



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 11 de mayo de 2023¹

Asunto C-66/22

Infraestruturas de Portugal, S. A,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A
contra
Toscca - Equipamentos em Madeira Lda,
con intervención de:
Mota-Engil Railway Engineering, SA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Portugal)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2014/24/UE — Contratación pública — Motivos de exclusión facultativa — Artículo 57, apartado 4, letra d) — Exclusión de un operador económico de la participación en un procedimiento de licitación — Sanción por prácticas restrictivas de la competencia — Exclusión automática basada en una decisión anterior de una autoridad de defensa de la competencia — Facultades del poder adjudicador para apreciar la concurrencia del motivo de exclusión — Artículo 57, apartado 6 — Idoneidad y fiabilidad del licitador — Motivación — Prácticas restrictivas de la competencia detectadas en el propio procedimiento de licitación»

1. En este reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia ha de interpretar el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE,² en cuya virtud los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando haya llegado a acuerdos con otros operadores para falsear la competencia.

2. La petición de decisión prejudicial se ha suscitado en un litigio relativo a la adjudicación de un contrato a una empresa que, previamente, había sido sancionada por haberse concertado con otras para llevar a cabo conductas restrictivas de la competencia (acuerdos sobre precios y reparto de mercado).

¹ Lengua original: español.

² Directiva 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).

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2014/24

3. El artículo 56 («Principios generales») dispone:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en criterios establecidos de conformidad con los artículos 67 a 69, siempre que el poder adjudicador haya comprobado, de conformidad con los artículos 59 a 61, que se cumplen todas las condiciones siguientes:

[...]

b) que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con el artículo 57 [...]».

4. El artículo 57 («Motivos de exclusión») indica:

«[...]

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

[...]

c) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad;

d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia;

[...]

5. [...]

Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4.

6. 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. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por 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 de personal concretas, 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 recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.

7. 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. En particular, determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 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 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4».

2. *Directiva 2014/25/UE*³

5. Según el artículo 80 («Uso de los motivos de exclusión y los criterios de selección previstos en el marco de la Directiva 2014/24/UE»):

«1. Las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de operadores económicos que solicitan la clasificación en un sistema de clasificación y las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de candidatos y licitadores en procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en diálogos competitivos o en asociaciones para la innovación podrán incluir los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan.

Cuando la entidad adjudicadora sea un poder adjudicador, esos criterios y normas incluirán los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/24/UE, en las condiciones que se estipulan en dicho artículo.

Si lo exigieran los Estados miembros, dichos criterios y normas incluirán, además, los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que se estipulan en dicho artículo.

[...]».

³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243).

B. Derecho portugués

*1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*⁴

6. El artículo 55 («Impedimentos») reza:

«No pueden ser candidatos, licitadores o formar parte de una agrupación, aquellas entidades:

[...]

c) A las que se haya impuesto una sanción por falta profesional grave y que entretanto no hayan sido rehabilitadas, tratándose de personas físicas, o, tratándose de personas jurídicas, cuyos órganos sociales de administración, de dirección o de gerencia hayan sido objeto de tal sanción administrativa y se encuentren en ejercicio de sus funciones.

[...]

f) A las que se haya impuesto la sanción accesoria de prohibición de participar en procedimientos de contratación pública previst[a] en la legislación especial, en particular en los regímenes sancionadores en materia [...] de competencia [...], durante el período fijado en la resolución sancionadora».

7. El artículo 70 («Análisis de las ofertas»), apartado 2, estipula:

«2 – Quedarán excluidas las ofertas cuando su análisis revele:

[...]

g) La existencia de indicios importantes de actos, acuerdos, prácticas o información que pueda falsear las normas de competencia».

*2. Ley n.º 19/2012 da Concorrência (Ley de la competencia)*⁵

8. El artículo 71 («Sanciones accesorias») prevé en su apartado 1, letra b), que, si la gravedad de la infracción y la culpa del infractor lo justifican, la Autoridade de Concorrência (Autoridad de competencia; en lo sucesivo, «AC») puede imponer, junto con la multa, la sanción accesoria de privación del derecho a participar en determinados procedimientos de contratación pública, siempre que la práctica constitutiva de infracción sancionable con multa se haya producido durante o como consecuencia del procedimiento relevante.

⁴ Decreto-lei n.º 18/2008, Código de Contratos Públicos; en lo sucesivo, «CCP» (Diário da República n.º 20/2008, Serie I, de 29 de enero de 2008), según la versión vigente tras su reforma por el Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (en lo sucesivo, «Decreto-lei n.º 111-B/2017») (Diário da República n.º 168/2017, 2.º Suplemento, Serie I, de 31 de agosto de 2017).

⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência [Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo, que aprueba el nuevo régimen jurídico de la competencia (Diário da República, 1.ª Serie, n.º 89, de 8 de mayo de 2012)].

II. Hechos, litigio y preguntas prejudiciales

9. El 18 de enero de 2019, Infraestruturas de Portugal, S. A (en lo sucesivo, «Infraestruturas») convocó un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de estaquillas y traviesas de pino creosotadas, por un precio de base de 2 979 200 euros.⁶

10. Las empresas Toscca — Equipamentos em Madeira, Lda. (en lo sucesivo, «Toscca») y Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S. A. (en lo sucesivo, «Futrifer») concurrieron al procedimiento, presentando cada una su propia oferta.

11. El 12 de junio de 2019, la AC condenó a Futrifer al pago de una multa por haber violado las normas de defensa de la competencia en unos procedimientos de contratación⁷ de los años 2014 y 2015.⁸

12. Concretamente, la AC estimó que Futrifer y otras empresas del ramo se concertaron para fijar los precios y repartirse el mercado de servicios de manutención de la red ferroviaria, vulnerando el artículo 9, apartado 1, de la Ley n.º 19/2012 y el artículo 101 TFUE, apartado 1.

13. En su resolución, la AC consideró innecesario, a la vista de las circunstancias del asunto y de la propuesta de transacción presentada por Futrifer, imponerle la sanción accesoria de prohibición de contratar, prevista en el artículo 71, apartado 1, letra b), de la Ley n.º 19/2012.⁹

14. El 27 de julio de 2019, Infraestruturas adjudicó el contrato controvertido a Futrifer.

15. Toscca recurrió esa decisión ante el Tribunal administrativo e fiscal de Viseu (Tribunal de lo contencioso administrativo y de lo tributario de Viseu, Portugal, en lo sucesivo, «TAF de Viseu»). Solicitó que se anulara la decisión de adjudicación, que se excluyera la oferta presentada por Futrifer y que se adjudicara a la propia Toscca el contrato. En defensa de su recurso adujo, en particular, la decisión sancionadora de la AC contra Futrifer.

16. El tribunal de primera instancia desestimó el recurso de Toscca, al interpretar que el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP solo se aplica cuando los indicios de falseamiento de la competencia se verifican en el procedimiento objeto del litigio.

17. Toscca recurrió la sentencia del TAF de Viseu ante el Tribunal central administrativo norte (Tribunal central de lo contencioso administrativo norte, Portugal). Este último, mediante sentencia de 29 de mayo de 2020, al entender errónea la interpretación del artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP efectuada en primera instancia, anuló la sentencia impugnada y condenó a Infraestruturas a adjudicar el contrato a Toscca.

18. Infraestruturas y Futrifer recurrieron la sentencia de apelación ante el Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Portugal), que la anuló por falta de motivación y ordenó la devolución de los autos al Tribunal central de lo contencioso administrativo norte.

⁶ Procedimiento 2019/S 015-030671, publicado en el suplemento al DOUE de 22 de enero de 2019 (DO 2019, S 15, p. 1).

⁷ Se trataba de procedimientos tramitados por una empresa pública para adjudicar servicios de mantenimiento de equipos y vías de la red ferroviaria portuguesa.

⁸ Expediente PRC/2016/6. En lo que atañe a Futrifer, corresponde a la «Decisión final en sede de un procedimiento de transacción (versión no confidencial)».

⁹ Apartados 231 y ss. de la resolución de 12 de junio de 2019.

19. El 2 de junio de 2021, el Tribunal central administrativo norte (Tribunal central de lo contencioso administrativo norte) dictó sentencia en la que, nuevamente, revocó la de primera instancia y condenó a Infraestruturas a adjudicar el contrato a Toscca.

20. Infraestruturas y Futrifer se han alzado contra la sentencia de 2 de junio de 2021 ante el Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo), que eleva al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas prejudiciales:

- «1) ¿Constituye el motivo de exclusión previsto en el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE una materia reservada a la decisión [una “reserva de decisão”] del poder adjudicador?
- 2) ¿Puede el legislador nacional sustituir por completo la decisión que debe adoptar el poder adjudicador con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE por una decisión (por los efectos de una decisión) genérica de la Autoridad de Defensa de la Competencia de aplicar una sanción accesoria consistente en la prohibición de participar en procedimientos de contratación pública durante un determinado período, adoptada en el contexto de la imposición de una multa por infracción de las normas sobre competencia?
- 3) ¿Debe entenderse la decisión del poder adjudicador sobre la “fiabilidad” del operador económico a la luz de la observancia (o la inobservancia) de las normas del derecho de la competencia al margen del procedimiento de licitación concreto como la necesidad de efectuar una apreciación fundamentada sobre la idoneidad relativa de dicho operador económico, que constituye una manifestación concreta del derecho a una buena administración, previsto en el artículo 41, apartado 2, letra [c)], de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?
- 4) ¿Puede considerarse conforme con el derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE la solución adoptada en el derecho portugués a través del artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP, que supedita la exclusión de un operador económico de un procedimiento de contratación fundamentada en la infracción de las normas sobre competencia cometida al margen del procedimiento de contratación concreto a la decisión que adopte la Autoridad de Defensa de la Competencia en el contexto de la aplicación de una sanción accesoria consistente en la prohibición de contratar, procedimiento en el que es la propia Autoridad de Defensa de la Competencia quien aprecia en ese contexto la pertinencia de las medidas correctoras adoptadas?
- 5) ¿Es asimismo conforme con el derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE la solución adoptada en el derecho portugués a través del artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP, que limita la posibilidad de excluir una oferta por existir serios indicios de actos, acuerdos, prácticas o información que puedan falsear las normas sobre competencia al procedimiento de contratación concreto en el que se detecten esas prácticas?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 2 de febrero de 2022.

22. Han depositado observaciones escritas Futrifer, Toscca, los Gobiernos checo, húngaro y portugués, así como la Comisión Europea.

23. Todos ellos, salvo los Gobiernos checo y húngaro, participaron en la vista celebrada el 7 de marzo de 2023.

IV. Apreciación

A. Observaciones preliminares

1. Directiva aplicable

24. El tribunal de reenvío pide únicamente la interpretación de la Directiva 2014/24, sin aludir a la Directiva 2014/25. Esta última regula los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores que operan en los sectores del agua, la energía, los *transportes* y los servicios postales.

25. El contrato cuya adjudicación se discute tiene por objeto el suministro de elementos de las infraestructuras del sector ferroviario, esto es, de un sector de transportes. A preguntas del Tribunal de Justicia, los intervinientes en la vista fueron unánimes en apreciar que ese contrato encaja en el ámbito de la Directiva 2014/25, aplicable específicamente a «las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el ámbito del transporte por ferrocarril» (artículo 11).

26. De cualquier forma, corresponde al órgano remitente definir si, en función de sus cláusulas, el contrato controvertido se rige por la Directiva 2014/24 o, más bien y como todo parece indicar, por la Directiva 2014/25.

27. Es cierto que, a efectos prácticos, la incidencia de una u otra Directiva no variará sensiblemente en lo que atañe al punto controvertido: aun si resultase aplicable la Directiva 2014/25, su artículo 80 hace una remisión a «los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan».¹⁰

28. La aplicación de la Directiva 2014/25, empero, podría desplegar alguna consecuencia sobre la (debatida) «facultad» de los Estados miembros para incorporar a su derecho interno los motivos de exclusión facultativa, como a continuación expondré.¹¹

29. Hechas estas precisiones, en adelante me referiré al artículo 57 de la Directiva 2014/24.

2. Incorporación al derecho portugués del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24

30. Las observaciones escritas de la Comisión abrieron un debate, que se prolongó en la vista, sobre el margen de apreciación de los Estados miembros para no transponer los motivos de exclusión facultativa del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24.

¹⁰ Véase, por analogía, la sentencia de 10 de noviembre de 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869), apartados 39 y 40.

¹¹ Punto 46 de estas conclusiones.

31. La Comisión desarrolla su argumento en estos términos:

- El artículo 57, apartado 4, así como el considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24, indicarían la intención del legislador de no dejar libertad a los Estados miembros para elegir entre transponer o no los nueve motivos de exclusión que contiene. Esa opción estaría conferida a los poderes adjudicadores, a menos que los Estados miembros les obliguen a aplicarlos. A la inversa, los Estados miembros no tendrían la posibilidad de eludir la transposición de alguno o algunos de esos motivos.
- En el derecho portugués no se ha incorporado el motivo de exclusión facultativa relativo a la existencia de acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

32. El problema suscitado por la Comisión podría tratarse en este reenvío prejudicial si la segunda de esas afirmaciones fuese correcta: ante la falta de transposición de un motivo de exclusión facultativa en el derecho interno, habría que reconsiderar si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta ahora recaída¹² sobre la facultad de los Estados miembros para transponer o no esta categoría de motivos de exclusión necesita ajustes o, incluso, ha de rectificarse.

33. Por lo que a continuación expondré, entiendo que esa segunda afirmación de la Comisión (respaldada por algunas observaciones escritas presentadas en el procedimiento prejudicial) no se ajusta a la realidad.

34. El Decreto-ley n.º 111-B/2017 modificó el CCP con objeto de transponer las Directivas 2014/24 y 2014/25. En su artículo 1, el legislador portugués afirma expresamente que, mediante él, se «procede a la transposición» de, entre otras, las Directivas 2014/24 y 2014/25.¹³

35. Los motivos de exclusión («impedimentos») que recoge el CCP en su nueva redacción los enumeran las letras a) a l) de su artículo 55, apartado 1, que reflejan, con ciertos matices, los correlativos motivos del artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24.

36. En lo que atañe al motivo de exclusión controvertido, el artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP lo recoge en estos términos: «no pueden ser candidatos [...] las entidades a las que se haya impuesto la sanción accesoria de prohibición de participar en procedimientos de contratación pública previst[a] en la legislación especial, en particular en los regímenes sancionadores en materia [...] de competencia [...], durante el período fijado en la resolución sancionadora».

37. Además, el CCP contiene otro precepto [el artículo 70, apartado 2, letra g)] que ordena la exclusión de las ofertas cuyo análisis revele «la existencia de indicios importantes de actos, acuerdos, prácticas o información que pueda falsear las normas de competencia».¹⁴

¹² La tesis prevalente en las sentencias de 19 de junio de 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507; en lo sucesivo, «sentencia Meca»), apartado 33; y de 30 de enero de 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58), apartado 34, se confirma en la de 3 de junio de 2021, Rad Service y otros (C-210/20, EU:C:2021:445), apartado 28, en estos términos: «[...] con arreglo al artículo 57, apartados 4 y 7, de la Directiva 2014/24, los Estados miembros tienen la facultad de no aplicar los motivos de exclusión facultativa que en ella se indican o de integrarlos en la normativa nacional con un grado de rigor que puede variar según los casos, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan a nivel nacional».

¹³ Es irrelevante, para lo que aquí importa, que el Decreto-ley n.º 111-B/2017 mantuviese inalterados algunos preceptos del CCP anteriormente vigente.

¹⁴ Esta disposición es la que esgrime Toscca en sus observaciones escritas para defender que «el legislador portugués *transpuso* el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24, *manteniendo* la redacción del artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP (ahora en la versión resultante de la reforma de 2017)». *Cursiva añadida*.

38. A la vista de estos dos preceptos, se me hace difícil comprender algunas afirmaciones vertidas en las observaciones escritas de Futrifer y del propio Gobierno portugués (este último, en términos ambiguos que no despejó en la vista)¹⁵ sobre la falta de transposición del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 en el CCP.

39. En efecto, la lectura de esos dos preceptos del CCP evidencia, a mi juicio, que el legislador portugués tuvo la inequívoca voluntad de introducir (o de mantener)¹⁶ en su ordenamiento jurídico la cláusula que figura en el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24. Tanto este último como los dos preceptos nacionales mencionados tienden a combatir, en el ámbito de la contratación pública, los acuerdos de los operadores económicos destinados a falsear la competencia.

40. Distinto es que, al regular este motivo de exclusión en el modo en el que lo hizo, el legislador portugués se haya atendido estrictamente al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 o, por el contrario, haya adoptado soluciones que lo desfiguran, se desvían de sus principios básicos o reducen indebidamente su ámbito de aplicación.

41. El Tribunal de Justicia ha reiterado que, «[...] una vez que un Estado miembro decide incorporar una de las causas facultativas de exclusión establecidas en la Directiva 2014/24, ha de respetar sus rasgos esenciales, tal como se contemplan en esta última. Al prescribir que los Estados miembros han de tener “en cuenta el derecho de la Unión” cuando precisen “las condiciones de [aplicación] del presente artículo”, el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24 impide que los Estados miembros desfiguren las causas facultativas de exclusión que en él se plasman o que ignoren los objetivos y los principios que inspiran cada una de esas causas».¹⁷

42. Por lo que ulteriormente expondré, creo que al incorporar a su ordenamiento el contenido del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24, las normas portuguesas han efectuado una transposición no del todo ajustada a aquella: en concreto, el artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP restringe indebidamente las facultades del poder adjudicador para excluir a los licitadores incurso en prácticas colusorias, al exigir que su conducta haya sido previamente objeto de una sanción accesoria de prohibición de participar en procedimientos de contratación pública, dictada por la AC.

¹⁵ Apartados 80 a 84 de sus observaciones escritas. Leídos en relación con los apartados precedentes, ponen de relieve, en definitiva, que a través del artículo 70 del CCP en relación con el artículo 55, apartado 1, letra f), el legislador portugués incorporó el motivo de exclusión controvertido. Con toda claridad lo expresa el Gobierno portugués en el apartado 71 de sus observaciones: «lo dispuesto en el artículo 55, apartado 1, letra f), y en el artículo 70, apartado 2, letra g), ambos del CCP, está en perfecta consonancia con lo que consta en la Directiva 2014/24, en particular con lo establecido en su artículo 57, apartado 4, letra d)».

¹⁶ A los efectos de cumplir la obligación de transponer las disposiciones de una directiva al derecho interno, es suficiente que la regulación nacional incluya, con anterioridad, las normas que materialmente incorporen aquellas disposiciones. La adaptación del derecho interno a una directiva no exige necesariamente una adopción formal y textual de su contenido vinculante en una norma *posterior* a esa directiva. Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de junio de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479), apartados 33 a 36. En particular, el apartado 35 declara que para dilucidar «si una normativa nacional aplica suficientemente las obligaciones derivadas de una directiva determinada, debe tenerse en cuenta no solo la normativa específicamente adoptada a efectos de la transposición de dicha directiva, sino también el conjunto de normas jurídicas disponibles y aplicables».

¹⁷ Sentencia Meca, apartado 33.

43. Que eso sea así, como opino, no significa, empero, que no haya existido transposición, sino que la llevada a cabo es deficiente. Tal deficiencia, además, podría eventualmente ser colmada con una interpretación del artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP más *generosa*, esto es, ajustada al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 (interpretación conforme).¹⁸

44. En definitiva, no creo que este reenvío prejudicial sea idóneo para reabrir la discusión sobre las facultades de los Estados miembros de no acoger los motivos de exclusión facultativa en el derecho interno, cuando, justamente, el legislador portugués ha optado por la solución inversa (aunque esa solución no sea lo satisfactoria que debiera, desde el punto de vista del derecho de la Unión).

45. La jurisprudencia hasta ahora sentada por el Tribunal de Justicia sobre las facultades de los Estados miembros en esta materia no desconoce, lógicamente, la obligatoriedad (artículo 288 TFUE) de que el Estado miembro se atenga al resultado que deba conseguirse en virtud de una directiva. Partiendo de esta premisa, las distintas formaciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia han entendido que la ejecución de la Directiva 2014/24, en lo que atañe a los motivos de exclusión facultativa, se respeta en los términos antes señalados.¹⁹

46. La reapertura de la discusión a la que antes me refería sería, además, particularmente delicada por cuanto su resultado:

- Podría suponer la conversión de motivos de exclusión facultativa en obligatorios al margen de la intervención de los Estados a la que alude el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24.
- Podría fragmentar el régimen unitario que inspira la remisión a la Directiva 2014/24 de los preceptos sobre los motivos de exclusión en la Directiva 2014/25. Con arreglo al artículo 80, apartado 1, párrafo tercero, de esta última, los criterios y normas aplicables a la exclusión de candidatos incluirán los motivos facultativa enumerados en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 *si lo exigieran los Estados miembros*.

B. Primera pregunta prejudicial

47. El tribunal de reenvío quiere saber si el motivo de exclusión contemplado en el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 constituye una «reserva de decisión» del poder adjudicador.

48. El interrogante ha tenido ya respuesta del Tribunal de Justicia: «se desprende de la redacción del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 [...] que fue voluntad del legislador de la Unión encomendar al poder adjudicador —y solamente a él— la tarea de determinar, en la fase de selección de los licitadores, si un candidato o un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de contratación pública».²⁰

¹⁸ Esta parece haber sido la tesis del Tribunal central administrativo norte (Tribunal central de lo contencioso administrativo norte) en su sentencia de 29 de mayo de 2020, al acoger la pretensión de Toscca. Así se infiere de la argumentación de Infraestruturas que recoge el auto de reenvío en su apartado 7: para aquel tribunal, el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP «engloba también necesariamente *los casos pasados* de indicios de conductas anticompetitivas por los concurrentes no presentes o indiciados en la oferta del concurrente» (cursiva añadida).

¹⁹ *Supra*, nota 12.

²⁰ Sentencia Meca, apartado 34.

49. Esa declaración del Tribunal de Justicia es coherente con el artículo 56, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/24: el poder adjudicador ha de comprobar «que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con el artículo 57». Le corresponde, pues, en todo caso, decidir si un licitador ha de quedar excluido del procedimiento de contratación.

50. La declaración categórica antes transcrita ha de matizarse, sin embargo, cuando una previa decisión de la autoridad competente que tenga carácter firme haya constatado una conducta incompatible con el acceso a los procedimientos de contratación, o haya prohibido al licitador participar en tales procedimientos.

51. En el contexto en el que se formula la pregunta (esto es, en presencia de conductas restrictivas de la competencia imputadas a un licitador) se abren tres escenarios posibles:

- Si ese operador ha sido previamente excluido por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación (artículo 57, apartado 6, último párrafo, de la Directiva 2014/24), en razón de conductas restrictivas de la competencia,²¹ el poder adjudicador ha de respetar tal prohibición. El operador económico condenado no tiene derecho a acogerse a la posibilidad de demostrar su fiabilidad (medidas correctoras o de *self cleaning*) durante el tiempo de exclusión resultante de la sentencia en el Estado miembro en el que esa sentencia sea ejecutiva.²²
- Cuando la prohibición de participar no se haya acordado en virtud de sentencia firme, sino por una decisión de la AC, el poder adjudicador no está inexorablemente vinculado a ella: podrá verificar si aquel operador ha adoptado las medidas correctoras a las que antes he hecho referencia y permitirle, pese a todo, la participación en el procedimiento de adjudicación del contrato.
- Lo mismo ocurrirá, *a fortiori*, si la AC no hubiera dictado ninguna prohibición de participar en la contratación, pero sí sancionado al operador económico por conductas colusorias.

52. Me detendré en las hipótesis segunda y tercera de las que acabo de exponer al analizar las ulteriores preguntas prejudiciales. Para contestar a la primera, en los términos amplios en los que se formula, entiendo suficiente una respuesta que indique la regla general, sin perjuicio de las excepciones derivadas de la propia Directiva 2014/24.

C. Segunda pregunta prejudicial

53. El tribunal de reenvío quiere saber, en síntesis, si, en el contexto del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24, el legislador nacional puede «sustituir por completo la decisión que debe adoptar el poder adjudicador» por otra de la AC que imponga a un operador, como sanción accesoria, la prohibición de participar en procedimientos de contratación.

²¹ La prohibición de contratar se puede haber decretado por sentencia firme a causa de infracciones cometidas en otros sectores del ordenamiento. Me ciño ahora a las impuestas por una autoridad de competencia, pues así ocurrió en este asunto.

²² Sobre la interpretación de la regla análoga en 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 (DO 2014, L 94, p. 1), véase la sentencia de 11 de junio de 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468), apartado 20.

54. La Ley n.º 19/2012 permite que la AC imponga a los operadores incursos en prácticas restrictivas de la competencia, además de la multa, la sanción²³ accesoria de prohibición de participar en procedimientos de contratación pública durante un determinado período [artículo 71, apartado 1, letra b)].

55. Ahora bien, como ya he explicado, la AC resolvió, de modo expreso, que no procedía imponer a Futrifer la sanción accesoria.

1. *Inadmisibilidad*

56. A partir de esta premisa, por mucho interés que, desde otras perspectivas y en términos generales, pueda presentar el problema que suscita el tribunal *a quo*, la pregunta reviste carácter hipotético en relación con el asunto controvertido.

57. Tendría sentido el interrogante si, ante una decisión de la AC que impone la prohibición de contratar, hubiese que indagar, como solicita el tribunal de reenvío, hasta qué punto esa decisión es suficiente para «sustituir» a la (ulterior) del poder adjudicador.

58. Cuando, por el contrario, en el procedimiento contra Futrifer consta que la AC, conscientemente, no le impuso la sanción accesoria de prohibición de contratar, no veo qué utilidad tendría para este litigio pronunciarse sobre las consecuencias de esa (inexistente) prohibición.

59. La segunda pregunta prejudicial resulta, pues, inadmisibile.²⁴

2. *Subsidiariamente, en cuanto al fondo*

60. Por si el Tribunal de Justicia no compartiera mi opinión y optara por abordar el fondo de esta pregunta prejudicial, expondré mi posición al respecto.

61. A mi juicio (dejando al margen los supuestos en los que la prohibición de participar se haya adoptado en virtud de sentencia firme),²⁵ la resolución de la AC que prohíbe a un operador participar en procedimientos de contratación no vincula al poder adjudicador hasta el punto de «sustituir por completo su decisión».

62. En efecto, el poder adjudicador podrá, también en esta hipótesis, verificar si el operador económico sancionado ha adoptado las medidas correctoras a las que alude el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 y permitir, pese a todo, su participación en el procedimiento de adjudicación del contrato.

²³ La Ley n.º 19/2012 califica a esta prohibición de «sanción». No da lugar, pues, al debate sobre su naturaleza jurídica, que se discute en otros ordenamientos.

²⁴ Futrifer califica de inadmisibile el reenvío prejudicial en su conjunto, pues ninguna de las preguntas, que estima generales e hipotéticas, resultan pertinentes para la decisión del litigio. La Comisión, más sucintamente, critica que el órgano judicial *a quo* «parece invitar al Tribunal de Justicia a pronunciarse, de una manera amplia y casi abstracta, sobre la transposición de la Directiva 2014/24», pero no llega a objetar la admisibilidad del reenvío. Por mi parte, creo que la crítica de Futrifer es acertada en relación con la segunda y la cuarta preguntas prejudiciales.

²⁵ Véanse los puntos 50 y 51 de estas conclusiones.

63. Recordaré que el operador económico tiene un derecho inequívoco a acreditar su fiabilidad a través de esas medidas de auto corrección, derecho que deriva directamente del mencionado artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24.²⁶

64. La solución que propongo (reserva al poder adjudicador de la facultad de verificar las medidas correctoras, pese a la prohibición de contratar decretada por la autoridad de competencia) permite encontrar un punto de equilibrio entre dos enfoques:

- Por un lado, el que atiende a preservar las atribuciones propias del poder adjudicador, que debe gozar de libertad para evaluar la fiabilidad del candidato sin estar necesariamente vinculado por las apreciaciones de otros órganos públicos.²⁷
- Por otro lado, el que se muestra respetuoso con las funciones de las autoridades públicas encargadas de perseguir, en concreto, las conductas restrictivas de la competencia.²⁸ El poder adjudicador ha de tener en cuenta las decisiones de esas autoridades pues, a fin de cuentas, «la existencia de conductas restrictivas de la competencia solo puede tenerse por probada tras la adopción de una resolución de este tipo que califique jurídicamente los hechos en ese sentido».²⁹

65. Es cierto, sin embargo, que, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia a la vista del considerando centésimo segundo de la Directiva 2014/24,³⁰ los Estados miembros disponen de «un amplio margen de apreciación [...] en cuanto a la definición de las autoridades encargadas de evaluar si las medidas correctoras son adecuadas. A este respecto, [...] pueden confiar este cometido de evaluación a cualquier otra autoridad distinta del poder o de la entidad adjudicador».³¹

66. En suma, al valorar si aplica lo previsto en el artículo 57, apartado 4, letra d), el poder adjudicador puede, alternativamente:

- O bien excluir, por sí mismo, en ausencia de decisiones previas de otras autoridades, a un operador económico respecto del que haya indicios suficientemente plausibles de que ha llegado a acuerdos con otros operadores destinados a falsear la competencia.
- O bien, una vez constatados esos acuerdos restrictivos de la competencia por la autoridad correspondiente,³² y tanto si esta última ha decretado o no la prohibición de participar en procedimientos de contratación, valorar si las medidas correctoras del licitador o candidato demuestran su fiabilidad y, en consecuencia, no deberá quedar excluido del procedimiento de contratación, en virtud del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24. Un Estado miembro puede, sin embargo, encomendar la evaluación de las medidas correctoras a una autoridad distinta del poder adjudicador, en cuyo caso este ha de atenerse a esa evaluación.

²⁶ Sentencia de 14 de enero de 2021, RTS infra y Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13), apartado 48.

²⁷ Me remito a mis conclusiones del asunto Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393), punto 30.

²⁸ Sentencia de 24 de octubre de 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855; en lo sucesivo, «sentencia Vossloh Laeis»), apartados 25 y 26.

²⁹ Sentencia Vossloh Laeis, apartado 39.

³⁰ «En particular, han de poder decidir [los Estados miembros] si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado».

³¹ Sentencia de 11 de junio de 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468), apartado 29.

³² Sobre la relación entre las decisiones de la autoridad de competencia y las de los poderes adjudicadores, véanse los apartados 25 a 33 de la sentencia Vossloh Laeis.

D. Tercera pregunta prejudicial

67. En la redacción de la tercera pregunta prejudicial parecen coexistir, en realidad, dos interrogantes:

- Por un lado, si «la decisión del poder adjudicador sobre la “fiabilidad” del operador económico a la luz de la observancia (o la inobservancia) de las normas del derecho de la competencia» puede efectuarse «al margen del concreto procedimiento contractual».
- Por otro lado, si esa apreciación sobre la idoneidad relativa del operador económico debe estar «suficientemente fundamentada» mediante un «juicio autónomo» del poder adjudicador que puedan impugnar otros competidores.³³

68. De nuevo la premisa de la que parece partir esta pregunta es que la decisión del poder adjudicador ha venido precedida de la medida accesoria (prohibición de contratar) acordada por la AC. Sobre esta base, el tribunal de reenvío quiere saber si las razones que subyacen en la medida accesoria son «del mismo tipo y naturaleza» del «juicio de fiabilidad» que ha de adoptar el poder adjudicador.³⁴

69. La pregunta así entendida se enfrentaría a los mismos problemas de inadmisibilidad (por su carácter hipotético) ya mencionados en cuanto a la segunda. Ahora bien, en su desarrollo argumental el tribunal *a quo* alude a la posibilidad de que el poder adjudicador decida admitir la idoneidad de un operador económico, a pesar de que este haya sido sancionado por conductas colusorias, sin que entre esas sanciones se haya incluido la prohibición de contratar.³⁵

70. Daré, pues, mi respuesta a los dos interrogantes sobre la base del enfoque del tribunal de reenvío al que me acabo de referir.

1. Juicio de fiabilidad o idoneidad a cargo del poder adjudicador

71. En realidad, la respuesta a esta parte de la pregunta prejudicial deriva de la que ya he ofrecido para las dos anteriores. El poder adjudicador conserva en plenitud su facultad de apreciar la fiabilidad del licitador o candidato, tras la decisión de la autoridad de competencia, en los términos antes expuestos.

72. Conforme al considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24, «se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras *de no ser fiables*, por ejemplo, debido a que [...] han cometido *otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia*».³⁶ Este mismo considerando, en el párrafo segundo, contempla la actuación en anteriores contratos «que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico».³⁷

³³ Auto de reenvío, apartado 2.2.6, párrafo tercero.

³⁴ Según el tribunal *a quo*, en este asunto «la entidad adjudicante no muestra ningún interés en formular un juicio propio sobre la “fiabilidad” del licitador [...]. Por el contrario, defiende la tesis de que no tiene que formular tal juicio, pues ya se contiene en la decisión tomada por la AC» (apartado 2.2.6, párrafo quinto del auto de reenvío).

³⁵ Así parece desprenderse, sin demasiada claridad, del apartado 2.2.6 del auto de reenvío.

³⁶ Cursiva añadida.

³⁷ Véase la sentencia Meca, apartado 30.

73. No es de extrañar que, a la vista de ese considerando, el Tribunal de Justicia declare: «la facultad de que dispone todo poder adjudicador de excluir a un licitador de un procedimiento de contratación tiene esencialmente como razón de ser permitirle apreciar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los licitadores».³⁸

74. Y es que los motivos de exclusión facultativa permiten a los Estados miembros satisfacer objetivos de interés general y, en todo caso, tratan de asegurar las garantías de fiabilidad,³⁹ de diligencia, de honestidad profesional y de seriedad del licitador.⁴⁰

75. En concreto, el Tribunal de Justicia ha entendido, respecto del «objetivo que subyace al artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24», que «la facultad —o incluso la obligación— del poder adjudicador de excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de licitación tiene esencialmente como razón de ser permitirle valorar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los operadores económicos».⁴¹

76. Por lo demás, la recta interpretación del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 requiere que la verificación de la integridad y fiabilidad del licitador se extienda a sus conductas restrictivas de la competencia *en el pasado*, y no solo a los acuerdos colusorios producidos en el seno del «concreto» procedimiento de contratación que el poder adjudicador haya de resolver.

77. Así se desprende, en particular, del artículo 57, apartado 5, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en cuya virtud los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico si se comprueba «que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos *antes del procedimiento* o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4».⁴²

78. A las consideraciones precedentes ha de añadirse que el poder adjudicador puede, alternativamente, hacer uso del artículo 57, apartado 4, letra c), de la Directiva 2014/24 tomando como base de su decisión de excluir al licitador la circunstancia de que este haya incurrido en una falta profesional grave.

79. En la noción de falta profesional grave, que la ley portuguesa acoge como motivo de exclusión,⁴³ pueden también englobarse las conductas restrictivas de la competencia, aun cuando para estas últimas exista un tipo específico de exclusión: así lo confirma el considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24, antes mencionado, que (en la línea marcada por el Tribunal de Justicia a propósito de la Directiva precedente)⁴⁴ aprecia como modalidad de falta profesional grave las infracciones de las normas sobre competencia.⁴⁵

³⁸ *Ibidem*, apartado 29.

³⁹ En las conclusiones del asunto Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393), punto 28, ya apunté que «la Directiva 2014/24 incorpora la fiabilidad como componente clave de la relación» entre el poder adjudicador y los licitadores.

⁴⁰ Sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartados 29, 31 y 32.

⁴¹ Sentencia de 30 de enero de 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58), apartado 41.

⁴² Cursiva añadida.

⁴³ El artículo 55, apartado 1, letra c), del CCP impone la prohibición de licitar a la persona, física o jurídica, a la que se haya infligido una sanción administrativa por falta profesional grave.

⁴⁴ Auto de 4 de junio de 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), a propósito del artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

⁴⁵ Sobre el «Alcance del motivo de exclusión relativo a la colusión: cobertura de las prácticas concertadas e interrelación con el motivo de exclusión debido a una falta profesional grave», es oportuna la lectura del apartado 5.2 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01).

80. Es cierto, como se puso de relieve en la vista, que esta posibilidad supone un cierto solapamiento entre los dos motivos de exclusión facultativa. Sin embargo, creo que, concebida su relación como de complementariedad, sirve útilmente al cumplimiento de los fines de la Directiva 2014/24.

81. Cuando se dé el supuesto del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24, lo lógico será que el poder adjudicador se acoja a este motivo de exclusión. Para el resto de conductas que, aun infringiendo las normas de defensa de la competencia, no tengan el carácter de «acuerdos con otros operadores» puede acudir al enunciado más genérico de la letra c).

82. Si el objetivo es dotar al poder adjudicador de la mayor capacidad para valorar la fiabilidad de licitadores y candidatos, no aprecio razones para limitar sus facultades al delimitar qué «infracciones de las normas sobre competencia» se han cometido. El considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24, de nuevo, autoriza el empleo de las letras c) y d) del apartado 4 de su artículo 57 en los términos antes indicados. Da lugar, pues, a un concurso de normas que el intérprete habrá de resolver aplicando la que más se ajuste a las circunstancias de cada caso.

2. *Obligación de motivación*

83. El poder adjudicador tiene el deber de «efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada». ⁴⁶ Esa apreciación ha de traducirse en una motivación del acto adoptado que permita a sus destinatarios, y a los eventuales competidores, impugnarlo en vía jurisdiccional. ⁴⁷

84. Cuando (como aquí ocurre) uno de los competidores haya alegado que otro ha incurrido en un motivo de exclusión a título del artículo 57, apartado 4, letra d) de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador habrá de explicar, en concreto, por qué acepta la fiabilidad de ese candidato. En su caso, la motivación se ha de extender a la valoración de las medidas correctoras que el licitador sancionado haya esgrimido. ⁴⁸

85. La exigencia de motivación puede satisfacerse si el poder adjudicador hace suyos, directamente o por remisión, los argumentos que tuvo en cuenta la autoridad sectorial (aquí, la AC) al declarar que un operador se había concertado con otros para falsear la competencia.

E. *Cuarta pregunta prejudicial*

86. El tribunal de reenvío duda de que la «solución adoptada en el derecho portugués a través del artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP» se ajuste al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24.

⁴⁶ Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), apartado 157, con cita de la sentencia de 9 de noviembre de 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839), apartado 39, y jurisprudencia allí citada.

⁴⁷ *Ibidem*, apartado 120.

⁴⁸ A tenor del artículo 57, apartado 6, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24, «cuando las medidas [adoptadas por los operadores económicos] se consideren insuficientes el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión». Este precepto no obsta, sin embargo, a que la motivación opere en el caso inverso, si otro operador concurrente así lo exige para defender la exclusión de su contrincante.

87. La interpretación de ese precepto del CCP a cargo del tribunal *a quo* (a la que ha de atenerse el Tribunal de Justicia, pues procede de la más alta instancia jurisdiccional portuguesa en el orden contencioso administrativo) es la siguiente: cuando la exclusión de un operador económico se deba a «la infracción de las normas sobre competencia cometida al margen del procedimiento de contratación concreto», el artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP hace depender esa exclusión de lo que decida la AC «en sede de la aplicación de una sanción accesoria consistente en la prohibición de contratar». En ese procedimiento, añade el tribunal de reenvío, la AC aprecia la pertinencia de las medidas correctoras adoptadas.

88. Las mismas razones apuntadas al abordar el análisis de la segunda pregunta prejudicial⁴⁹ determinan que esta sea hipotética, pues:

- Por un lado, la AC descartó expresamente la sanción accesoria como respuesta a la conducta de Futrifer.
- Por otro lado, no consta en los autos que ninguno de los operadores en liza haya invocado, para superar una (inexistente) prohibición de contratar previa, la adopción de las medidas correctoras a las que alude el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24.

89. Los interrogantes del tribunal de reenvío sobrepasan, pues, los límites de la controversia, a la luz de los hechos enjuiciados, y requieren, *de facto*, una opinión consultiva del Tribunal de Justicia sobre extremos ajenos a esos hechos.

90. Con ánimo de sortear la objeción de inadmisibilidad, la pregunta podría reformularse entendiendo que se suscita para la hipótesis de que la AC considere probado el acuerdo colusorio y lo sancione con multa, pero sin añadir la prohibición de contratar.

91. De cualquier modo, bien sea en virtud de esa reformulación, bien a título subsidiario, la respuesta que propongo se inspira en mis consideraciones precedentes. Así:

- No sería conforme con el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 una norma nacional (o la interpretación que de ella se lleve a cabo) que exija, como requisito imprescindible para aplicarlo, el previo pronunciamiento de una autoridad de defensa de la competencia.
- Los Estados miembros pueden atribuir la valoración de las medidas correctoras a autoridades distintas de los poderes adjudicadores, como la AC. Corresponde al tribunal de reenvío comprobar si así ocurre en derecho portugués y, en caso afirmativo, verificar «que el régimen nacional establecido a tal efecto respete todas las exigencias fijadas en el artículo [57, apartado 6, de la Directiva 2014/24]». ⁵⁰

F. Quinta pregunta prejudicial

92. El tribunal de reenvío pone su atención en el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP para inquirir si su contenido se atiene al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24.

⁴⁹ La diferencia con la segunda pregunta prejudicial es que, ahora, el tribunal remitente fija la atención en que, conforme al derecho portugués, una vez impuesta la sanción accesoria de prohibición de contratar, la AC es también competente para decidir sobre la rehabilitación del operador económico sancionado.

⁵⁰ Sentencia de 11 de junio de 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468), apartados 31, 38 y parte dispositiva, punto 2.

93. La lectura que el tribunal de reenvío hace de ese artículo del CCP le conduce a declarar que «limita la posibilidad de excluir una oferta por existir serios indicios de actos, acuerdos, prácticas o información que puedan falsear las normas sobre competencia al procedimiento de contratación concreto en el que se detecten esas prácticas».

94. El artículo 70 del CCP se sitúa, al menos literalmente, en un escalón ulterior del procedimiento de contratación: mientras que el artículo 55 se aplica en la fase inicial (selección del operador en función de criterios cualitativos), el artículo 70 atiende a la fase subsiguiente (análisis de las ofertas presentadas). Para llegar a esta segunda fase, lógicamente, el licitador o candidato ha debido superar la primera, es decir, no haber sido excluido previamente del procedimiento.

95. Pues bien, nada habrá que oponer al precepto nacional si su interpretación deja a salvo, en todo caso, la facultad del poder adjudicador de apreciar que, antes del específico procedimiento de contratación que ha de adjudicar, un licitador incurrió en conductas restrictivas de la competencia determinantes de su exclusión.

96. Por decirlo en otras palabras, ningún precepto de la Directiva 2014/24 se vulnera si el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP se limita a autorizar que el poder adjudicador, por sí mismo, excluya la oferta de un licitador al detectar que ha sido fruto de conductas colusorias en el marco del propio procedimiento de contratación.⁵¹

97. El tenor del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24 es lo suficientemente amplio como para integrar todas las posibilidades de que el poder adjudicador tome conocimiento de conductas de un licitador destinadas a falsear la competencia.

98. En las conclusiones del asunto Vossloh Laeis sostuve que el artículo 57 de la Directiva 2014/24 reconoce a los poderes adjudicadores ciertas funciones con connotaciones investigadoras,⁵² postura que asumió el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en aquel asunto.⁵³

99. Haciendo uso de esas funciones, los poderes adjudicadores están habilitados para detectar la presencia de acuerdos de los licitadores, pactados en relación con el procedimiento de contratación en curso, que falseen la competencia. Es posible que, como indica la Comisión, la prueba del comportamiento restrictivo de la competencia por el propio poder adjudicador presente dificultades. Esas dificultades, aparte de no ser insuperables en la práctica, no justifican limitar la facultad del poder adjudicador de valorar una conducta colusoria cuya existencia él mismo aprecia.

⁵¹ Corresponde al tribunal de reenvío resolver si, además, el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP podría interpretarse en el sentido al que me referí en la nota 18.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, puntos 46 a 49.

⁵³ Sentencia Vossloh Laeis, apartados 24 y ss.

V. Conclusión

100. A tenor de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare inadmisibles la segunda y la cuarta preguntas prejudiciales y responda al Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Portugal) en estos términos:

«El artículo 57, apartado 4, letra d), 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,

ha de interpretarse en el sentido de que

- El motivo de exclusión facultativa recogido en esa disposición lo ha de apreciar el poder adjudicador sin estar vinculado por decisiones de otras autoridades, salvo que un operador haya sido excluido por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación, durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que sea ejecutiva.
- El poder adjudicador ha de motivar, directamente o por remisión, las razones en cuya virtud admite la participación en el procedimiento de contratación de un licitador al que previamente se haya sancionado como autor de conductas restrictivas de la competencia.
- No se opone a una norma nacional que autoriza al poder adjudicador a excluir una oferta por existir serios indicios de actos, acuerdos, prácticas o información que, en el concreto procedimiento de contratación en el que se detecten esas conductas, puedan falsear las normas sobre competencia.

A título subsidiario, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la segunda y cuarta preguntas prejudiciales en estos términos:

- Cuando una autoridad de defensa de la competencia haya impuesto una sanción accesoria de prohibición de participar en procedimientos de contratación pública durante un determinado período a un operador económico, el poder adjudicador retiene la facultad de no excluirlo del procedimiento de contratación, si se dan las circunstancias del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24.
- El operador económico tiene derecho a presentar pruebas de haber adoptado medidas suficientes para demostrar su fiabilidad al amparo del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, que el poder adjudicador (o la autoridad facultada al efecto en virtud del derecho nacional) habrá de evaluar, incluso cuando una autoridad de competencia haya dictado contra él una sanción accesoria de prohibirle participar en procedimientos de contratación».