5 (Comunicación de los resultados del procedimiento de contratación) de la Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Ley de Contratación Pública de la República de Lituania; en lo sucesivo, «Ley de Contratación Pública»).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 27 de septiembre de 2018, la demandada en primera instancia (en lo sucesivo, «poder adjudicador») anunció la convocatoria de un procedimiento abierto de contratación internacional para la prestación de servicios relacionados con la recogida de residuos municipales del municipio de Neringa y su transporte a las instalaciones de tratamiento de la región de Klaipėda (en lo sucesivo, «procedimiento de licitación»).
- 2 Tres proveedores presentaron ofertas: la demandante en primera instancia «Ecoservice Klaipėda» UAB (en lo sucesivo, «demandante», «licitador A»); «Ekonovus» UAB; y la agrupación de operadores económicos «Klaipėdos autobusų parkas» UAB, «Parsekas» UAB y «Klaipėdos transportas» UAB que operaban en virtud de un contrato de asociación (en lo sucesivo, «licitador B»).
- 3 El 29 de noviembre de 2018, el poder adjudicador comunicó a los participantes la evaluación de sus ofertas y los resultados finales del procedimiento de licitación: el licitador B fue el adjudicatario y la demandante quedó clasificada en segundo lugar.
- 4 El 10 de diciembre de 2018, la demandante interpuso un recurso ante el poder adjudicador, por el que impugnaba los resultados del procedimiento de licitación por considerar que las cualificaciones del licitador B no cumplían los requisitos exigidos. Según la información de que disponía la demandante, «Parsekas» UAB no pudo haber ejecutado contratos relativos a la recogida y transporte de residuos municipales mezclados de una cuantía total de 200 000 euros (IVA excluido) durante los últimos tres años (como se exige en la parte del pliego de condiciones titulada «Capacidad económica y financiera»), dado que, en el marco de otros procedimientos de contratación, dicha empresa suele participar en contratos de

asociación en calidad de socio principal que recibe el dinero para la prestación de los servicios, pero *de facto* no realiza actividades de gestión de residuos municipales mezclados. Además, según la demandante, el licitador B no cumple los requisitos relativos a la capacidad técnica, ya que el vehículo al que se hace referencia en los documentos presentados por «Parsekas» UAB en el procedimiento de licitación no satisface varios parámetros técnicos obligatorios establecidos en el pliego de condiciones (especificaciones técnicas).

- 5 El 17 de diciembre de 2018, el poder adjudicador, tras examinar el recurso de la demandante, decidió desestimarlos afirmando que el licitador B había confirmado el cumplimiento del requisito relativo a los contratos ejecutados y había aportado, de conformidad con el pliego de condiciones, pruebas de los contratos celebrados en relación con la gestión de residuos municipales mezclados cuya cuantía se correspondía con el importe exigido e información técnica sobre el vehículo declarado.
- 6 El 27 de diciembre de 2018, la demandante interpuso recurso ante el Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda, Lituania).
- 7 Mediante sentencia desestimatoria de 15 de marzo de 2019, ese tribunal de primera instancia declaró que el licitador B cumplía los requisitos relativos a la cualificación aplicables a los proveedores.
- 8 A raíz del recurso de apelación interpuesto por la demandante, el Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania), anuló la sentencia del tribunal de primera instancia mediante sentencia de 30 de mayo de 2019, estimó el recurso de la demandante, anuló la decisión de la demandada por la que se establecía la clasificación de los licitadores y ordenó al poder adjudicador repetir la evaluación de las ofertas. El tribunal declaró que el licitador B había cumplido los requisitos relativos a los contratos ejecutados, pero no había conseguido demostrar su capacidad técnica, puesto que no todos los vehículos declarados en una fecha posterior se habían incluido inicialmente en la oferta.
- 9 La demandada interpuso recurso de casación, y la demandante respondió a él.
- 10 Asimismo, en el litigio principal, la demandante y la demandada discrepan en cuanto a qué datos de la oferta seleccionada pueden hacerse públicos y cuáles constituyen información confidencial a la que no puede concederse acceso a la demandante.
- 11 El 4 de diciembre de 2018, la demandante solicitó al poder adjudicador acceso a la oferta del licitador B y, el 6 de diciembre de 2018, consultó los datos no confidenciales contenidos en ella.
- 12 En el procedimiento ante el tribunal de primera instancia, la demandante solicitó que se ordenara a la demandada que aportase documentos adicionales y que permitiera el acceso a toda la información incluida en la oferta del licitador B (excluyendo únicamente la información delicada a efectos comerciales), y que se

ordenara a «Parsekas» UAB que facilitase datos sobre los contratos de gestión de residuos clasificados como confidenciales que hubiera celebrado.

- 13 Tras haber facilitado al tribunal documentos adicionales, la demandada solicitó a este que no se concediera acceso a la demandante a los datos confidenciales presentados incluidos en la oferta del licitador B y que se clasificaran en los autos como material no público.
- 14 Mediante auto de 30 de enero de 2019, el tribunal de primera instancia aceptó esta solicitud de demandada y, en los días 14 y 21 de febrero de 2019, denegó las solicitudes presentadas por la demandante mencionadas en los anteriores apartados.
- 15 El 26 de julio de 2019, la demandante, antes de presentar su escrito de contestación al recurso de casación, solicitó al tribunal de casación [el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Lituania)], que le concediera acceso a los documentos confidenciales presentados por la demandada ante el tribunal de primera instancia, que contenían información realmente delicada a efectos comerciales que había sido ocultada.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 16 En el presente asunto, las partes discuten si las cualificaciones de la agrupación de operadores económicos a la que se ha declarado adjudicataria cumplen los requisitos establecidos por el poder adjudicador.
- 17 En principio, el tribunal de casación solo debe pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por la demandada en su recurso de casación, concretamente, si el licitador B cumple el requisito relativo a la capacidad técnica. Sin embargo, en el presente asunto, el tribunal de casación contempla la posibilidad de ir, de oficio, más allá de los límites del recurso de casación y pronunciarse sobre otros aspectos del conflicto entre las partes, no solo fundamentándose en la protección del interés público, sino también habida cuenta de la situación específica surgida en el caso de autos, en la que a la demandante se le denegó, en esencia, toda la información a la que solicitó acceso en la fase precontenciosa y en el procedimiento.
- 18 Con independencia de que el órgano jurisdiccional nacional haya planteado de oficio la necesidad de interpretar el Derecho de la Unión, traspasando los límites del conflicto entre las partes, el Tribunal de Justicia es competente para realizar la interpretación solicitada (véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, y de 25 de octubre de 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 En el presente litigio, la sala plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones: a) la legalidad de algunas cláusulas del pliego de condiciones; b) varios aspectos relativos a la protección de la información confidencial en los

procedimientos de contratación pública, y c) la evaluación de posibles declaraciones falsas del adjudicatario y las consecuencias de dichos actos.

Legalidad de la actuación del poder adjudicador al evaluar el cumplimiento por parte del licitador B de los requisitos de cualificación

- 20 Según la jurisprudencia del tribunal de casación, al pronunciarse sobre litigios entre los poderes adjudicadores y los proveedores, lo que importa es, en esencia, el contenido de una condición, no la designación que le haya dado el poder adjudicador. La adecuada clasificación de las condiciones de los pliegos de la contratación dará lugar a la adecuada aplicación de las disposiciones de la Ley de Contratación Pública, que comprende varios procedimientos, y, por ende, a la apropiada solución de conflictos.

a) Contenido y aplicación del requisito de capacidad económica y financiera

- 21 El requisito de capacidad económica y financiera relativo a los ingresos medios anuales de los proveedores obtenidos mediante la realización de actividades de gestión de residuos municipales mezclados, establecido en el pliego de condiciones, corresponde, en esencia, al artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24, que prevé la posibilidad de exigir que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Sin embargo, la sala considera que también podría corresponder a los requisitos de capacidad profesional establecidos en el artículo 58, apartado 4, de dicha Directiva.
- 22 Cabe señalar que del tenor del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24 (en particular, de la expresión «en concreto») se desprende que el volumen de negocios anual exigido en el ámbito al que se refiera el contrato no es totalmente aplicable como alternativa en el sentido de que, cuando se impone el requisito del volumen de negocios, en primer lugar, debe evaluarse el volumen de negocios global y, en segundo lugar, el volumen de negocios en un ámbito específico establecido a elección del poder adjudicador. En otras palabras, tal interpretación del tenor del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24 permite concluir que no se puede establecer de forma independiente el volumen de negocios en un ámbito específico, sin exigir, al mismo tiempo, el requisito del volumen de negocios global.
- 23 Además, no está totalmente claro el alcance de la expresión «ámbito al que se refiera el contrato». De hecho, según la cláusula del pliego de condiciones de que se trata, los proveedores tenían que demostrar específicamente su capacidad de prestar los servicios de recogida y transporte de residuos municipales mezclados, a los que se hacía referencia en el anuncio del procedimiento de licitación, y no en el ámbito de la gestión de residuos en general. La sala se inclina por interpretar dicha expresión de forma más amplia (más abstracta): en el litigio de que conoce, la expresión significaría que, en virtud del artículo 58, apartado 3, de la Directiva

2014/24, la demandada, al pretender imponer específicamente un requisito relativo a la capacidad financiera, tendría que fijar, en primer lugar, el volumen de negocios global anual y, en segundo lugar, al mismo tiempo, la proporción de dicho volumen de negocios en el ámbito de los servicios de gestión de residuos no especificados.

- 24 Las cuestiones antes mencionadas relativas a la clasificación adecuada de la cláusula del pliego de condiciones planteadas por el tribunal de casación de oficio, no solo se refieren a la posible legalidad de este requisito de la licitación, sino también a su correcta aplicación. Cabe señalar que la demandante consideró reiteradamente a lo largo de todo el procedimiento que «Parsekas» UAB, miembro del licitador B, no podía presentar ante el poder adjudicador para su evaluación contratos que, en primer lugar, no había ejecutado solo en su totalidad, sino en colaboración con otros socios, incluida la propia demandante, y que, en segundo lugar, tenían un objeto que no estaba limitado a la gestión de residuos municipales mezclados.
- 25 Contrariamente a lo que declararon los órganos jurisdiccionales, la sala considera que el mero hecho de que, con arreglo al pliego de condiciones, la capacidad económica y financiera de los proveedores se tuviera que demostrar mediante declaraciones de los participantes no ceñidas a un formulario no significa que otros proveedores no puedan cuestionar dichas declaraciones o la fiabilidad de los datos declarados.
- 26 Es preciso recordar que la demandada, el licitador B y los órganos jurisdiccionales interpretaron el requisito relativo a la cualificación aplicable a los proveedores de que se trata en el sentido de que el pliego de condiciones no exigía que los operadores económicos demostraran su cumplimiento del requisito de cualificación para percibir ingresos exclusivamente en su nombre o por su propia cuenta (es decir, no en calidad de socio principal) y solo con respecto a la gestión de residuos municipales mezclados en el caso de la ejecución de un contrato complejo (una variedad de residuos). Al tribunal de casación no le queda del todo claro el método para demostrar la cualificación de que se trata de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 27 En su sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), el Tribunal de Justicia señaló, en particular, que cuando un operador económico se basa en la experiencia de una agrupación de empresas de la que formó parte, esta debe apreciarse en relación con la participación concreta de este operador y, por tanto, a su contribución efectiva al ejercicio de una actividad exigida a dicha agrupación en el marco de un contrato público determinado; de ello resulta que un operador económico no puede invocar, como parte de la experiencia exigida por el poder adjudicador, las prestaciones efectuadas por otros miembros de una agrupación de empresas en cuya realización no participó de forma efectiva y concreta.

- 28 Cabe señalar que en esa sentencia la cuestión y la respuesta versaban sobre el artículo 48, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, que establece específicamente el método para evaluar el requisito relativo a la capacidad profesional.
- 29 En caso de que la cláusula del pliego de condiciones antes mencionada continúe clasificándose como requisito de capacidad económica y financiera a la que resultarían aplicables las interpretaciones expuestas del Tribunal de Justicia con respecto a la evaluación del cumplimiento de las condiciones de capacidad profesional, se suscitara la cuestión de la separación y la adecuada aplicación de estos requisitos de cualificación.

b) Contenido y aplicación del requisito de capacidad técnica y profesional

- 30 El tribunal de casación también alberga dudas en cuanto a la clasificación de los requisitos relativos a la capacidad técnica de los proveedores establecidos en el pliego de condiciones, con arreglo al cual los proveedores tenían que demostrar que cumplían dichos requisitos proporcionando vehículos (de recogida de basuras) que tuvieran las características técnicas apropiadas.
- 31 Según la jurisprudencia del tribunal de casación, los licitadores tienen mucha más libertad para modificar los datos relativos a la cualificación de los proveedores que la información sobre, por ejemplo, el objeto del contrato, sus características técnicas, el precio propuesto y las obligaciones contractuales. En opinión del tribunal de casación, el motivo de esta diferenciación del derecho de los proveedores a modificar los datos es que las cualificaciones de los proveedores son una categoría objetiva que hace referencia a circunstancias pasadas y presentes, y las cualificaciones existen o no existen. Con arreglo a las normas nacionales actualmente vigentes que regulan la contratación pública, el derecho de los proveedores a modificar los datos sobre las cualificaciones y los detalles la oferta varía en cuanto a su alcance.
- 32 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende una postura similar. En opinión del tribunal de casación, con respecto a las normas estrictas, que se han de interpretar restrictivamente, sobre la modificación de los datos de la oferta, establecidas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), cabe aplicar una excepción en el caso de la evaluación de datos relativos a la cualificación. El Tribunal de Justicia señaló, en el apartado 39 de la sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), que la entidad adjudicadora puede solicitar que se corrijan o completen de manera puntual los datos que figuren en un expediente, siempre que la solicitud se refiera a información o datos, como el balance publicado, cuya anterioridad con respecto al término del plazo de presentación de candidaturas sea objetivamente verificable.
- 33 Asimismo, el tribunal de casación alberga dudas sobre la legalidad del requisito relativo a la capacidad técnica de los proveedores. Aunque en la sentencia de 10

de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos (C-368/10, EU:C:2012:284), el Tribunal de Justicia declaró que algunos requisitos pueden fijarse como especificación técnica y como criterio de adjudicación del contrato o como condición de ejecución del contrato, al tribunal de casación no le queda del todo claro si en el caso de autos se da la misma situación.

- 34 Cabe recordar que durante mucho tiempo el Tribunal de Justicia consideró que la evaluación de las cualificaciones de los proveedores y de su oferta se regía por diferentes requisitos (véase la sentencia de 24 de enero de 2008, Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). Según dicha jurisprudencia, las cualificaciones de los proveedores no pueden considerarse un criterio de adjudicación del contrato.
- 35 Sin embargo, en su interpretación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia ha matizado en cierto modo esta línea jurisprudencial al señalar que los conocimientos técnicos y la experiencia de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato público pueden figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, porque la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la «valía profesional» de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación (sentencia de 26 de marzo de 2015, Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).
- 36 La *ratio decidendi* en ese asunto, como explicó posteriormente el Tribunal de Justicia, es que el poder adjudicador de que se trataba realizó una auténtica comparación de las ofertas admisibles para identificar la oferta económicamente más ventajosa; la experiencia del equipo técnico propuesto era una característica intrínseca de la oferta, y no un mero criterio de apreciación de la aptitud de los licitadores (sentencia de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). En última instancia, esta regla de la interpretación jurídica también se estableció en el artículo 67, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/24. En cualquier caso, además de la disposición excepcional en cuestión, el marco normativo sigue estableciendo un modelo que separa los criterios (de adjudicación) relativos a la cualificación y a la oferta.
- 37 Se considera que, si las cualificaciones de los proveedores no pueden utilizarse normalmente para comparar las ofertas, las disposiciones técnicas del objeto del contrato no deben fijarse como requisitos relativos a la capacidad de los proveedores.
- 38 De conformidad con el pliego de condiciones, el poder adjudicador exigió a los proveedores que demostraran que los vehículos que iban a utilizar en la prestación de los servicios cumplían los parámetros técnicos específicos. Estas disposiciones están relacionadas, en particular, con la condición pertinente fijada en las especificaciones técnicas. Es preciso considerar que dichos requisitos van más allá de lo que cabe pretender al verificar la capacidad técnica de los proveedores.

- 39 El artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24 dispone, en particular, que los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. En el presente asunto, los requisitos técnicos específicos y precisos aplicables a los vehículos sugieren que para el poder adjudicador no era importante verificar, en general, la capacidad de los proveedores para ejecutar el contrato de servicios de gestión de residuos adecuadamente, sino establecer una forma concreta de ejecutar el contrato con la que se pretende, entre otras cosas, satisfacer los objetivos medioambientales (norma Euro 5) y comprobar el cumplimiento de las obligaciones contractuales (equipo GPS).
- 40 En este ámbito, la jurisprudencia del tribunal de casación es de carácter casuístico; no establece normas jurídicas claras en lo que se refiere a cuándo se considera que un requisito es una condición relativa a la capacidad técnica y cuándo es una disposición de las especificaciones técnicas. En opinión de la sala debe existir, en principio, una correlación entre la exhaustividad de una cláusula del pliego de condiciones y la clasificación de su contenido, es decir, cuanto más criterios técnicos (formales) específicos se tengan que demostrar, con mayor motivo el contenido de dicho requisito dejará de formar parte de la capacidad técnica y quedará comprendido en las especificaciones técnicas o en las condiciones de ejecución del contrato. Esta afirmación también se deduce del alcance y la exhaustividad del artículo 58, apartado 4, y el anexo VII de la Directiva 2014/24.

Equilibrio entre la protección de la información confidencial de un proveedor y la eficacia de la defensa de los derechos del otro proveedor

- 41 La demandante pretendió sin éxito, tanto en la fase precontenciosa como en el procedimiento judicial, tener acceso a la oferta del licitador B. Esta es una situación común, característica de la práctica lituana en materia de contratación pública, que el tribunal de casación intenta de forma reiterada limitar mediante su jurisprudencia.
- 42 Sin embargo, en el contexto del presente litigio, cabe señalar que el propio poder adjudicador defendió firmemente el derecho del licitador B a la protección de la información confidencial.
- 43 En opinión de la sala, la principal consecuencia negativa de esta práctica habitual en Lituania es que, en parte, no se garantiza la defensa de los derechos de las partes demandantes puesto que, al igual que sucede en el caso de autos, estas disponen de menos información que las otras partes del litigio. Además, la eficacia de la defensa de los derechos de las partes demandantes depende en esencia de la decisión del órgano jurisdiccional de reconocer la confidencialidad de la información pertinente solicitada por ellas (autos no públicos). Si el órgano jurisdiccional decide no proporcionar a la parte demandante la información que ha solicitado, las posibilidades de que esta vea satisfechas sus pretensiones se reducen al mínimo, ya que normalmente los órganos jurisdiccionales, al igual que

en el presente asunto, no entran de oficio a examinar si los datos confidenciales cumplen los requisitos del procedimiento de contratación pública o las normas jurídicas, ni valoran la fiabilidad de esos datos, entre otras cosas.

- 44 A este respecto, el tribunal de casación ha señalado, en particular, que, en primer lugar, el derecho del proveedor a la protección de la información especificada por separado en su oferta que no ha de ser revelada, reconocido en el artículo 20 de la Ley de Contratación Pública, solo comprende los datos clasificados como secreto comercial (industrial), en el sentido del artículo 1.116, apartado 1, del Código Civil; el mero hecho de que, en algunos supuestos, otros operadores económicos no puedan acceder libremente a algunos datos del proveedor y sus actividades no significa que dichos datos deban protegerse en los procedimientos de contratación pública si no se clasifican secretos comerciales. Cabe señalar que las disposiciones del artículo 1.116 del Código Civil corresponden, en esencia, a las de la Directiva 2016/943 sobre esta materia.
- 45 En segundo lugar, se ha de considerar, en esencia, que el derecho de un proveedor a acceder a la oferta de otro proveedor forma parte de la protección de los derechos vulnerados. Con arreglo a las normas nacionales que regulan la contratación pública, el derecho del proveedor a acceder a la oferta de otro proveedor constituye un derecho individual autónomo que se ejercita de forma separada mediante la interposición de recursos judiciales, sin que se exija formalmente a la parte demandante, sin disponer de todos los datos necesarios, que incoe un litigio sobre los resultados del procedimiento de licitación en el que, además, solicite que se ordene al poder adjudicador que aporte pruebas y que el órgano jurisdiccional las ponga a su disposición, y posiblemente, a continuación, que complete o aclare las pretensiones formuladas en el recurso.
- 46 No obstante, en este ámbito, el tribunal de casación alberga dudas sobre el contenido específico del deber encomendado a los poderes adjudicadores de proteger la confidencialidad de la información que los proveedores les hayan confiado y la relación entre dicho deber y el de garantizar la eficacia de la defensa de los derechos de los operadores económicos que hayan incoado el procedimiento de recurso también encomendado a dichos poderes. Aunque, en su sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) —prácticamente la única sentencia sobre el tema— el Tribunal de Justicia subrayó la naturaleza fiduciaria de las relaciones entre los proveedores y el poder adjudicador (relaciones de confianza), del artículo 9, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 2016/943 (artículo 10¹, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que se adoptó con posterioridad, se desprende claramente que en ningún caso las partes del litigio podrán disponer de diferente cantidad de datos, ya que de otra forma se violarían los principios de tutela judicial efectiva y de imparcialidad del procedimiento.
- 47 Si, con arreglo a dicha norma jurídica, el órgano jurisdiccional ha de garantizar a la parte demandante el derecho a acceder al secreto comercial de una parte del litigio, no queda claro por qué no se le debe conceder este derecho antes del inicio

del procedimiento judicial, puesto que esto le ayudaría a decidir si incoa el procedimiento de recurso.

- 48 A excepción del considerando 18, la Directiva 2016/943 no contiene ninguna mención específica consagrada a los procedimientos de contratación pública en particular. Además, cabe preguntarse si la protección de la información que constituye el secreto comercial de los licitadores debe ser de un nivel diferente (superior), en comparación con las entidades económicas que operan en otras relaciones jurídicas. Tampoco el artículo 21 de la Directiva 2014/24 ni las disposiciones pertinentes de la Directiva 89/665 arrojan luz sobre este tema.
- 49 El tribunal de casación ha señalado reiteradamente que, aunque los poderes adjudicadores no son órganos de recurso, debido al sistema administrativo previo de solución de conflictos de carácter vinculante, disponen de amplias facultades para cooperar con los proveedores (con los que interponen el recurso y con aquellos contra los que se interpone) y, en algunos casos, también el deber —derivado del objetivo de proteger de manera efectiva los derechos de los proveedores— de llevar a cabo, en función de su competencia y de las medidas de que dispongan, las acciones necesarias para garantizar que los proveedores puedan realmente proteger cualesquiera intereses que se hayan podido vulnerar. Esta jurisprudencia coincide con el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 89/665 que establece que los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador.
- 50 Dado que el legislador lituano estableció un procedimiento obligatorio para interponer y examinar recursos, y que los órganos jurisdiccionales consideran que el derecho del proveedor a acceder a las ofertas de otros licitadores forma parte de la defensa de sus derechos, no sería coherente interpretar las disposiciones antes mencionadas del Derecho de la Unión en el sentido de que los proveedores solo podrán acceder a dicha información durante el procedimiento judicial.
- 51 Además, el tribunal de casación alberga dudas sobre cómo debe procederse a informar a las partes del litigio de conformidad con el artículo 9, apartado 2, párrafo 3, de la Directiva 2016/943: si el derecho de la parte que ha interpuesto el recurso a acceder a la oferta seleccionada es incondicional; si, en vista de que existe una fase precontenciosa, dicha parte no debe presentar primero esa solicitud ante el poder adjudicador; si la naturaleza del litigio surgido como consecuencia de los resultados del procedimiento de licitación es relevante para aceptar esa solicitud; si es completamente necesario que exista discrepancia entre las partes con respecto a los resultados del procedimiento de licitación, o si sería suficiente que un proveedor ejerza su derecho a acceder a la información y, en caso de vulneración de ese derecho, pueda someter el asunto al órgano jurisdiccional de forma separada, como se señala en la jurisprudencia del tribunal de casación.
- 52 Cabe señalar que, en el presente asunto, la demandante solicitó, en primer lugar, al poder adjudicador acceso a la oferta del licitador B. Tras recibir solo una pequeña parte de los documentos, no se basó en ese hecho y no impugnó la decisión del

poder adjudicador separadamente, sino que solicitó al órgano jurisdiccional que ordenara a la demandada que aportase pruebas y que las pusiera a su disposición. Teniendo en cuenta el curso del litigio en la fase precontenciosa, no está totalmente claro si el tribunal de primera instancia debería haber decidido sobre la clasificación de los datos del licitador B como información confidencial. Por otro lado es claro que, tras negarse a facilitar a la demandante los datos solicitados, ni el tribunal de primera instancia ni tribunal de apelación opinaron sobre el contenido y la importancia de dichos datos.

Presentación de posible información falsa y facultades del órgano jurisdiccional al respecto

- 53 En el presente asunto, la sala plantea de oficio, en particular, la cuestión de la evaluación, con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva 2014/24, de los actos del licitador B, es decir, si dicho licitador (o alguno de sus miembros) facilitó en realidad al poder adjudicador información falsa sobre el cumplimiento, en lo que a sus capacidades se refiere, de los requisitos impuestos. Además, existen dudas sobre el efecto del posible comportamiento ilícito de algunos socios sobre los otros participantes en el contrato de asociación.
- 54 En la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Esaprojekt (C-387/14), que versaba sobre la interpretación de una disposición similar incluida en el artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18, se señaló que, *en primer lugar*, la apreciación de la intencionalidad del comportamiento del operador económico no puede considerarse un elemento necesario para excluirlo de la participación en un contrato público, basta con que sea declarado responsable de una negligencia de una cierta gravedad, a saber, una negligencia que pueda tener una influencia determinante en las decisiones de exclusión, de selección o de adjudicación de un contrato público; *en segundo lugar*, si la información proporcionada por el operador económico tuvo incidencia en el resultado del procedimiento de adjudicación del contrato público, el operador que ha presentado negligentemente la información pertinente puede considerarse gravemente culpable a efectos del artículo 45, apartado 2, letra g), de la Directiva 2004/18, y, en consecuencia, tal conducta puede justificar la decisión del poder adjudicador de excluirle de la participación en el contrato público controvertido.
- 55 En su última sentencia a este respecto (sentencia de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826), el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva 2014/24 ciertamente incluye tanto una conducta activa, como es la falsificación, como una omisiva, puesto que la comunicación de información falsa, al igual que la ocultación de información verdadera, puede tener trascendencia en la decisión que adopte el poder adjudicador.
- 56 Sobre la base de estas explicaciones, la información presentada por «Parsekas» UAB sobre los ingresos obtenidos en virtud de los contratos —que bien se concluyeron y formalizaron junto con otros operadores económicos que

ejecutaron específicamente la parte de los servicios de gestión de residuos mezclados que se exigió demostrar, o que bien se concluyeron y formalizaron sin socios, pero, en este caso, además de residuos mezclados, se gestionaron también otros residuos (en ambos casos los residuos mezclados representaban una proporción más pequeña del total de residuos gestionados)— podía, en principio, en función de las circunstancias consideradas por el Tribunal de Justicia en el asunto Esaprojekt, corresponder a la situación de negligencia en la facilitación de información, que afectó a los resultados del procedimiento de licitación.

- 57 No incumbe al tribunal de casación examinar los hechos. Sin embargo, es competente para plantear de oficio cuestiones de Derecho, en particular sobre la clasificación de información como falsa, y sobre la apreciación de las pruebas efectuadas por los órganos jurisdiccionales.
- 58 Además, el Tribunal de Justicia ha empezado a resaltar en su jurisprudencia, con respecto a las disposiciones del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 que establece los motivos de exclusión, la relación especial basada en la confianza mutua entre el poder adjudicador y el proveedor de que se trate (véase la sentencia de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartados 25 a 27 y 37). Por consiguiente, el tribunal de casación alberga dudas acerca de si, en aquellos casos en los que el poder adjudicador llegue a una apreciación diferente, el órgano jurisdiccional puede decidir en su lugar que la información proporcionada era engañosa o falsa. En ese contexto, cabe señalar que la demandante expresó claramente la opinión, tanto en el recurso interpuesto como en la acción ejercitada, de que «Parsekas» UAB había aportado información engañosa a la demandada; sin embargo, esta última adoptó una postura diferente y consideró que dicha información confirmaba que el licitador B cumplía los requisitos de cualificación.
- 59 Por lo que se refiere a las cuestiones de Derecho, la sala alberga dudas, en particular, acerca de las consecuencias que se pueden derivar de los actos de operadores económicos que han proporcionado información posiblemente falsa para los socios que presentaron una oferta conjunta. Con arreglo a las normas nacionales que regulan la contratación pública (artículos 46, apartado 4, punto 4, y 52 de la Ley de Contratación Pública), los operadores económicos que hayan presentado información falsa deberán incluirse en una lista de proveedores elaborada al efecto y, como consecuencia, se limitará su participación en licitaciones de otros poderes adjudicadores durante un período concreto (un año). El tribunal de casación alberga dudas acerca de si la fiabilidad de la información presentada afecta a todos los miembros (socios) del licitador B.
- 60 Con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Ley de Contratación Pública, la lista de proveedores que han presentado información falsa deberá incluir a los proveedores que tengan tal condición según la definición del artículo 2, apartado 36, de la Ley de Contratación Pública (se entenderá por «proveedor» un operador económico, ya sea una persona física, una persona jurídica, de Derecho privado o público, otra organización y sus divisiones o un grupo constituido por dichas

personas, en particular una asociación temporal de entidades económicas, que ofrece la ejecución de obras, el suministro de bienes o la prestación de servicios en el mercado). No obstante, ha de considerarse que la medida (consecuencia) negativa en cuestión con respecto a los actos ilícitos prohibidos por la ley conlleva, en principio, la responsabilidad personal de la entidad (sanción). Por lo tanto, únicamente debe aplicarse, sin excepción alguna, a aquellas entidades que participen, de cualquier modo, en procedimientos de contratación pública y presenten al poder adjudicador información sobre sí mismas, en su propio nombre.

- 61 En ese sentido, no queda claro si los actos ilícitos cometidos por algunos socios de un proveedor conjunto consistentes en proporcionar información falsa sobre sí mismos conllevan consecuencias negativas solo para ellos o para todos los socios. Esta última postura podría sustentarse en la comunidad de intereses y la responsabilidad solidaria (agrupación) de todos los socios. Por otro lado, cabe preguntarse si dicho modelo de responsabilidad conjunta es desproporcionado, teniendo en cuenta que los operadores económicos incluidos en la lista de proveedores que han presentado información falsa quedan excluidos de la participación en posteriores procedimientos de contratación durante un año.
- 62 Resulta incuestionable que los operadores económicos que participan conjuntamente en un procedimiento de contratación pública asumen riesgos adicionales, en particular aquellos relacionados con la necesidad de excluir a algunos socios o con su falta de capacidad para seguir participando en procedimientos (por ejemplo, debido a su insolvencia) (véase la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); sin embargo, dicho riesgo y sus posibles consecuencias negativas se refieren a un procedimiento específico de contratación pública, y no a la prohibición de tomar parte en otros procedimientos durante un período concreto.