



# Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 7 de septiembre de 2021 \*

## Índice

Marco jurídico . . . . .	4
Derecho de la Unión . . . . .	4
Directiva 2014/24 . . . . .	4
Directiva 89/665 . . . . .	11
Directiva 2016/943 . . . . .	13
Derecho lituano . . . . .	15
Ley sobre Contratos Públicos . . . . .	15
Código de Enjuiciamiento Civil de la República de Lituania . . . . .	18
Litigio principal y cuestiones prejudiciales . . . . .	18
Sobre las cuestiones prejudiciales . . . . .	25
Primera cuestión prejudicial . . . . .	25
Segunda cuestión prejudicial . . . . .	26
Tercera cuestión prejudicial . . . . .	27
Cuestiones prejudiciales cuarta a novena . . . . .	30
Observaciones preliminares . . . . .	30
Cuestiones prejudiciales quinta a séptima . . . . .	31
Cuestiones prejudiciales cuarta, octava y novena . . . . .	33

\* Lengua de procedimiento: lituano.

– Sobre el alcance de la obligación del poder adjudicador de proteger la información confidencial y sobre la obligación de motivación . . . . .	33
– Sobre el alcance de la obligación del órgano jurisdiccional nacional competente de proteger la información confidencial . . . . .	36
Décima cuestión prejudicial . . . . .	39
Undécima cuestión prejudicial . . . . .	41
Costas . . . . .	43
«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2014/24/UE — Artículo 58, apartados 3 y 4 — Artículo 60, apartados 3 y 4 — Anexo XII — Desarrollo de los procedimientos de adjudicación — Elección de los participantes — Criterios de selección — Medios de prueba — Solvencia económica y financiera de los operadores económicos — Posibilidad de que la empresa a la cabeza de una unión temporal de empresas alegue los ingresos percibidos por un contrato público anterior del mismo ámbito que el contrato público de que se trata en el litigio principal, incluso cuando no ejercía por sí misma la actividad comprendida en el ámbito al que se refiere el contrato objeto del litigio principal — Capacidad técnica y profesional de los operadores económicos — Carácter exhaustivo de los medios de prueba admitidos por la Directiva — Artículo 57, apartados 4, letra h), 6 y 7 — Adjudicación de contratos públicos de servicios — Motivos facultativos de exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato — Inscripción en una lista de operadores económicos excluidos de los procedimientos de adjudicación de contratos — Solidaridad entre los miembros de una unión temporal de empresas — Carácter personal de la sanción — Artículo 21 — Protección de la confidencialidad de la información transmitida a un poder adjudicador por un operador económico — Directiva (UE) 2016/943 — Artículo 9 — Confidencialidad — Protección de los secretos comerciales — Aplicabilidad a los procedimientos de adjudicación de contratos — Directiva 89/665/CEE — Artículo 1 — Derecho a la tutela judicial efectiva»	

En el asunto C-927/19,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania), mediante resolución de 17 de diciembre de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de diciembre de 2019, en el procedimiento promovido por

**«Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB**

con intervención de:

**«Ecoservice Klaipėda» UAB,**

**«Klaipėdos autobusų parkas» UAB,**

**«Parsekas» UAB,**

**«Klaipėdos transportas» UAB,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta, los Sres. J.-C. Bonichot y A. Arabadjiev, la Sra. A. Prechal y los Sres. N. Piçarra y A. Kumin, Presidentes de Sala, y la Sra. C. Toader, los Sres. M. Safjan, D. Šváby (Ponente), S. Rodin y F. Biltgen, la Sra. L. S. Rossi y los Sres. I. Jarukaitis y N. Jääskinen, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Campos Sánchez-Bordona;

Secretario: Sr. M. Longar, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de «Ecoservice Klaipėda» UAB, por los Sres. J. Elzbergas y V. Mitrauskas, advokatai;
- en nombre de «Klaipėdos autobusų parkas» UAB, por el Sr. D. Soloveičik, advokatas;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. K. Dieninis y la Sra. R. Butvydytė, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. A. Posch y la Sra. J. Schmoll, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Haasbeek y los Sres. S. L. Kalėda y P. Ondrůšek, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de abril de 2021;

dicta la siguiente

**Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 21, 42, 57, apartado 4, letra h), 58, apartados 3 y 4, y 70 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65), de los artículos 1 y 2 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 (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (DO 2014, L 94, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), y del artículo 9, apartado 2, 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 (DO 2016, L 157, p. 1).

- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre «Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB (Centro Regional de Gestión de Residuos de la Región de Klaipėda, Lituania) (en lo sucesivo, «poder adjudicador») y «Ecoservice Klaipėda» UAB (en lo sucesivo, «Ecoservice»), relativo a la adjudicación de un contrato público de recogida y transporte de residuos urbanos a una agrupación de operadores económicos, integrada por «Klaipėdos autobusų parkas» UAB, «Parsekas» UAB y «Klaipėdos transportas» UAB (en lo sucesivo, «Grupo»).

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

#### *Directiva 2014/24*

- 3 El considerando 51 de la Directiva 2014/24 señala:

«Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a la protección de información confidencial no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores.»

- 4 El artículo 18 de esta Directiva, que lleva por título «Principios de la contratación», dispone en su apartado 1:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

[...]»

- 5 El artículo 21 de la citada Directiva, titulado «Confidencialidad», establece:

«1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.»

- 6 El artículo 42 de la misma Directiva, titulado «Especificaciones técnicas», dispone:

«1. Las especificaciones técnicas definidas en el anexo VII, punto 1, figurarán en los pliegos de la contratación. Las especificaciones técnicas definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro.

Esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de

otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

Las especificaciones técnicas podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.

[...]

3. Sin perjuicio de las normas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho de la Unión, las especificaciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

- a) en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato;
- b) por referencia a especificaciones técnicas y, por orden de preferencia, a normas nacionales que transpongan las normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; cada referencia irá acompañada de la mención “o equivalente”;
- c) en términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);
- d) mediante referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

[...]»

7 El anexo VII de la Directiva 2014/24 se refiere a la «definición de determinadas especificaciones técnicas».

8 El artículo 50 de esta Directiva, titulado «Anuncios de adjudicación de contratos», establece en su apartado 4:

«Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación constituya un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda perjudicar la competencia leal entre operadores económicos.»

9 A tenor del artículo 55 de dicha Directiva, bajo el epígrafe «Información a los candidatos y a los licitadores»:

«1. Los poderes adjudicadores informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.

2. A petición del candidato o licitador de que se trate, los poderes adjudicadores comunicarán, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de 15 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito:

a) a todos los candidatos descartados, los motivos por los que se haya desestimado su candidatura;

b) a todos los licitadores descartados, los motivos por los que se haya desestimado su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 42, apartados 5 y 6, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales;

c) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco;

d) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, el desarrollo de las negociaciones y el diálogo con los licitadores.

3. Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos.»

10 El artículo 56 de esa Directiva, titulado «Principios generales», enuncia, en su apartado 3:

«Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.»

- 11 El artículo 57 de la Directiva 2014/24, que lleva por título «Motivos de exclusión», dispone, en sus apartados 4 y 6:

«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:

[...]

h) cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificativos requeridos de conformidad con el artículo 59;

[...]

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.»

- 12 A tenor del artículo 58 de esta Directiva, titulado «Criterios de selección»:

«1. Los criterios de selección pueden referirse a:

- a) la habilitación para ejercer la actividad profesional;
- b) la solvencia económica y financiera;
- c) la capacidad técnica y profesional.

Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y

financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él.

2. Con respecto a la habilitación para ejercer la actividad profesional, los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que estén inscritos en un registro profesional o mercantil en su Estado miembro de establecimiento, según lo descrito en el anexo XI, o que cumplan cualquier otro requisito establecido en dicho anexo.

En los procedimientos de contratación de servicios, cuando los operadores económicos deban poseer una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.

3. Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, 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. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales.

[...]

4. Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés [que] pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.

En los procedimientos de contratación de suministros que requieran operaciones de colocación o instalación, servicios u obras, la capacidad profesional de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar la instalación o las obras podrá evaluarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficiencia, experiencia y fiabilidad.

[...]»

- 13 El artículo 60 de dicha Directiva, con la rúbrica «Medios de prueba», establece, en sus apartados 3 y 4:

«3. Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia



económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

4. La capacidad técnica de los operadores económicos podrá acreditarse por uno o varios de los medios enumerados en el anexo XII, parte II, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, los suministros o los servicios.»

14 El anexo XII de la misma Directiva, titulado «Medios de prueba de los criterios de selección», dispone:

«Parte I: Solvencia económica y financiera

Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las siguientes referencias:

- a) una certificación bancaria o, cuando proceda, una prueba de estar asegurado contra los riesgos profesionales pertinentes;
- b) la presentación de estados financieros o de extractos de estados financieros, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido;
- c) una declaración en la que se especifique el volumen de negocios global de la empresa y, cuando proceda, su volumen de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, correspondiente, como máximo, a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de esa información.

Parte II: Capacidad técnica

Medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos contemplada en el artículo 58:

- a) las listas siguientes:
  - i) la lista de las obras ejecutadas como máximo en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución y resultado para las obras más importantes; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de cinco años antes,
  - ii) una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros o los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes;
- b) indicación del personal técnico u organismos técnicos, ya estén integrados o no en la empresa del operador económico, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, aquellos de los que disponga el contratista para la ejecución de la obra;

- c) descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el operador económico para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa;
  - d) indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro y de seguimiento que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato;
  - e) cuando los productos o servicios que se vayan a suministrar sean complejos o si, excepcionalmente, deben responder a un fin particular, mediante un control realizado por el poder adjudicador o, en su nombre, por un organismo oficial competente del país en el que esté establecido el proveedor o el prestador de servicios, siempre que medie acuerdo de dicho organismo; este control versará sobre la capacidad de producción del proveedor o sobre la capacidad técnica del prestador de los servicios y, si fuere necesario, sobre los medios de estudio y de investigación con que cuenta, así como sobre las medidas que adopte para controlar la calidad;
  - f) la indicación de los títulos de estudios y profesionales del prestador de servicios o del contratista o de los directivos de la empresa, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación;
  - g) indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato;
  - h) declaración que indique la plantilla media anual del prestador de servicios o del contratista y el número de directivos durante los tres últimos años;
  - i) declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá el prestador de servicios o el contratista para ejecutar el contrato;
  - j) indicación de la parte del contrato que el operador económico tiene eventualmente el propósito de subcontratar;
  - k) en lo referente a los productos que se deban suministrar:
    - i) adjuntando muestras, descripciones o fotografías de los mismos, cuya autenticidad deba certificarse a solicitud del poder adjudicador,
    - ii) presentando certificados expedidos por institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas.»
- 15 El artículo 63 de la Directiva 2014/24, con el epígrafe «Recurso a las capacidades de otras entidades», establece en su apartado 1:

«Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para

los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

Cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 19, apartado 2, podrán recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades.»

16 A tenor del artículo 70 de esta Directiva, bajo la rúbrica «Condiciones de ejecución del contrato»:

«Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.»

#### *Directiva 89/665*

17 El artículo 1 de la Directiva 89/665, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva [2014/24], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

[...]

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier

persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

[...]

5. Los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.

[...]

La suspensión contemplada en el párrafo primero no podrá finalizar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que el poder adjudicador envió una respuesta por fax o por medio electrónico, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que el poder adjudicador envió una respuesta, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta.»

- 18 El artículo 2 de la misma Directiva, cuyo epígrafe es «Requisitos de los procedimientos de recurso», establece en su apartado 1:

«Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para:

- a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador;
- b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;
- c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

- 19 La Directiva 89/665 en su versión inicial, con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Directiva 2014/23, había sido modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31), con el fin de mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El considerando 36 de esta última Directiva enunciaba que esta respeta los derechos fundamentales, observa los principios reconocidos en particular por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y tiene por objeto, en particular, garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.

*Directiva 2016/943*

20 Los considerandos 4 y 18 de la Directiva 2016/943 exponen:

«(4) Las empresas innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos comerciales, como el robo, la copia no autorizada, el espionaje económico o el incumplimiento de los requisitos de confidencialidad, ya sea dentro o fuera del territorio de la Unión. Fenómenos recientes, como la globalización, una creciente externalización, cadenas de suministro más largas y un mayor uso de las tecnologías de la información y la comunicación, contribuyen a aumentar el riesgo de tales prácticas. La obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial comprometen la capacidad de su poseedor legítimo para aprovechar las ventajas que le corresponden como precursor por su labor de innovación. La falta de instrumentos jurídicos eficaces y comparables para la protección de los secretos comerciales en toda la Unión menoscaba los incentivos para emprender actividades transfronterizas en el mercado interior asociadas a la innovación e impiden que los secretos comerciales puedan liberar su potencial como estímulos del crecimiento económico y del empleo. En consecuencia, la innovación y la creatividad se ven desincentivadas y disminuye la inversión, con las consiguientes repercusiones en el buen funcionamiento del mercado interior y la consiguiente merma de su potencial como factor de crecimiento.

[...]

(18) Además, la obtención, utilización o revelación de secretos comerciales, cuando lo imponga o lo permita la ley, deben considerarse lícitas a los efectos de la presente Directiva. Así ocurre, en particular, con la obtención y revelación de secretos comerciales en el marco del ejercicio de los derechos de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales, y del ejercicio de la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, y también ocurre con la obtención o revelación de secretos comerciales en el marco de una auditoría legal efectuada de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional. No obstante, dicha consideración de la obtención de secretos comerciales como lícita se debe entender sin perjuicio de cualquier obligación de confidencialidad relativa al secreto comercial o de cualquier restricción relativa a su utilización que el Derecho de la Unión o nacional impongan al destinatario o a la persona que obtiene la información. En particular, la presente Directiva no debe eximir a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad a las que están sujetas en relación con la información transmitida por los poseedores de secretos comerciales, independientemente de que dichas obligaciones se establezcan en el Derecho de la Unión o en el nacional. Así ocurre, entre otros casos, con las obligaciones de confidencialidad de la información transmitida a los poderes adjudicadores en el marco de los procedimientos de contratación pública, como las enunciadas, por ejemplo, en [...] la Directiva [2014/24] [...].».

21 Según el artículo 1 de la Directiva 2016/943, con la rúbrica «Objeto y ámbito de aplicación»:

«1. La presente Directiva establece normas en materia de protección frente a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales.

[...]

2. La presente Directiva no afectará:

[...]

- b) a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que, por motivos de interés público, exijan a los poseedores de secretos comerciales divulgar información, incluidos secretos comerciales, o comunicarla a las autoridades administrativas y judiciales para el ejercicio de las funciones de esas autoridades;
- c) a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que exijan o permitan a las instituciones y organismos de la Unión o a las autoridades públicas nacionales revelar información presentada por las empresas y que obre en poder de esos organismos, instituciones o autoridades, en virtud de las obligaciones y prerrogativas establecidas en el Derecho de la Unión o nacional y de conformidad con estas;

[...]».

22 El artículo 3 de la citada Directiva, titulado «Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos comerciales», dispone, en su apartado 2:

«La obtención, utilización o revelación de un secreto comercial se considerarán lícitas en la medida en que el Derecho de la Unión o nacional exijan o permitan dicha obtención, utilización o revelación.»

23 El artículo 4 de la misma Directiva, con el título «Obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales», establece en su apartado 2, letra a):

«La obtención de un secreto comercial sin el consentimiento de su poseedor se considerará ilícita cuando se lleve a cabo mediante:

- a) el acceso no autorizado a, así como la apropiación o la copia no autorizadas de, cualquier documento, objeto, material, sustancia o fichero electrónico, que se encuentre legítimamente bajo el control del poseedor del secreto comercial y que contenga el secreto comercial o a partir del cual este se pueda deducir».

24 El artículo 9 de la Directiva 2016/943, bajo la rúbrica «Preservación de la confidencialidad de los secretos comerciales durante el proceso judicial», dispone en su apartado 2:

«Los Estados miembros velarán asimismo por que las autoridades judiciales competentes, previa solicitud debidamente motivada de una de las partes, puedan tomar las medidas específicas necesarias para preservar la confidencialidad de cualquier secreto comercial o supuesto secreto comercial utilizado o mencionado durante un proceso judicial relativo a la obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial. Los Estados miembros también podrán permitir que las autoridades judiciales adopten tales medidas de oficio.

Las medidas a que se refiere el párrafo primero deberán incluir, como mínimo, la posibilidad de:

- a) restringir a un número limitado de personas el acceso a cualquier documento que contenga secretos comerciales o supuestos secretos comerciales presentado por las partes o por terceros, en su totalidad o en parte;

- b) restringir a un número limitado de personas el acceso a las vistas, cuando en las mismas puedan revelarse secretos comerciales o supuestos secretos comerciales, y a las grabaciones o transcripciones de esas vistas;
- c) poner a disposición de toda persona que no esté incluida entre el limitado número de personas al que se hace referencia en las letras a) y b) una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes que contengan secretos comerciales.

El número de personas al que se hace referencia en el párrafo segundo, letras a) y b), no será superior al que resulte necesario para garantizar el cumplimiento del derecho de las partes procesales a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, e incluirá, al menos, una persona física de cada una de las partes y sus respectivos abogados u otros representantes.»

### ***Derecho lituano***

#### *Ley sobre Contratos Públicos*

- 25 La Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Ley sobre Contratos Públicos de la República de Lituania), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Ley sobre Contratos Públicos»), dispone, en su artículo 20, titulado «Confidencialidad»:

«1. Se prohibirá a la autoridad contratante, al comité de adjudicación, a sus miembros y expertos y a cualquier otra persona que revelen a terceros información que los proveedores hayan suministrado con carácter confidencial.

2. La totalidad de la oferta o solicitud de participación del proveedor no podrá calificarse de confidencial, pero el proveedor podrá indicar que cierta información presentada en su oferta es confidencial. La información confidencial puede incluir, entre otras cosas, secretos comerciales (de fabricación) y aspectos confidenciales de la oferta. La información no puede ser clasificada como confidencial:

- 1) si violara las disposiciones legales que establecen la obligación de revelar o el derecho a obtener información y los reglamentos de aplicación de esas disposiciones legales;
- 2) si ello supone un incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 33 y 58 de la presente Ley en relación con la publicación de los contratos celebrados, la información de los candidatos y licitadores, incluida la información sobre el precio de los suministros, servicios u obras que se indique en la licitación, con excepción de sus elementos constitutivos;
- 3) cuando esa información se haya presentado en documentos que certifiquen que el proveedor no está sujeto a ninguna causa de exclusión, que cumple los requisitos de capacidad y las normas de gestión de la calidad y de protección del medio ambiente, excepto la información cuya divulgación violaría de las disposiciones de la ley de la República de Lituania sobre la protección de los datos personales o las obligaciones del proveedor en virtud de contratos celebrados con terceros;

4) cuando esa información se refiera a operadores económicos y subcontratistas a cuya capacidad recurra el proveedor, con la excepción de la información cuya divulgación violaría las disposiciones de la ley de protección de datos personales.

3. Cuando el poder adjudicador tenga dudas sobre el carácter confidencial de la información contenida en la oferta del proveedor, deberá pedirle que demuestre por qué la información en cuestión es confidencial. [...]

4. En el plazo máximo de seis meses después de la fecha de celebración del contrato, los licitadores interesados podrán solicitar a la autoridad contratante que les dé acceso a la oferta o a la solicitud del adjudicatario (los candidatos, a las solicitudes de otros proveedores que hayan sido invitados a presentar una oferta o a participar en un diálogo), pero no se podrá revelar la información que los candidatos o licitadores hayan calificado de confidencial sin infringir el apartado 2 del presente artículo.

[...]»

26 El artículo 45 de esta Ley, titulado «Principios generales de evaluación del proveedor y de la solicitud de participación o de su oferta», establece, en su apartado 3:

«Si un candidato o licitador ha presentado documentos o datos inexactos, incompletos o falsos relativos a la conformidad con las prescripciones de los pliegos de la contratación o no ha presentado tales documentos o datos, el poder adjudicador, sin vulnerar los principios de igualdad de trato y de transparencia, deberá requerir al candidato o licitador que rectifique, complete o precise dichos documentos o datos dentro del plazo razonable que señale. Solo podrán rectificarse, completarse, precisarse o presentarse adicionalmente documentos o datos relativos a la inexistencia de un motivo de exclusión del proveedor, a su conformidad con los requisitos de capacidad, a los criterios de gestión de la calidad y de protección del medio ambiente, un mandato conferido por el proveedor para firmar la solicitud de participación o la oferta, un contrato de actividad común, un documento que certifique la validez de la oferta y documentos sin relación con el objeto del contrato, sus características técnicas, las condiciones de ejecución del contrato o el precio de la oferta. Los demás documentos de la oferta del proveedor podrán rectificarse, completarse o precisarse de conformidad con el artículo 55, apartado 9, de la presente Ley.»

27 El artículo 46 de dicha Ley, con la rúbrica «Motivos de exclusión de un proveedor», enuncia en su apartado 4:

«El poder adjudicador excluirá al proveedor del procedimiento de contratación cuando:

[...]

4) dicho proveedor, en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato, haya ocultado información o haya presentado información falsa sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo y en el artículo 47 de la presente Ley y el poder adjudicador pueda demostrar este hecho por cualquier medio admitido en Derecho, o el proveedor, por haber presentado información falsa, no pueda presentar los justificantes requeridos en virtud del artículo 50 de la presente Ley. [...]»



28 El artículo 52 de la Ley sobre Contratos Públicos, titulado «Ocultación de información, presentación de información falsa o no presentación de documentos», establece:

«1. El poder adjudicador publicará, a más tardar en un plazo de diez días, en el Centrinė viešųjų pirkimų informacinė sistema [(Portal Central de Contratos Públicos, Lituania)], de conformidad con las normas emitidas por la Viešųjų pirkimų tarnyba [(Autoridad de Contratación Pública, Lituania)], la información sobre el proveedor que, en el curso del procedimiento de contratación, haya ocultado información o haya presentado información falsa sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de esta Ley o que, por haber dado información falsa, no haya presentado los documentos justificativos exigidos en el artículo 50 de esta Ley, cuando:

- 1) dicho proveedor haya sido excluido del procedimiento de contratación;
- 2) se haya adoptado una resolución judicial.

[...]»

29 El artículo 55 de la Ley sobre Contratos Públicos, bajo el epígrafe «Evaluación y comparación de las ofertas», dispone, en su apartado 9:

«De conformidad con el artículo 45, apartado 3, de la presente Ley, el poder adjudicador podrá solicitar a los licitadores que rectifiquen, completen o precisen sus ofertas, pero no podrá solicitarles, proponerles o permitirles modificar elementos esenciales de la oferta presentada en un procedimiento abierto o restringido, o de la oferta final presentada en un diálogo competitivo, un procedimiento negociado con o sin publicación o asociación de innovación, es decir, modificar el precio o efectuar otras modificaciones que conviertan una oferta que no era conforme con los pliegos de la contratación en conforme con estos. Cuando, al examinar las ofertas, el poder adjudicador descubra en la oferta errores de cálculo del precio o de los costes, invitará al licitador a subsanar los errores de cálculo constatados, dentro del plazo que aquel señale, sin modificar los precios o los costes que figuraban en la oferta en el momento en el que tuvo conocimiento de esta. Cuando subsane los errores de cálculo constatados en su oferta, el licitador podrá subsanar los elementos constitutivos del precio o de los costes, pero no podrá renunciar a elementos del precio o a elementos constitutivos de los costes ni añadir nuevos elementos al precio o a los costes.»

30 El artículo 58 de esa Ley, con el título «Comunicación de los resultados de los procedimientos de adjudicación de contratos», establece en su apartado 3:

«En los casos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo, el poder adjudicador no podrá facilitar información cuya revelación infrinja las normas sobre información y protección de datos o resulte contraria al interés general, perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado proveedor o afecte a la competencia entre proveedores.»

*Código de Enjuiciamiento Civil de la República de Lituania*

31 El Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Código de Enjuiciamiento Civil de la República de Lituania) dispone, en su artículo 10<sup>1</sup>, titulado «Disposiciones especiales en materia de protección de los secretos comerciales»:

«1. El presente artículo establece disposiciones específicas en materia de protección de los secretos comerciales en los asuntos relativos a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales y en otros asuntos civiles.

2. Cuando haya motivos para considerar que un secreto comercial puede ser revelado, el juez, a petición debidamente motivada de las partes o de oficio, designará por auto motivado a las personas que puedan:

- 1) tener acceso a las partes del expediente que contengan información que constituya un secreto comercial o que pueda constituir un secreto comercial, hacer y obtener extractos, duplicados y copias (copias digitales);
- 2) participar en audiencias a puerta cerrada en las que podrá revelarse información que constituya o pueda constituir un secreto comercial y tener acceso a las actas de dichas audiencias;
- 3) obtener una copia certificada (copia digital) de una sentencia o auto que contenga información que constituya o pueda constituir un secreto comercial.

3. El número de personas a que se refiere el apartado 2 del presente artículo no podrá superar lo necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial y el derecho a un juicio justo. Dichas personas serán, como mínimo, las siguientes:

- 1) si la parte es una persona física: ella misma y su representante;
- 2) si la parte es una persona jurídica: al menos una persona física que lleve el asunto en nombre de la persona jurídica y su representante.

4. Al aplicar las restricciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, el juez tendrá en cuenta la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial y el derecho a un juicio justo, los intereses legítimos de las partes y de las demás personas que participan en el procedimiento y el perjuicio que pueda resultar de la aplicación o no aplicación de dichas restricciones.

[...]»

**Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

32 Mediante anuncio de licitación publicado el 27 de septiembre de 2018, el poder adjudicador convocó un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato abierto internacional de prestación de servicios de recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de Neringa (Lituania) a las instalaciones de tratamiento del vertedero de Klaipėda (Lituania).

- 33 El poder adjudicador definió en ese anuncio una serie de especificaciones técnicas. En particular, estableció que el prestador de servicios estará obligado a utilizar vehículos de recogida de residuos municipales que deberán ser conformes, como mínimo, a la norma Euro 5 y estar equipados con un emisor fijo de sistema de posicionamiento geográfico (GPS) que funcione permanentemente, de modo que permita al poder adjudicador determinar la posición exacta del vehículo y su itinerario preciso.
- 34 El anuncio también incluía una descripción de la capacidad técnica y profesional de los licitadores, necesaria para la ejecución del contrato, así como una descripción de su solvencia económica y financiera. A este respecto, precisaba que cada licitador debía presentar una declaración, en formato libre, de que su volumen de negocios medio anual en el ejercicio de la actividad de recogida y transporte de residuos urbanos mixtos durante los tres últimos ejercicios o desde la fecha de su inscripción, si había ejercido esa actividad durante menos de tres ejercicios, no era inferior a 200 000 euros, sin impuesto sobre el valor añadido.
- 35 El poder adjudicador recibió tres ofertas, entre ellas la de Ecoservice y la del Grupo.
- 36 El 29 de noviembre de 2018, el poder adjudicador notificó a los licitadores la evaluación de las ofertas y su clasificación final. El contrato se adjudicó al Grupo debido al precio inferior de su oferta, quedando Ecoservice clasificada en segundo lugar.
- 37 El 4 de diciembre de 2018, Ecoservice solicitó al poder adjudicador, sobre la base del artículo 20, apartado 4, de la Ley sobre Contratos Públicos, el acceso a los elementos que había tenido en cuenta para establecer dicha clasificación, en particular a la oferta del Grupo.
- 38 El 6 de diciembre de 2018, se puso en conocimiento de Ecoservice la información no confidencial de esa oferta.
- 39 El 10 de diciembre de 2018, al considerar que el Grupo no disponía de las cualificaciones requeridas, Ecoservice presentó una reclamación ante el poder adjudicador para impugnar los resultados del procedimiento de licitación. Argumentó, en primer lugar, que ninguno de los miembros del Grupo podía haber ejecutado contratos de recogida y transporte de residuos municipales mixtos por un importe de 200 000 euros durante los tres ejercicios anteriores. A este respecto, especificaba que, como Parsekas no prestaba servicios de gestión de residuos municipales mixtos, el poder adjudicador debería haberle requerido que explicitara la declaración presentada según la cual Parsekas había ejecutado contratos de gestión de residuos mixtos por un importe de 235 510,79 euros. En segundo lugar, Ecoservice alegaba que el Grupo no disponía de la capacidad técnica exigida.
- 40 El 17 de diciembre de 2018, el poder adjudicador desestimó esa reclamación indicando de manera lacónica, según el órgano jurisdiccional remitente, que el Grupo había cumplido los dos requisitos de cualificación cuestionados por Ecoservice.
- 41 El 27 de diciembre de 2018, Ecoservice interpuso un recurso contra esa resolución ante el Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda, Lituania), por el que solicitaba, en particular, que se ordenara al poder adjudicador presentar la oferta del Grupo y la correspondencia que este había intercambiado con el poder adjudicador. Ecoservice, sosteniendo que debían presentarse ante el juez todas las pruebas, con independencia de su carácter confidencial, consideraba necesario disponer de tales documentos, algunos de los cuales no eran confidenciales, con el fin de especificar sus propias pretensiones.

- 42 Mediante resolución de 3 de enero de 2019, el mencionado órgano jurisdiccional ordenó al poder adjudicador que facilitara a Ecoservice la totalidad de los documentos solicitados.
- 43 En su escrito de 11 de enero de 2019, presentado a raíz de dicho requerimiento, el poder adjudicador alegó, en primer lugar, que, al examinar la reclamación, había solicitado al Grupo que le aclarara algunos puntos sobre los contratos de servicios de gestión de residuos que había celebrado. Añadió que el Grupo transmitió la información solicitada precisando al mismo tiempo que una gran parte de la información transmitida era confidencial y, por consiguiente, debía protegerse contra la revelación a terceros. Al estimar también que dicha información tenía un valor comercial para el Grupo y que su revelación a los competidores podría causarle un perjuicio, el poder adjudicador no las comunicó al juez para no infringir el artículo 20 de la Ley sobre Contratos Públicos. Por lo tanto, solo aportó la información no confidencial contenida en la oferta del Grupo, indicando que presentaría la información confidencial al juez si este la volviese a requerir.
- 44 En segundo lugar, el poder adjudicador solicitó que se desestimara el recurso, basándose en que las aclaraciones adicionales que había recibido del Grupo y la visita llevada a cabo en los locales de este habían permitido confirmar que la oferta en cuestión había sido valorada correctamente.
- 45 Mediante auto de 15 de enero de 2019, el Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda) limitó la obligación de presentar documentos a la oferta del Grupo y a los documentos adjuntos a esta y ordenó su presentación a más tardar el 25 de enero de 2019.
- 46 El 25 de enero de 2019, el poder adjudicador presentó a dicho órgano jurisdiccional los documentos solicitados distinguiéndolos en función de si contenían o no información confidencial. La información cuyo carácter confidencial alegaba el Grupo, sin que el poder adjudicador lo contradijera, se remitía exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional. Por otra parte, el poder adjudicador solicitó al juez que no permitiera a Ecoservice acceder a la información confidencial de la oferta del Grupo y que la calificara de elementos no públicos del expediente.
- 47 Mediante auto de 30 de enero de 2019, el órgano jurisdiccional de primera instancia estimó las pretensiones del poder adjudicador de que la información de la oferta del Grupo que se le había presentado, por una parte, fuera calificada de confidencial y, por otra parte, no se divulgara.
- 48 El 14 de febrero de 2019, mediante un auto contra el que no cabía recurso, el referido órgano jurisdiccional desestimó la solicitud presentada por Ecoservice el 11 de febrero de 2019 para acceder a todos los elementos del expediente.
- 49 El 21 de febrero de 2019, mediante auto contra el que no cabía recurso, el citado órgano jurisdiccional desestimó la solicitud formulada por Ecoservice, el 12 de febrero de 2019, de que se requiriera a Parsekas que presentara datos relativos a los contratos de gestión de residuos que había celebrado.
- 50 Mediante sentencia de 15 de marzo de 2019, el Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda) desestimó el recurso interpuesto por Ecoservice al considerar que el Grupo reunía las cualificaciones requeridas.

- 51 Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Ecoservice, el Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania) anuló, mediante sentencia de 30 de mayo de 2019, tanto la sentencia del juez de primera instancia como la resolución del poder adjudicador por la que se clasificaban las ofertas. El órgano jurisdiccional de apelación también ordenó al poder adjudicador que procediera a una nueva evaluación de las ofertas.
- 52 El poder adjudicador interpuso recurso de casación ante el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania).
- 53 El 26 de julio de 2019, Ecoservice, antes de presentar su escrito de contestación al recurso de casación, solicitó al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania) el acceso a los documentos confidenciales presentados por el poder adjudicador en primera instancia, ocultando la información sensible desde el punto de vista comercial.
- 54 En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que algunos de los requisitos de calificación de los licitadores que figuran en el anuncio de licitación pueden entenderse a la vez como requisitos relativos a la solvencia económica y financiera del operador económico y como requisitos relativos a la capacidad técnica y profesional de este, pero también como especificaciones técnicas o incluso como condiciones de ejecución del contrato público.
- 55 Pues bien, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, resulta preciso determinar la naturaleza de estas exigencias, puesto que, con arreglo a los artículos 45, apartado 3, y 55, apartado 9, de la Ley sobre Contratos Públicos, la obligación o la facultad de rectificar una declaración de un licitador varía en función de que la información controvertida se refiera a la cualificación de este o a la oferta que haya presentado.
- 56 En segundo lugar, según el órgano jurisdiccional remitente, se plantea la cuestión de la ponderación de la protección de la información confidencial facilitada por un licitador y de la efectividad del derecho de defensa de los demás licitadores.
- 57 En el caso de autos, Ecoservice intentó en vano obtener el acceso a la oferta del Grupo. El propio poder adjudicador se decantó muy activamente por el derecho del Grupo a la protección de su información confidencial. Esta práctica, frecuente en Lituania, conduce a que los derechos de los licitadores solo queden parcialmente protegidos. En efecto, en los litigios relativos a la adjudicación de contratos públicos, los licitadores descartados disponen de menos información que las demás partes en tales litigios. Además, la tutela efectiva de sus derechos depende de si el juez decide calificar de confidencial la información cuya presentación solicitan. Pues bien, una decisión por la que el juez desestima una solicitud de comunicación de tal información puede reducir las posibilidades de que sea estimado el recurso interpuesto por un licitador descartado contra la decisión de adjudicación del contrato.
- 58 El órgano jurisdiccional remitente expone, en primer término, que ha declarado, en particular, en el ámbito de los contratos públicos, que el derecho de los licitadores, consagrado en el artículo 20 de la Ley sobre Contratos Públicos, a la protección de la información confidencial que presentaron en la oferta solo se refiere a la información que debe calificarse de secreto comercial o de secreto industrial, en virtud del artículo 1116, apartado 1, del Lietuvos Respublikos civilinio kodekso (Código Civil de la República de Lituania), que corresponde en esencia a las disposiciones de la Directiva 2016/943. En segundo término, debe considerarse que el derecho de un licitador a acceder a la oferta de otro licitador forma parte integrante de la protección de los derechos que potencialmente han sido vulnerados.

- 59 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca del contenido preciso de las obligaciones de los poderes adjudicadores de proteger la confidencialidad de la información que les transmiten los licitadores y acerca de las relaciones entre estas obligaciones y la obligación de garantizar una tutela judicial efectiva a los operadores económicos que hayan interpuesto un recurso. Considera que, aunque el Tribunal de Justicia subrayó, mediante la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), que los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre los operadores económicos y los poderes adjudicadores, el artículo 9, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 2016/943, que es posterior a dicha sentencia, establece que, en cualquier caso, las partes procesales no pueden disponer de información distinta, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo. Precisa que, dado que esta disposición obliga al juez a garantizar el derecho de los operadores económicos a conocer los secretos comerciales de una parte en el litigio, también podría reconocérseles el ejercicio de este derecho antes de cualquier procedimiento contencioso, en particular para que puedan decidir con pleno conocimiento de causa si interponen un recurso.
- 60 El órgano jurisdiccional remitente señala que, sin embargo, existe el riesgo de que determinados operadores económicos abusen de este derecho acudiendo al poder adjudicador no para defender sus derechos, sino únicamente para obtener información sobre sus competidores. No obstante, esos operadores podrían en cualquier caso obtener la información deseada interponiendo un recurso ante un órgano jurisdiccional.
- 61 El órgano jurisdiccional remitente señala que, a excepción de su considerando 18, la Directiva 2016/943 no contiene ninguna disposición específica relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Subraya que, aunque los poderes adjudicadores no sean órganos de recurso, la obligación de agotar la vía de recurso administrativo previo, prevista en el Derecho interno, les confiere una amplia facultad para cooperar con los operadores económicos, ya sean demandantes o demandados. En su opinión, los poderes adjudicadores tienen también, como consecuencia del objetivo de garantizar a esos operadores una tutela efectiva de sus derechos, la obligación de adoptar, en la medida de su competencia y de los medios de que disponen, las medidas necesarias para garantizarles la posibilidad de defender efectivamente los intereses que se hayan visto lesionados. Así, considera que cabe interpretar el artículo 21 de la Directiva 2014/24 y las disposiciones correspondientes de la Directiva 89/665 en el sentido de que los licitadores pueden acceder a información que constituya un secreto comercial de los demás licitadores no solo en el marco de un procedimiento judicial, sino también durante la fase de recurso administrativo previo.
- 62 En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pretende plantear de oficio la cuestión de la apreciación de los actos del Grupo en relación con el artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva 2014/24, es decir, si el Grupo o, al menos, algunos de sus miembros, no han presentado al poder adjudicador información falsa sobre la conformidad de sus capacidades con las prescripciones de la licitación.
- 63 El órgano jurisdiccional remitente deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la información facilitada por Parsekas podría constituir un caso de negligencia en la presentación de información, que influyó en los resultados del procedimiento de adjudicación del contrato. A este respecto, considera que Parsekas no debería haber indicado los ingresos que obtuvo de los contratos celebrados y ejecutados con otros operadores económicos que prestaban la parte de los

servicios relativa a la gestión de residuos mixtos, ni tampoco de los contratos que ella misma ejecutó, pero respecto de los cuales la gestión de residuos mixtos solo representaba una parte mínima de los residuos de que se trata.

- 64 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente, que señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 se basa en la relación particular de confianza recíproca entre el poder adjudicador y el proveedor de que se trate, pregunta, a este respecto, si un órgano jurisdiccional nacional puede apartarse de la apreciación realizada por el poder adjudicador de que la información que se le ha transmitido durante el procedimiento de adjudicación no tiene carácter falso ni engañoso.
- 65 Por último, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, cuando un operador económico, parte en un contrato de actividad común, ha facilitado información eventualmente falsa, sus socios, con quienes ha presentado la oferta común, deben ser inscritos también, en virtud de los artículos 46, apartado 4, punto 4, y 52 de la Ley sobre Contratos Públicos, en la «Lista de proveedores que han presentado información falsa», inscripción que les impide participar, durante un año, en licitaciones publicadas por otros poderes adjudicadores.
- 66 Esta solución, que podría basarse en la solidaridad y la comunidad de interés y de responsabilidad de todos los operadores que sean socios, parece oponerse, no obstante, al principio de responsabilidad personal de dichos operadores, en virtud del cual solo puede sancionarse al operador económico que haya transmitido información falsa.
- 67 En estas circunstancias, el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «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 al cual se exige a los proveedores que demuestren un determinado nivel de volumen de negocios medio anual obtenido únicamente con la prestación de determinados servicios (gestión de residuos municipales mixtos)?
  - 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, EU:C:2017:338), de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial?
  - 3) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24, del artículo 42 en relación con el anexo VII de esa Directiva o el artículo 70 de esta, 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 (norma Euro 5), la instalación de un transmisor GPS y la capacidad de almacenamiento?
  - 4) ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, párrafo [cuarto], 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 le haya sido confiada?
- 5) ¿Se han de interpretar el artículo 1, apartado 1, párrafo [cuarto], 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 [cuarto], 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, a la luz de la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), 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 del procedimiento de adjudicación del contrato?
- 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 sanciones adicionales (además de la exclusión de los procedimientos de adjudicación de contratos) para la presentación de información falsa, esas sanciones solo pueden aplicarse sobre la base de la responsabilidad personal, en particular cuando la información no conforme con la realidad ha sido presentada solo por una parte de los [operadores] que han participado conjuntamente en el procedimiento de adjudicación del contrato (por ejemplo, uno de varios socios)?»

## Sobre las cuestiones prejudiciales

### *Primera cuestión prejudicial*

- 68 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 58 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los operadores económicos de demostrar que tienen un determinado volumen de negocios anual medio en el ámbito de actividades al que se refiera el contrato público de que se trate constituye un criterio de selección relativo a su solvencia económica y financiera, en el sentido del apartado 3 de esa disposición, o a su capacidad técnica y profesional, en el sentido del apartado 4 de la mencionada disposición.
- 69 A este respecto, procede recordar que el artículo 58, apartado 1, de esta Directiva enumera los tres tipos de criterios de selección que los poderes adjudicadores pueden imponer a los operadores económicos como requisitos de participación. Estos criterios, que se refieren a la habilitación para ejercer la actividad profesional de que se trate, a la solvencia económica y financiera y a la capacidad técnica y profesional de los operadores, se especifican, respectivamente, en los apartados 2 a 4 de ese artículo.
- 70 Además, del artículo 58, apartado 3, de dicha Directiva se desprende que, para asegurarse de que poseen la solvencia económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, 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.
- 71 De ello se deduce que la exigencia de que los operadores económicos demuestren que tienen determinado volumen de negocios anual medio en el ámbito de actividad al que se refiera el contrato corresponde precisamente a la definición del criterio de selección basado en su solvencia económica y financiera, en el sentido del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24, y, por tanto, está comprendida en esta disposición. Además, del anexo XII de esa Directiva, relativo a los «medios de prueba de los criterios de selección», más concretamente, de la

parte I de ese anexo, al que remite el artículo 60, apartado 3, de esa Directiva, se desprende que en la lista no exhaustiva de pruebas que pueden acreditar la solvencia económica y financiera de un operador económico figura «su volumen de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato», extremo que refuerza tal interpretación.

- 72 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 58 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los operadores económicos de demostrar que tienen un determinado volumen de negocios anual medio en el ámbito de actividades al que se refiera el contrato público de que se trate constituye un criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera de esos operadores, a efectos del apartado 3 de dicha disposición.

### *Segunda cuestión prejudicial*

- 73 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 58, apartado 3, en relación con el artículo 60, apartado 3, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el poder adjudicador haya exigido que los operadores económicos tengan un determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato público de que se trate, un operador económico solo puede, a efectos de aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, invocar los ingresos percibidos por una unión temporal de empresas a la que haya pertenecido si ha contribuido efectivamente, en el marco de un contrato público determinado, a realizar una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual el citado operador pretende demostrar su solvencia económica y financiera.
- 74 Para aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, en el sentido del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24, un operador económico puede, por regla general, con arreglo al artículo 60, apartado 3, párrafo primero, de esa Directiva, presentar al poder adjudicador una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I, de la citada Directiva. El artículo 60, apartado 3, párrafo segundo, de esta establece incluso que, cuando por una razón válida el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.
- 75 Como se desprende del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo determinado en el ámbito al que se refiera el contrato.
- 76 Así pues, de esta disposición se desprende que, al definir las condiciones que garanticen que los operadores económicos posean la solvencia económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato, los poderes adjudicadores pueden decidir exigir a los operadores económicos que tengan determinado volumen de negocios anual mínimo global o determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato público de que se trate, o incluso combinar ambas exigencias.
- 77 Pues bien, si el poder adjudicador ha impuesto exclusivamente un requisito relativo a un determinado volumen de negocios anual mínimo, sin exigir que ese determinado volumen de negocios mínimo se haya realizado en el ámbito al que se refiera el contrato, nada se opone a que un operador económico pueda invocar los ingresos percibidos por una unión temporal de

empresas a la que pertenecía, aun cuando no haya contribuido efectivamente, en el marco de un contrato público determinado, a la realización de una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual dicho operador económico pretende demostrar su solvencia económica y financiera.

- 78 En cambio, cuando el poder adjudicador ha exigido que se tenga ese determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato, esta exigencia persigue una doble finalidad. En efecto, pretende demostrar la solvencia económica y financiera de los operadores económicos y contribuye a demostrar su capacidad técnica y profesional. En tal supuesto, la solvencia económica y financiera de un operador es, al igual que su capacidad técnica y profesional, propia y exclusiva de dicho operador como persona física o jurídica.
- 79 De ello se deduce que, en ese último supuesto, para aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, un operador económico solo puede invocar, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los ingresos percibidos por una unión temporal de empresas a la que haya pertenecido si efectivamente ha contribuido, en el marco de un contrato público determinado, a la realización de una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual dicho operador pretende demostrar su solvencia económica y financiera.
- 80 En efecto, cuando un operador económico se basa en la solvencia económica y financiera de una agrupación de empresas de la que haya formado parte, esta debe apreciarse en relación con la participación concreta de este operador y, por tanto, con su contribución efectiva al ejercicio de una actividad exigida a dicha agrupación en el marco de un contrato público determinado (véase, por analogía, la sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 62).
- 81 En consecuencia, en el contexto del artículo 58, apartado 3, de la Directiva 2014/24, es preciso limitar, en el marco del supuesto mencionado en el apartado 78 de la presente sentencia, el volumen de negocios que puede invocarse con arreglo a esta disposición al relativo a la contribución efectiva del operador de que se trate a una actividad exigida a una agrupación en el marco de un contrato público anterior.
- 82 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 58, apartado 3, en relación con el artículo 60, apartado 3, de la Directiva 2014/24, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el poder adjudicador haya exigido que los operadores económicos tengan un determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato público de que se trate, un operador económico solo puede, a efectos de aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, invocar los ingresos percibidos por una unión temporal de empresas a la que haya pertenecido si ha contribuido efectivamente, en el marco de un contrato público determinado, a realizar una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual el citado operador pretende demostrar su solvencia económica y financiera.

### *Tercera cuestión prejudicial*

- 83 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación.

- 84 A este respecto, procede considerar que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato, en el sentido, respectivamente, del artículo 58, apartado 4, del artículo 42 y del artículo 70 de dicha Directiva.
- 85 Por lo que atañe a los criterios de selección relativos a la «capacidad técnica y profesional» de los operadores económicos en el sentido del artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24, procede señalar que entre los medios de prueba de dicha capacidad, enumerados en el anexo XII, parte II, de esa Directiva, figuran en las letras g) e i), respectivamente, la «indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato» y una «declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá el prestador de servicios o el contratista para ejecutar el contrato».
- 86 Pues bien, aunque tales medios de prueba pueden acreditar la «capacidad técnica y profesional» de los operadores económicos, las prescripciones técnicas como las relativas a las emisiones contaminantes de los vehículos (norma Euro 5) y la obligación de equipar estos vehículos de un emisor GPS, objeto de controversia en el caso de autos, pueden referirse a los «recursos técnicos» de los operadores económicos y, por tanto, ser calificados de criterios de selección relativos a su «capacidad técnica y profesional», en el sentido del citado artículo 58, apartado 4, en la medida en que los pliegos de la contratación las impongan específicamente como capacidades cuya disponibilidad actual o futura, en tiempo útil para ejecutar el contrato, deben demostrar los licitadores, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.
- 87 En cuanto a las «especificaciones técnicas», en el sentido del artículo 42 de la Directiva 2014/24, del apartado 3 de este artículo se desprende que tales especificaciones definen las «características exigidas» de los servicios objeto de un contrato y están formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular medioambientales, o por referencia a especificaciones técnicas. Además, el apartado 1 de dicho artículo remite al anexo VII de la referida Directiva, cuyo punto 1, letra b), precisa, por lo que respecta a los contratos públicos de suministro o de servicios, que una especificación técnica es la que «figure en un documento en [el] que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como [...] los niveles de comportamiento ambiental y climático [...]». Así pues, las prescripciones técnicas controvertidas en el litigio principal, que están efectivamente formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, y que hacen referencia, en particular, a la norma Euro 5 relativa a las emisiones contaminantes procedentes de los vehículos, también pueden estar comprendidas en el concepto de «especificaciones técnicas».
- 88 Por último, dado que establecen condiciones particulares relativas a la ejecución de un contrato, parecen relacionadas con el objeto del contrato y se indican en el anuncio de licitación o en los pliegos de contratación, dichas prescripciones, que tienen en cuenta consideraciones relativas a la innovación y al medio ambiente, también pueden estar comprendidas en el concepto de «condiciones de ejecución del contrato», en el sentido del artículo 70 de la Directiva 2014/24, siempre que de la documentación relativa a la licitación se desprenda que se imponen como condiciones que el adjudicatario debe cumplir en la fase de ejecución del contrato, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente.
- 89 A este respecto, cabe precisar que el cumplimiento de los requisitos de ejecución de un contrato no debe apreciarse en la adjudicación de un contrato. De ello se deduce que si la prescripción controvertida en el litigio principal se calificara de condición de ejecución y el adjudicatario no

cumpliese tal condición cuando se le adjudicara el contrato público, el incumplimiento de esa condición no afectaría a la conformidad con las disposiciones de la Directiva 2014/24 de la adjudicación del contrato al Grupo.

- 90 Así pues, por una parte, un requisito contenido en una licitación, como la prescripción controvertida en el litigio principal, puede calificarse de criterio de selección relativo a la capacidad técnica y profesional o de especificación técnica, o incluso de condición de ejecución del contrato. Por otra parte, dado que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en particular, sobre la compatibilidad de los requisitos controvertidos en el litigio principal con el Derecho de la Unión, debe añadirse que los artículos 42 y 70 de la Directiva 2014/24 han de interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a que las prescripciones que especifiquen determinadas características técnicas de los vehículos que se utilizarán para la prestación de los servicios objeto de un contrato, se impongan en el marco de la licitación relativa a ese contrato, siempre que se respeten los principios fundamentales de la contratación pública, tal como se establecen en el artículo 18, apartado 1, de esa Directiva.
- 91 Procede subrayar que, en el marco de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta también si la calificación de las prescripciones controvertidas puede tener incidencia en las posibilidades de rectificación y de subsanación de las ofertas presentadas.
- 92 A este respecto, procede señalar que, con arreglo al artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a esa Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.
- 93 Como se desprende de reiterada jurisprudencia relativa a la interpretación de las disposiciones 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), basada en particular en el principio de igualdad de trato y que procede aplicar por analogía en el contexto de dicho artículo 56, apartado 3, una petición de aclaraciones presentada a un operador económico en virtud de esa disposición no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo ha establecido. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse, por analogía, las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40; de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 36 y 40, y de 28 de febrero de 2018, MA.T.I. SUD y Duemme SGR, C-523/16 y C-536/16, EU:C:2018:122, apartados 51 y 52).
- 94 De las consideraciones anteriores se desprende que la extensión del derecho del poder adjudicador de permitir al adjudicatario completar o aclarar en una fase posterior su oferta inicial depende del cumplimiento de las disposiciones del artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, teniendo en cuenta, en particular, las exigencias del principio de igualdad de trato, y no, como tal, de la calificación de las prescripciones controvertidas en el litigio principal como criterios de selección relativos a la «capacidad técnica y profesional» de los operadores económicos, en el

sentido del artículo 58, apartado 4, de dicha Directiva, como «especificaciones técnicas», en el sentido del artículo 42 de esta, o como «condiciones de ejecución», en el sentido del artículo 70 de la citada Directiva.

- 95 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación.

### *Cuestiones prejudiciales cuarta a novena*

#### *Observaciones preliminares*

- 96 Dado que las cuestiones prejudiciales cuarta, quinta, octava y novena versan sobre la interpretación de disposiciones de la Directiva 2016/943, es preciso determinar si esta resulta de aplicación, por una parte, a una situación en la que un licitador presenta ante un poder adjudicador una solicitud de comunicación de información considerada confidencial contenida en la oferta de un competidor y, en su caso, una reclamación contra la decisión desestimatoria de esa solicitud en el marco de un procedimiento administrativo previo obligatorio y, por otra parte, cuando un órgano jurisdiccional conoce de un recurso contra la decisión del poder adjudicador que desestima esa reclamación.
- 97 Habida cuenta de su objeto, tal como se enuncia en su artículo 1, apartado 1, en relación con su considerando 4, la Directiva 2016/943 solo se refiere a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales y no prevé medidas destinadas a proteger la confidencialidad de los secretos comerciales en otros tipos de procedimientos judiciales, como los procedimientos relativos a la adjudicación de contratos públicos.
- 98 Además, el artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 2016/943 establece que la obtención de un secreto comercial sin el consentimiento de su poseedor se considerará ilícita cuando se lleve a cabo mediante el acceso no autorizado a, así como la apropiación o la copia no autorizadas de, cualquier documento, objeto, material, sustancia o fichero electrónico, que se encuentre legítimamente bajo el control del poseedor del secreto comercial y que contenga el secreto comercial o a partir del cual este se pueda deducir.
- 99 Por otro lado, como resulta de su artículo 1, apartado 2, letra c), la Directiva 2016/943 no afectará a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que exijan o permitan a las instituciones y organismos de la Unión o a las autoridades públicas nacionales revelar información presentada por las empresas y que obre en poder de esos organismos, instituciones o autoridades, en virtud de las obligaciones y prerrogativas establecidas en el Derecho de la Unión o nacional y de conformidad con estas. A su vez, el considerando 18 de la misma Directiva, a la luz del cual debe interpretarse esta disposición, precisa que la Directiva 2016/943 no debe eximir a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad a las que están sujetas en relación con la información transmitida por los poseedores de secretos comerciales, independientemente de que dichas obligaciones se establezcan en el Derecho de la Unión o en el nacional. Por consiguiente, procede considerar que la Directiva 2016/943 no exime a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad que pueden resultar de la Directiva 2014/24.

- 100 Por último, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2016/943 dispone que la obtención, utilización o revelación de un secreto comercial se considerarán lícitas en la medida en que el Derecho de la Unión o nacional exijan o permitan dicha obtención, utilización o revelación.
- 101 En este contexto, procede señalar que el artículo 21 de la Directiva 2014/24, en relación con el considerando 51 de esta, establece que el poder adjudicador no divulgará, en principio, la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial y que puede imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger la confidencialidad de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.
- 102 Por lo tanto, con el fin de proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia interpretará las disposiciones pertinentes de las Directivas 2014/24 y 89/665 que precisan, en particular, las normas particulares aplicables a los poderes adjudicadores y a los órganos jurisdiccionales nacionales en lo que atañe a la protección de la confidencialidad de los documentos que se les presentan en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

*Cuestiones prejudiciales quinta a séptima*

- 103 Mediante sus cuestiones prejudiciales quinta a séptima, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación a un operador económico de la información considerada confidencial que figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico constituye un acto que puede ser objeto de recurso y de que, cuando el Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate haya previsto un procedimiento administrativo previo obligatorio para las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, los recursos judiciales contra tal decisión deben ir precedidos de recurso administrativo previo.
- 104 A este respecto, del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665, se desprende que, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la Directiva 89/665, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales que transpongan esa normativa. Con arreglo al artículo 1, apartado 3, de esta Directiva, estos procedimientos de recurso deben ser accesibles, con arreglo a modalidades detalladas que los Estados miembros podrán determinar, como mínimo a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.
- 105 Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» debe ser objeto de una interpretación amplia. En efecto, por el uso de los términos «en lo relativo a los contratos», el tenor del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665 implica que toda decisión de un poder adjudicador a que se apliquen las normas de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en los artículos 2 a 2 *septies* de la misma

Directiva. Ese tenor se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción y no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere (véase, en ese sentido, la sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, C-391/15, EU:C:2017:268, apartados 26 y 27 y jurisprudencia citada).

- 106 Esta interpretación amplia del concepto de decisiones susceptibles de recurso, que ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar que la decisión de un poder adjudicador por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituye una decisión en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665 (sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, C-391/15, EU:C:2017:268, apartado 28; véase, en este sentido, en relación con el apartado 3 de esa disposición, el auto de 14 de febrero de 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, apartado 36), debe abarcar también la decisión por la que un poder adjudicador deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial transmitida por un candidato o un licitador.
- 107 En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia, mediante su séptima cuestión prejudicial, si un licitador excluido puede ejercitar una acción judicial relativa únicamente a la negativa a comunicarle la información considerada confidencial, sin impugnar al mismo tiempo la legalidad de las demás decisiones del poder adjudicador, basta señalar, primero, que la Directiva 89/665 no contiene disposición alguna que se oponga a que tal licitador interponga un recurso contra la decisión del poder adjudicador por la que se le deniega la comunicación de tal información, cualesquiera que sean el contenido y el alcance de esa decisión.
- 108 Asimismo, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, tal constatación queda corroborada por los objetivos de eficacia y de rapidez contemplados en el artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de esa Directiva.
- 109 Por último, en cuanto a la cuestión de si un recurso judicial dirigido contra una decisión por la que el poder adjudicador deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial transmitida por un candidato o un licitador debe ir precedido de un recurso administrativo previo cuando el Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate haya previsto un procedimiento administrativo previo obligatorio, procede señalar que, si bien el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 89/665 establece que los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador antes de recurrir en vía judicial, esa disposición no regula, en cambio, ni tal procedimiento de recurso ni las modalidades detalladas de este.
- 110 Por lo tanto, cuando, con arreglo al artículo 1, apartado 5, de dicha Directiva, el Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate haya previsto que toda persona que pretenda impugnar una decisión adoptada por el poder adjudicador debe interponer un recurso administrativo antes de acudir a la vía judicial, ese Estado miembro también puede establecer, respetando los principios de equivalencia y de efectividad, que un recurso contra la decisión del poder adjudicador por la que se deniega la comunicación a un operador económico de la información considerada confidencial que figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico debe ir precedida de un recurso administrativo interpuesto ante el poder adjudicador.



- 111 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales quinta a séptima que los artículos 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial que figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico constituye un acto que puede ser objeto de recurso y que, cuando el Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate haya previsto que toda persona que pretenda impugnar una decisión adoptada por el poder adjudicador debe interponer un recurso administrativo antes de acudir a la vía judicial, ese Estado miembro puede establecer también que los recursos judiciales contra la decisión denegatoria de acceso deben ir precedidos de recurso administrativo previo.

*Cuestiones prejudiciales cuarta, octava y novena*

- 112 Mediante sus cuestiones prejudiciales cuarta, octava y novena, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, de la Directiva 89/665, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, deben interpretarse en el sentido de que tanto el poder adjudicador como, en su caso, el órgano jurisdiccional nacional competente están obligados a comunicar a un operador económico que lo haya solicitado toda la información que figura en la documentación transmitida por un competidor, incluida la información confidencial que contenga. Dicho órgano jurisdiccional desea saber también si, en caso de que se deniegue la comunicación de la información debido a su confidencialidad, incumbe al poder adjudicador motivar su posición en cuanto a ese carácter confidencial.

*– Sobre el alcance de la obligación del poder adjudicador de proteger la información confidencial y sobre la obligación de motivación*

- 113 A tenor del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24, salvo que se disponga de otro modo en esta o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55 de esa Directiva, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. El artículo 21, apartado 2, de dicha Directiva dispone que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.
- 114 Por otra parte, es cierto que el artículo 55, apartado 2, letra c), de la Directiva 2014/24 permite expresamente a todo licitador que haya presentado una oferta admisible solicitar al poder adjudicador que le comunique, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud por escrito, las características y ventajas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario. No obstante, los artículos 50, apartado 4, y 55, apartado 3, de esa Directiva establecen que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinada información relativa a la adjudicación del contrato, en particular en caso de que su divulgación sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda perjudicar la competencia leal entre operadores económicos.

- 115 A este respecto, procede recordar que el objetivo principal de las normas de la Unión en materia de contratos públicos incluye la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros y que, para alcanzar este objetivo, es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, la obligación de motivar una decisión por la que se rechaza la oferta de un licitador en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público no implica que este deba obtener una información completa sobre las características de la oferta seleccionada por el poder adjudicador. En efecto, como los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos, estos han de poder comunicar a tales poderes cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin temor a que estos comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores (véanse, en ese sentido, las sentencias de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartados 34 a 36, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 112 y jurisprudencia citada).
- 116 De las disposiciones de la Directiva 2014/24, citadas en los apartados 113 y 114 de la presente sentencia, así como de la jurisprudencia mencionada en el apartado 115 de esta, resulta que un poder adjudicador ante el que un operador económico presenta una solicitud de comunicación de información considerada confidencial contenida en la oferta del competidor al que se haya adjudicado el contrato no debe, en principio, comunicar dicha información.
- 117 No obstante, como señala, en esencia, el Abogado General en los puntos 40 y 41 de sus conclusiones, el poder adjudicador no puede estar vinculado por la mera alegación de un operador económico de que la información transmitida es confidencial. En efecto, tal operador debe demostrar el carácter verdaderamente confidencial de la información a cuya divulgación se opone, probando, por ejemplo, que esta contiene secretos técnicos o comerciales, que su contenido podría ser utilizado para falsear la competencia o que su divulgación podría causarle un perjuicio.
- 118 Por consiguiente, si el poder adjudicador alberga dudas acerca del carácter confidencial de la información transmitida por dicho operador, antes incluso de adoptar una decisión por la que se autorice el acceso a esa información en favor del solicitante, debe permitir al operador afectado aportar pruebas adicionales para garantizar el respeto del derecho de defensa de este último. En efecto, habida cuenta del perjuicio que podría resultar de la comunicación irregular de determinada información a un competidor, el poder adjudicador, antes de comunicar dicha información a una de las partes litigantes, debe dar al operador económico de que se trate la posibilidad de alegar que esta información es confidencial o constitutiva de un secreto comercial (véase, por analogía, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 54).
- 119 Por otra parte, incumbe al poder adjudicador asegurarse de que la decisión que pretende adoptar a raíz de la solicitud de un operador económico de que se le comunique la información que figura en la documentación transmitida por un competidor es conforme con las normas de adjudicación de contratos públicos establecidas en la Directiva 2014/24, en particular, las relativas a la protección de la información confidencial mencionadas en los apartados 113 y 114 de la presente sentencia. La misma obligación recae sobre dicho poder adjudicador cuando, en virtud del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 89/665, el Estado miembro al que pertenece haya hecho uso de la

facultad de supeditar el derecho a interponer un recurso judicial contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores a la obligación de interponer un recurso administrativo previo ante estos.

- 120 Además, procede precisar que el poder adjudicador, ya sea cuando se niega a comunicar la información confidencial de un operador económico a uno de sus competidores o cuando conoce, en el marco de un procedimiento administrativo previo obligatorio, de un recurso administrativo dirigido contra su negativa a divulgar tal información, debe atenerse también al principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, que conlleva exigencias que los Estados miembros deben respetar cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión (sentencia de 9 de noviembre de 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, apartado 39 y jurisprudencia citada). Entre esas exigencias, la obligación de motivación de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales reviste una importancia particular, por cuanto permite a los destinatarios de esas decisiones defender sus derechos y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de interponer un recurso contra ellas. Esa obligación también resulta necesaria para permitir a los órganos jurisdiccionales ejercer su control sobre la legalidad de dichas decisiones y constituye, en consecuencia, uno de los presupuestos necesarios para la efectividad del control jurisdiccional garantizado por el artículo 47 de la Carta (véanse, en ese sentido, las sentencias de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros*, 222/86, EU:C:1987:442, apartado 15; de 9 de noviembre de 2017, *LS Customs Services*, C-46/16, EU:C:2017:839, apartado 40, y de 15 de julio de 2021, *Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR*, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 103).
- 121 Por otra parte, el principio de protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una tutela judicial efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartados 51 y 52 y jurisprudencia citada).
- 122 Para ponderar la prohibición establecida en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 de divulgar la información confidencial comunicada por los operadores económicos con el principio general del Derecho de la Unión a una buena administración, del que se deriva la obligación de motivación, el poder adjudicador debe poner de manifiesto con claridad los motivos por los que considera que la información a la que se solicita acceder o, al menos, parte de ella reviste carácter confidencial.
- 123 Además, esta ponderación debe tener en cuenta el hecho de que, a falta de información suficiente que le permita comprobar si la decisión del poder adjudicador, relativa a la adjudicación del contrato de que se trate a otro operador, adolece de eventuales errores o ilegalidades, un licitador excluido no tendrá la posibilidad, en la práctica, de invocar su derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, contra tal decisión, ya sea en el marco de un recurso ante el poder adjudicador, con arreglo al apartado 5 de ese mismo artículo, o en el marco de un recurso judicial. Por consiguiente, so pena de vulnerar ese derecho, el poder adjudicador no solo debe motivar su decisión de tratar determinados datos como confidenciales, sino que también debe comunicar de forma neutra, en la medida de lo posible y siempre que tal comunicación pueda preservar el carácter confidencial de los elementos específicos de esos datos para los que esté justificada una protección por este motivo, el contenido esencial de estos al citado licitador que los ha solicitado y, más concretamente, el contenido de los datos relativos a los aspectos determinantes de su decisión y de la oferta seleccionada.

- 124 En efecto, la obligación del poder adjudicador de proteger la información considerada confidencial del operador económico al que se ha adjudicado el contrato público no debe interpretarse en un sentido tan amplio que vacíe la obligación de motivación de su contenido esencial (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 120) y prive de efecto útil al artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, que enuncia, en particular, la obligación de los Estados miembros de prever recursos eficaces. A tal efecto, el poder adjudicador puede, en particular y en la medida en que el Derecho nacional al que está sujeto no se oponga a ello, comunicar en forma resumida determinados aspectos de una candidatura o de una oferta, así como sus características técnicas, de modo que no pueda identificarse la información confidencial.
- 125 Por otra parte, procede recordar que, con arreglo al artículo 21, apartado 2, de la Directiva 2014/24, los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación. Así pues, suponiendo que la información no confidencial sea adecuada para ello, un poder adjudicador también podrá recurrir a esta facultad para garantizar el respeto del derecho del licitador excluido a la tutela judicial efectiva, solicitando al operador cuya oferta ha sido seleccionada que le facilite una versión no confidencial de los documentos que contienen información confidencial.
- 126 Por último, debe precisarse que, en cualquier caso, el poder adjudicador está obligado a informar a su debido tiempo, antes de ejecutar dicha decisión, al operador económico de que se trate acerca de su decisión de comunicar a uno de sus competidores la información cuyo carácter confidencial alega dicho operador, para que este pueda solicitar al poder adjudicador o al órgano jurisdiccional nacional competente que adopte medidas provisionales, como las contempladas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, y evitar así que se le cause un perjuicio irreparable.

*– Sobre el alcance de la obligación del órgano jurisdiccional nacional competente de proteger la información confidencial*

- 127 Por lo que respecta a las obligaciones que incumben al órgano jurisdiccional nacional competente en el marco de un recurso judicial interpuesto contra una decisión del poder adjudicador de denegar total o parcialmente una solicitud de acceso a la información transmitida por el operador cuya oferta ha sido seleccionada, procede recordar asimismo que el objeto del artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, que está destinado a proteger a los operadores económicos contra la arbitrariedad del poder adjudicador, es lograr que en todos los Estados miembros existan vías de recurso eficaces, para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en que las infracciones aún pueden subsanarse (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 128 Por ello, incumbe a los Estados miembros adoptar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores de modo que no se menoscabe la eficacia de la Directiva 89/665 ni los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión. Además, tal como se desprende de su considerando 36, la Directiva 2007/66 y, en consecuencia, la Directiva 89/665, que modificó y completó, pretenden garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, consagrado en el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta (véase, en ese sentido, la sentencia de

15 de septiembre de 2016, *Star Storage y otros*, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688, apartados 42 a 46 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, al configurar la regulación procesal de los recursos judiciales, los Estados miembros deben garantizar el respeto de este derecho. Así pues, a pesar de que no existen normas del Derecho de la Unión relativas a las modalidades de los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, para determinar la intensidad del control jurisdiccional de las decisiones nacionales adoptadas con arreglo a un acto del Derecho de la Unión, hay que tener en cuenta la finalidad de este y velar por que no se menoscabe su eficacia (sentencia de 26 de junio de 2019, *Craeynest y otros*, C-723/17, EU:C:2019:533, apartado 46 y jurisprudencia citada).

- 129 No obstante, en un recurso relativo a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trate que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 51). Por el contrario, como se ha señalado, en esencia, en el apartado 121 de la presente sentencia en el contexto de las obligaciones que incumben a este respecto a los poderes adjudicadores, la obligación de facilitar al licitador excluido información suficiente para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.
- 130 Por consiguiente, el órgano jurisdiccional nacional competente debe comprobar —teniendo plenamente en cuenta tanto la necesidad de salvaguardar el interés público relativo al mantenimiento de una competencia leal en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos como la de proteger la información verdaderamente confidencial y especialmente los secretos comerciales de los participantes en el procedimiento de licitación— que el poder adjudicador consideró acertadamente que la información que se negó a comunicar al demandante era confidencial. A tal efecto, el órgano jurisdiccional nacional competente debe proceder a un examen completo de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. En consecuencia, es necesario que pueda disponer de la información precisa, con inclusión de la información confidencial y los secretos comerciales, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 53).
- 131 Suponiendo que dicho órgano jurisdiccional considere también que la información controvertida tiene un carácter confidencial que se opone por ello a su divulgación a los competidores del operador afectado, ha de recordarse que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, si bien el principio de contradicción implica, por regla general, el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las, en algunos casos puede resultar necesario no comunicar determinada información a las partes para preservar los derechos fundamentales de un tercero o para proteger un interés público importante (sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 47).
- 132 Pues bien, entre los derechos fundamentales que pueden ser así protegidos figuran el derecho al respeto de la vida privada y de las comunicaciones consagrado en el artículo 7 de la Carta y el derecho a la protección de los secretos comerciales, reconocido por el Tribunal de Justicia como un principio general del Derecho de la Unión (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, apartados 48 y 49).

- 133 Así, habida cuenta de la importancia de la protección de la información confidencial, señalada, en particular, en los apartados 131 y 132 de la presente sentencia, el organismo responsable de un procedimiento de recurso en materia de adjudicación de un contrato público debe poder decidir, si es necesario, que determinada información contenida en el expediente de que dispone no debe transmitirse a las partes ni a sus abogados (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 43).
- 134 Además, ha de precisarse que, dado que el órgano jurisdiccional nacional competente considera que el poder adjudicador decidió acertadamente y de manera suficientemente motivada que la información solicitada no podía comunicarse debido a su carácter confidencial, habida cuenta de las obligaciones que incumben a ese poder adjudicador en virtud del principio de tutela judicial efectiva, tal como se han recordado en los apartados 121 a 123 de la presente sentencia, el comportamiento de dicho poder adjudicador a este respecto no puede ser objeto de crítica por haber sido excesivamente protector de los intereses económicos del operador económico cuya información confidencial se solicita.
- 135 El órgano jurisdiccional nacional competente debe también controlar el carácter suficiente de la motivación de la decisión por la que el poder adjudicador se negó a divulgar la información confidencial o de aquella por la que desestimó el recurso administrativo presentado contra la decisión denegatoria previa, con el fin de permitir, conforme a la jurisprudencia mencionada en el apartado 120 de la presente sentencia, por una parte, al solicitante defender sus derechos y decidir con pleno conocimiento de causa si procede interponer un recurso judicial contra dicha decisión y, por otra parte, a los órganos jurisdiccionales ejercer el control de la legalidad de esta. Además, habida cuenta del perjuicio que podría resultar, para un operador económico, de la comunicación irregular de determinada información a un competidor, corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente conciliar el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47 de la Carta, del solicitante y el derecho a la protección de la información de carácter confidencial de ese operador.
- 136 Por último, el órgano jurisdiccional nacional competente debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si el Derecho nacional lo autoriza. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en el marco de su novena cuestión prejudicial, si el propio juez que conoce de una solicitud de divulgación de información confidencial debe examinar no solo su pertinencia, sino también sus efectos sobre la legalidad del procedimiento de adjudicación, basta con señalar que, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades que regulan los procedimientos de recurso que permiten impugnar las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores.
- 137 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta, octava y novena que:
- el artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, de la Directiva 89/665, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del principio general del Derecho de la Unión a una buena administración, deben interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun

cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor. Cuando se niegue a transmitir esa información o cuando, al tiempo que deniegue tal transmisión, desestime el recurso administrativo presentado por un operador económico en relación con la legalidad de la apreciación de la oferta del competidor de que se trate, el poder adjudicador estará obligado a ponderar el derecho del solicitante a una buena administración con el derecho del competidor a la protección de su información confidencial, de modo que su decisión denegatoria o su decisión desestimatoria esté motivada y el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido no quede privado de efecto útil;

- el artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, de la Directiva 89/665, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación a un operador económico de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el competidor al que se haya adjudicado el contrato o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra esa decisión denegatoria está obligado a ponderar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho de su competidor a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. A tal efecto, ese órgano jurisdiccional, que debe disponer necesariamente de la información requerida, con inclusión de la información confidencial y los secretos comerciales, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre si dicha información puede comunicarse, debe proceder a un examen de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. También debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si su Derecho nacional lo autoriza.

### *Décima cuestión prejudicial*

- 138 Mediante su décima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre un operador económico excluido de la adjudicación de un contrato y un poder adjudicador puede, por una parte, apartarse de la apreciación realizada por este sobre la licitud del comportamiento del operador económico al que se haya adjudicado el contrato y, por tanto, extraer de ello todas las consecuencias necesarias en su decisión y, por otra parte, examinar de oficio el motivo basado en el error de apreciación cometido por el poder adjudicador.
- 139 A tenor del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24, 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 las situaciones contempladas en esta disposición.
- 140 De entrada, procede señalar, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente se ha referido expresamente a la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), en el tenor de su décima cuestión prejudicial, que dicha sentencia se refiere a las competencias del propio poder adjudicador para proceder a su propia evaluación en virtud de uno de los motivos de exclusión facultativos contemplados en el artículo 57, apartado 4,

de la Directiva 2014/24, por lo que no resulta directamente pertinente para dar una respuesta a la citada cuestión prejudicial, al versar esta sobre las competencias del juez que conoce de un litigio entre un licitador excluido y un poder adjudicador.

- 141 A este respecto, es cierto que el Tribunal de Justicia señaló, en los apartados 28 y 34 de la sentencia de 19 de junio de 2019, *Meca* (C-41/18, EU:C:2019:507), que del tenor de dicha disposición se desprende que corresponde exclusivamente al poder adjudicador y no, por consiguiente, a un órgano jurisdiccional nacional, apreciar, en la fase de selección de los licitadores, si un operador económico debe ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato.
- 142 Sin embargo, esta interpretación se realizó en el contexto del asunto que dio lugar a dicha sentencia, en el que el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre una normativa nacional en virtud de la cual la impugnación en vía judicial de la decisión de resolver un contrato público adoptada por un poder adjudicador a causa de deficiencias significativas puestas de manifiesto en su ejecución impedía al poder adjudicador que había convocado una nueva licitación realizar en la fase de selección de los licitadores cualquier valoración sobre la fiabilidad del operador afectado por esa resolución (sentencia de 19 de junio de 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 42).
- 143 Pues bien, so pena de vulnerar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como está garantizado, en materia de adjudicación de contratos públicos, por el artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, y 3, de la Directiva 89/665, así como por el artículo 47 de la Carta, la decisión por la que un poder adjudicador deniega, aunque solo sea implícitamente, excluir a un operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato por uno de los motivos facultativos de exclusión previstos en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 debe poder ser impugnada necesariamente por cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que haya sido o haya podido resultar perjudicada por una infracción de esa disposición.
- 144 De ello se deduce que un órgano jurisdiccional nacional puede, en el marco de un litigio entre un candidato o un licitador excluido de la adjudicación del contrato y un poder adjudicador, controlar la apreciación efectuada por este sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación de uno de los motivos de exclusión facultativos previstos en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 respecto al operador económico al que se haya adjudicado el contrato y, por consiguiente, apartarse de tal apreciación. Así, según el caso, ese órgano jurisdiccional puede pronunciarse en este sentido sobre el fondo del asunto o remitir el asunto a tal efecto al poder adjudicador o al órgano jurisdiccional nacional competente.
- 145 Sentado lo anterior, el Derecho de la Unión no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a invocar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones del Derecho de la Unión cuando el examen de ese motivo los obligaría a extralimitarse en sus funciones y, en particular, rebasar el ámbito del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes, basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su pretensión la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones (véanse, en ese sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, *van Schijndel y van Veen*, C-430/93 y C-431/93, EU:C:1995:441, apartados 21 y 22, y de 19 de diciembre de 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust y Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, apartado 40).
- 146 En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, a falta de normativa de la Unión en la materia, cada Estado miembro deberá configurar, en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a



garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No obstante, esta regulación procesal no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes previstos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno con arreglo al principio de equivalencia (sentencia de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 46 y jurisprudencia citada).

- 147 De este modo, un órgano jurisdiccional nacional solo puede plantear de oficio el motivo basado en la infracción, por parte de un operador económico, del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 si su Derecho nacional lo faculta para ello (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, *van Schijndel y van Veen*, C-430/93 y C-431/93, EU:C:1995:441, apartados 13 y 14).
- 148 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la décima cuestión prejudicial que el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre un operador económico excluido de la adjudicación de un contrato y un poder adjudicador puede apartarse de la apreciación realizada por este sobre la licitud del comportamiento del operador económico al que se haya adjudicado el contrato y, por tanto, extraer de ello todas las consecuencias necesarias en su decisión. En cambio, con arreglo al principio de equivalencia, tal órgano jurisdiccional solo puede examinar de oficio el motivo basado en el error de apreciación cometido por el poder adjudicador si el Derecho nacional lo permite.

### *Undécima cuestión prejudicial*

- 149 Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartados 4 y 6, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando un operador económico, miembro de una agrupación de operadores económicos, haya sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verificar que la agrupación no incurre en ningún motivo de exclusión o que esta cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, puede dictarse una medida de exclusión de cualquier procedimiento de adjudicación de contrato público contra la totalidad de los miembros de esa agrupación.
- 150 A este respecto, procede recordar que el artículo 63, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24 prevé el derecho de un operador económico a recurrir, en relación con un contrato determinado, a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, con el fin de cumplir tanto los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos en el artículo 58, apartado 3, de dicha Directiva como los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional, contemplados en el artículo 58, apartado 4, de esa misma Directiva (sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 30 y jurisprudencia citada).
- 151 El operador económico que pretenda acogerse a este derecho debe, en virtud del artículo 59, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 2014/24, transmitir al poder adjudicador, en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o de las ofertas, un documento europeo único de contratación (DEUC) en el que dicho operador afirme que él mismo y las entidades a cuyas capacidades pretende recurrir no se encuentran en una de las situaciones contempladas en el artículo 57 de dicha Directiva, que debe o puede entrañar la exclusión de un operador económico, o que se cumple el criterio de selección de que se trate.

- 152 Corresponde entonces al poder adjudicador, en virtud del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, comprobar, en particular, si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57 de dicha Directiva, relativos al operador económico o a una de esas entidades. De ser así, podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a la entidad a cuyas capacidades pretende recurrir, pero que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.
- 153 Debe precisarse, no obstante, que, antes incluso de exigir a un licitador la sustitución de una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir, por encontrarse esta en una de las situaciones contempladas en el artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24, el artículo 63 de dicha Directiva presupone que el poder adjudicador dé a ese licitador o a esa entidad la posibilidad de presentarle las medidas correctoras que eventualmente haya adoptado para subsanar la irregularidad declarada y, por tanto, para demostrar que puede ser considerada de nuevo una entidad fiable (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 37, y de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445, apartado 36).
- 154 Esta interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24 permite garantizar el efecto útil del artículo 57, apartado 6, párrafo primero, de dicha Directiva, que garantiza, por principio, el derecho de todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 de la citada disposición a aportar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente (véase, en ese sentido, la sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 35).
- 155 Tal interpretación contribuye, además, a garantizar el respeto del principio de proporcionalidad por parte de los poderes adjudicadores, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva. En efecto, de ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 45).
- 156 A este respecto, procede recordar que, al aplicar motivos facultativos de exclusión, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención a este principio. Pues bien, esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véanse, en ese sentido, las sentencias de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48, y de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 39).
- 157 En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada. A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 40).

158 Por consiguiente, procede responder a la undécima cuestión prejudicial que el artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartados 4 y 6, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando un operador económico, miembro de una agrupación de operadores económicos, haya sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verificar que la agrupación no incurre en ningún motivo de exclusión o que esta cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, puede dictarse una medida de exclusión de cualquier procedimiento de adjudicación de contrato público contra la totalidad de los miembros de esa agrupación.

## Costas

159 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) **El artículo 58 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, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los operadores económicos de demostrar que tienen un determinado volumen de negocios anual medio en el ámbito de actividades al que se refiera el contrato público de que se trate constituye un criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera de esos operadores, a efectos del apartado 3 de dicha disposición.**
- 2) **El artículo 58, apartado 3, en relación con el artículo 60, apartado 3, de la Directiva 2014/24, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el poder adjudicador haya exigido que los operadores económicos tengan un determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato público de que se trate, un operador económico solo puede, a efectos de aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, invocar los ingresos percibidos por una unión temporal de empresas a la que haya pertenecido si ha contribuido efectivamente, en el marco de un contrato público determinado, a realizar una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual el citado operador pretende demostrar su solvencia económica y financiera.**
- 3) **Los artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación.**
- 4) **Los artículos 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, y 2, apartado 1, letra b), 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 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, deben interpretarse en el sentido de que la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega a un operador**

económico la comunicación de la información considerada confidencial que figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico constituye un acto que puede ser objeto de recurso y de que, cuando el Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata haya previsto que toda persona que pretenda impugnar una decisión adoptada por el poder adjudicador debe interponer un recurso administrativo antes de acudir a la vía judicial, ese Estado miembro puede establecer también que los recursos judiciales contra la decisión denegatoria de acceso deben ir precedidos de recurso administrativo previo.

- 5) El artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del principio general del Derecho de la Unión a una buena administración, deben interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor. Cuando se niegue a transmitir esa información o cuando, al tiempo que deniegue tal transmisión, desestime el recurso administrativo presentado por un operador económico en relación con la legalidad de la apreciación de la oferta del competidor de que se trate, el poder adjudicador estará obligado a ponderar el derecho del solicitante a una buena administración con el derecho del competidor a la protección de su información confidencial, de modo que su decisión denegatoria o su decisión desestimatoria esté motivada y el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido no quede privado de efecto útil.
- 6) El artículo 1, apartados 1, párrafo cuarto, 3 y 5, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación a un operador económico de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el competidor al que se haya adjudicado el contrato o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra esa decisión denegatoria está obligado a ponderar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho de su competidor a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. A tal efecto, ese órgano jurisdiccional, que debe disponer necesariamente de la información requerida, con inclusión de la información confidencial y los secretos comerciales, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre si dicha información puede comunicarse, debe proceder a un examen de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. También debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si su Derecho nacional lo autoriza.

- 7) El artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre un operador económico excluido de la adjudicación de un contrato y un poder adjudicador puede apartarse de la apreciación realizada por este sobre la licitud del comportamiento del operador económico al que se haya adjudicado el contrato y, por tanto, extraer de ello todas las consecuencias necesarias en su decisión. En cambio, con arreglo al principio de equivalencia, tal órgano jurisdiccional solo puede examinar de oficio el motivo basado en el error de apreciación cometido por el poder adjudicador si el Derecho nacional lo permite.
- 8) El artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartados 4 y 6, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando un operador económico, miembro de una agrupación de operadores económicos, haya sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verificar que la agrupación no incurre en ningún motivo de exclusión o que esta cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, puede dictarse una medida de exclusión de cualquier procedimiento de adjudicación de contrato público contra la totalidad de los miembros de esa agrupación.

Firmas