Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 11 de julio de 2019 *

«Procedimiento prejudicial — Adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras — Directiva 2014/24/UE — Artículo 28, apartado 2 — Procedimiento restringido — Operadores económicos admitidos a presentar una oferta — Necesidad de mantener la identidad jurídica y material entre el candidato preseleccionado y el candidato que presenta la oferta — Principio de igualdad de trato de los licitadores»

En el asunto C-697/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 19 de octubre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de diciembre de 2017, en el procedimiento entre

Telecom Italia SpA

y

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

con intervención de:

OpEn Fiber SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan, Presidente de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Presidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Quinta, y los Sres. C. Lycourgos, E. Juhász (Ponente) y I. Jarukaitis, Jueces;

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

Secretario: Sra. R. Șereș, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de noviembre de 2018;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Telecom Italia SpA, por los Sres. F. Lattanzi, F. Cardarelli y F.S. Cantella, avvocati;

* Lengua de procedimiento: italiano.

– en nombre de Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, por los Sres. F. Isgrò, P. Messina y D. Cutolo, avvocati;

– en nombre de OpEn Fiber SpA, por la Sra. L. Torchia, avvocatessa;

– en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Aiello, avvocato dello Stato;

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Conte y P. Ondrůšek y por la Sra. T. Vecchi, en calidad de agentes;

– en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por los Sres. M. Sánchez Rydelski y C. Zatschler, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 23 de enero de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 28, apartado 2, 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).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de la interposición de cinco recursos por Telecom Italia SpA con el fin de obtener la anulación de las decisiones adoptadas por Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (en lo sucesivo, «Infratel»), empresa encargada por el Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerio de Desarrollo Económico, Italia) de la gestión de los proyectos de creación de una red de banda ancha y ultra ancha en Italia, en relación con la adjudicación de los contratos públicos de construcción, mantenimiento y gestión de las redes públicas de banda ultra ancha en varias regiones de Italia (Abruzos, Molise, Emilia-Romaña, Lombardía, Toscana y Véneto).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2004/17/CE

3 El artículo 51, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1), establecía lo siguiente:

«Las entidades adjudicadoras comprobarán que las ofertas presentadas por los licitadores seleccionados se ajusten a las normas y requisitos aplicables a dichas ofertas y adjudicarán el contrato basándose en los criterios previstos en los artículos 55 y 57.»

Directiva 2014/24

4 El artículo 2, apartado 1, punto 12, de la Directiva 2014/24 define «candidato» en los siguientes términos: «un operador económico que haya solicitado una invitación o haya sido invitado a participar en un procedimiento restringido, en un procedimiento de licitación con negociación o en un procedimiento negociado sin publicación previa, en un diálogo competitivo o en una asociación para la innovación».

5 Según el artículo 28 de dicha Directiva, que lleva por título «Procedimiento restringido»:

«1. En los procedimientos restringidos cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el anexo V, parte B o C, según el caso, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

[…]

2. Solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que deban ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65.

[…]»

Derecho italiano

6 El decreto legislativo n.º 50 — Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Decreto Legislativo n.º 50, por el que se transponen las disposiciones de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión, a la contratación pública y a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por el que se reorganiza la normativa aplicable en materia de contratación pública de obras, de servicios y de suministros), de 18 de abril de 2016 (Suplemento ordinario de la GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016) (en lo sucesivo, «Código de contratos del sector público»), transpuso al Derecho italiano las citadas Directivas.

7 El artículo 61 del Código de contratos del sector público, titulado «Procedimiento restringido», transpuso el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24. Este artículo dispone en su apartado 3:

«Tras la evaluación por parte de los poderes adjudicadores de la información proporcionada, solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

8 En mayo de 2016, Infratel, en nombre del Ministerio de Desarrollo Económico, convocó un procedimiento restringido para adjudicar contratos públicos de construcción, mantenimiento y gestión de una red pasiva pública de banda ultra ancha en las denominadas zonas «blancas» de varias regiones italianas (Abruzos, Molise, Emilia-Romaña, Lombardía, Toscana y Véneto).

9 Este procedimiento de adjudicación se enmarcaba en la ejecución del régimen de ayudas estatales SA.41647 (2016/N) («Strategia Italiana Banda Ultra-Larga»), notificado por las autoridades italianas el 10 de agosto de 2015 y aprobado por una Decisión de la Comisión de 30 de junio de 2016 [C(2016) 3931 final].

10 Dicho procedimiento, dividido en cinco lotes, se desarrolló en las siguientes fases:

– presentación de solicitudes de participación (hasta el 18 de julio de 2016);

– envío de invitaciones de participación a los operadores seleccionados (hasta el 9 de agosto de 2016), y

– presentación de ofertas (hasta el 17 de octubre de 2016).

11 Por cada uno de esos cinco lotes, Telecom Italia, además de, entre otros, Metroweb Sviluppo Srl y Enel OpEn Fiber SpA (en lo sucesivo, «OpEn Fiber»), presentaron solicitudes de participación. Pese a haber sido preseleccionada, Metroweb Sviluppo no llegó a presentar ninguna oferta.

12 Infratel publicó, el 9 de enero de 2017, la lista de los licitadores admitidos y, el 24 de enero de 2017, la clasificación provisional de los adjudicatarios. OpEn Fiber ocupaba el primer puesto en cada uno de esos cinco lotes, mientras que Telecom Italia se había clasificado en segundo lugar, salvo con respecto al lote n.º 4, en el que ocupaba la tercera posición.

13 No conforme con el resultado de este procedimiento, Telecom Italia presentó una solicitud de acceso a los documentos de que constaba el expediente de dicho procedimiento.

14 De estos documentos se desprende que, entre la fase de preselección y el 17 de octubre de 2016, fecha límite de presentación de ofertas, Enel SpA y Metroweb Italia SpA, sociedades de cartera, celebraron, el 10 de octubre de 2016, un acuerdo marco vinculante que establecía que OpEn Fiber adquiriría todas las acciones de Metroweb SpA, que, a su vez, era propietaria de Metroweb Sviluppo, por lo que esta adquisición suponía la fusión por absorción de Metroweb SpA y, en consecuencia, de Metroweb Sviluppo en OpEn Fiber. De conformidad con este acuerdo marco, la absorción de Metroweb Sviluppo en OpEn Fiber se convino el 23 de enero de 2017.

15 Este proyecto de concentración se había notificado a la Comisión Europea el 10 de noviembre de 2016, en cumplimiento del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 24, p. 1). Mediante Decisión de 15 de diciembre de 2016 (Asunto M.8234 — Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (DO 2017, C 15, p. 1) la Comisión había determinado no oponerse a la operación.

16 Telecom Italia impugnó la adjudicación de los cinco lotes en cuestión por medio de cinco recursos ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), que desestimó todos ellos. Posteriormente, Telecom Italia recurrió todas las sentencias de dicho órgano jurisdiccional ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).

17 El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) desea saber si, en el contexto de un procedimiento restringido regulado por el artículo 28 de la Directiva 2014/24, como el controvertido en el litigio principal, puede aplicarse el requisito de identidad jurídica y material formulado por el Tribunal de Justicia con respecto al artículo 51 de la Directiva 2004/17 en la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

18 Este órgano jurisdiccional hace notar, además, que, en la fecha de presentación de ofertas, el 17 de octubre de 2016, la operación de fusión controvertida en el litigio principal apenas había comenzado y su culminación se produjo ulteriormente, por lo que, en dicha fecha, la estructura de OpEn Fiber no había sufrido ningún cambio.

19 A su juicio, no sería posible demostrar que, mediante el acuerdo de fusión de que se trata, las partes hayan querido acordar una práctica colusoria, con el objetivo de restringir la competencia en el ámbito del procedimiento de contratación controvertido en el litigio principal.

20 En tales circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24, en el sentido de que exige la plena identidad jurídica y económica entre los operadores seleccionados y los que presentan las ofertas en el ámbito del procedimiento restringido y, en particular, de que se opone a un acuerdo entre las sociedades de cartera que controlan a dos operadores preseleccionados, celebrado entre la fecha de selección y la fecha de presentación de las ofertas, cuando a) dicho acuerdo tenga por objeto y por efecto (*inter alia*) una fusión mediante la absorción de una empresa seleccionada por otra de las empresas seleccionadas (operación, por lo demás, autorizada por la Comisión Europea); b) los efectos de la operación de fusión no se consumen hasta después de la presentación de la oferta por parte de la empresa absorbente (motivo por el cual, en el momento de la presentación de la oferta, su composición no había variado con respecto a la que tenía en el momento de la selección previa); y c) la empresa posteriormente absorbida (cuya composición no había resultado modificada en la fecha límite para la presentación de las ofertas) haya decidido, no obstante, no participar en el procedimiento restringido, verosímilmente para cumplir el programa contractual establecido en el acuerdo celebrado entre las sociedades de cartera?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

21 Según Infratel, OpEn Fiber y el Gobierno italiano, procede declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial, tanto por su irrelevancia para el procedimiento principal como por su carácter hipotético o por no responder a una duda genuina del órgano jurisdiccional remitente.

22 A este respecto, conviene recordar que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y ha de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, apartado 31 y jurisprudencia citada).

23 En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que el procedimiento de contratación controvertido en el litigio principal se rige por las normas contenidas en el anuncio de licitación, una de las cuales remite al artículo 61 del Código de contratos del sector público, que transpone el artículo 28 de la Directiva 2014/24. Además, ningún elemento de los autos permite considerar que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no guarde relación con la realidad o con el objeto del litigio principal o que sea de naturaleza hipotética. En efecto, como ha señalado el órgano

jurisdiccional remitente, con la cuestión planteada se pretende poder determinar si esta disposición de la Directiva 2014/24 impone una identidad total entre los operadores preseleccionados y los que presentan las ofertas en un procedimiento restringido de contratación pública.

24 Por otra parte, si bien es cierto que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) expone las razones que, en su opinión, abonarían una determinada interpretación del artículo 28 de la Directiva 2014/24, ello no significa que no albergue dudas sobre el sentido de esta disposición. Al exponer su punto de vista, este órgano jurisdiccional colabora lealmente con el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial y responde a la invitación que figura en el apartado 17 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO 2018, C 257, p. 1), según el cual «el órgano jurisdiccional remitente puede también indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial», indicación que dicho apartado califica de «útil para el Tribunal de Justicia».

25 Habida cuenta de lo anterior, la petición de decisión prejudicial debe considerarse admisible.

Sobre la cuestión prejudicial

26 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento restringido de adjudicación de un contrato público, pueda presentar una oferta un candidato preseleccionado que se compromete a absorber a otro candidato preseleccionado, en virtud de un acuerdo de fusión celebrado entre la fase de preselección y la de presentación de ofertas y cumplido tras dicha fase de presentación, habida cuenta del requisito de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas.

27 De conformidad con el artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24, solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada.

28 Esta norma está prevista para el procedimiento restringido, que se desarrolla en varias fases y, en particular, para la fase de preselección y la de presentación de ofertas.

29 Se desprende del tenor literal del artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24 que el operador económico que presenta una oferta debe, en principio, ser el mismo que ha sido preseleccionado.

30 Esta disposición no contempla normas relativas a los eventuales cambios en la estructura o en la capacidad económica y técnica del candidato preseleccionado.

31 En el contexto análogo de la Directiva 2004/17, el Tribunal de Justicia examinó el impacto de estos cambios durante un procedimiento negociado de adjudicación de contrato público en la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard et Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), en relación con los principios generales del Derecho de la Unión y, en particular, con el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se desprende, así como con los objetivos de este Derecho en materia de contratación pública.

32 A este respecto, procede recordar que el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la

evaluación de la entidad adjudicadora, y constituyen la base de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 37 y jurisprudencia citada).

33 El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Una aplicación estricta del principio de igualdad de trato entre licitadores, en el marco de un procedimiento negociado, conduciría a la conclusión de que únicamente pueden presentar ofertas y convertirse en adjudicatarios los operadores económicos que hayan sido preseleccionados como tales (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartados 38 y 39).

34 Este enfoque encuentra su fundamento en el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2014/24, según el cual «solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada», lo que presupone una identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas (véase, por analogía, la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 40).

35 No obstante, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en un procedimiento negociado, en caso de disolución de una agrupación que había sido preseleccionada, como tal, y de la que formaban parte dos operadores económicos, uno de ellos puede sustituir a dicha agrupación y continuar concurriendo en el procedimiento, sin que se viole por ello el principio de igualdad, siempre y cuando se acredite que ese operador económico cumple en solitario los requisitos establecidos inicialmente por la entidad adjudicadora y que el hecho de que siga participando en dicho procedimiento no implica un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 48 y fallo).

36 Debe señalarse que, en el asunto del que trae causa la sentencia que se acaba de citar, tanto la identidad jurídica como la identidad material entre el operador preseleccionado y el que presentó una oferta habían sufrido cambios, puesto que, por un lado, la agrupación de empresas preseleccionada como tal no había continuado concurriendo en el procedimiento, sino solo uno de los operadores de dicha agrupación, y que, por otro lado, la capacidad económica y técnica del candidato inicial se había visto reducida por la pérdida de capacidad de uno de los operadores económicos de que se trata. Sin embargo, estos cambios no podían impedir la continuación del procedimiento si se cumplían los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.

37 A este respecto, es importante subrayar que el litigio principal tiene por objeto, por el contrario, una situación en la que uno de los licitadores aumentó su capacidad mediante la adquisición de uno de los otros licitadores preseleccionados.

38 Por tanto, procede determinar si, en estas circunstancias, la identidad jurídica y material de los licitadores preseleccionados sufrió cambios.

39 En el presente asunto, resulta pacífico que, respecto a OpEn Fiber, se cumplió el requisito de identidad jurídica entre el candidato preseleccionado y el que presentó una oferta.

40 No obstante, se desprende de la petición de decisión prejudicial que, entre la fase de preselección y la fecha límite para la presentación de ofertas, las sociedades de cartera de dos licitadores, OpEn Fiber y Metroweb Sviluppo, celebraron un acuerdo marco vinculante para la fusión por absorción de Metroweb Sviluppo en OpEn Fiber. En la medida en que se había alcanzado un compromiso firme, en virtud del cual OpEn Fiber debía adquirir los activos de Metroweb Sviluppo y, por tanto, OpEn Fiber,

aun estando a la espera de una decisión de la Comisión, podía razonablemente contar con la capacidad de Metroweb Sviluppo en su actividad futura, procede observar una falta de identidad material entre OpEn Fiber en la fecha en que fue preseleccionada y la misma sociedad en la fecha límite de presentación de ofertas, incluso si los efectos concretos y definitivos de la operación de fusión de que se trata solo se produjeron una vez presentadas las ofertas.

41 En consecuencia, en el presente asunto debe examinarse si, pese a la falta de identidad material, puede considerarse que el principio de igualdad no se ha violado, de conformidad con los criterios recogidos en la sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 48), citada en el apartado 36 de la presente sentencia.

42 A este respecto, es necesario subrayar que, como se deduce del apartado 37 de la presente sentencia, dichos criterios se elaboraron para el asunto que dio lugar a dicha sentencia de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), que se refería, en esencia, a un contexto en el que las capacidades de los licitadores preseleccionados inicialmente habían disminuido, mientras que en el presente asunto uno de los licitadores aumentó sus capacidades mediante la adquisición de uno de los otros licitadores preseleccionados. Esta diferencia ha de incidir necesariamente en la aplicación, en el presente asunto, de esos criterios, puesto que una disminución de sus capacidades puede engendrar ciertas dificultades en el marco de un proceso de adjudicación de contratos públicos, a diferencia de un aumento de las capacidades de un licitador.

43 En efecto, permitir que un candidato cuya capacidad económica y técnica ha disminuido sensiblemente después de su preselección presente una oferta podría conducir a una elusión del procedimiento de preselección, teniendo en cuenta que dicho candidato cuya capacidad ha disminuido no habría sido, en tal caso, preseleccionado.

44 En un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, interesa a la entidad adjudicadora que los candidatos preseleccionados mantengan su capacidad económica y técnica a lo largo del proceso, pues la pérdida de dicha capacidad puede perjudicar el objetivo de este procedimiento, a saber, seleccionar un licitador capaz de ejecutar dicho contrato.

45 Por el contrario, que un candidato refuerce su capacidad económica y técnica tras la preselección no es contrario a los intereses de la entidad adjudicadora. Puede, incluso, considerarse normal que un candidato se dote de medios que le permitan asegurarse de su capacidad para garantizar una buena ejecución del contrato.

46 Este fortalecimiento de la capacidad económica y técnica puede incluir recurrir a las capacidades de otros operadores económicos y, en su caso, la absorción parcial o completa de un operador económico, incluido un operador económico que participa en el mismo procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público.

47 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que se cumple por hipótesis el criterio de que, en esencia, se acredite que un operador económico que desea seguir concurriendo en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en calidad de licitador debe demostrar, ante la falta de identidad jurídica o material entre este operador económico en la fase de preselección y el mismo operador en la fecha límite de presentación de ofertas, que sigue satisfaciendo los requisitos establecidos inicialmente por la entidad adjudicadora, en una situación en la que su capacidad material solo ha aumentado.

48 En relación con el cumplimiento, en el presente asunto, del criterio de que el licitador siga concurriendo en el procedimiento de adjudicación de un contrato público sin que ello implique un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores, debe señalarse que las disposiciones del Derecho de la Unión distintas de las que regulan los contratos públicos pretenden garantizar, en particular, que la competencia libre y no falseada en el seno del mercado interior no se vea

amenazada por operaciones de fusión como la controvertida en el litigio principal. De este modo, siempre que el comportamiento de un actor económico cumpla estas normas específicas, no puede considerarse que su participación en este tipo de operación implique, *per se*, un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores por el simple hecho de que la entidad fusionada vaya a contar con una mayor capacidad económica y técnica.

49 Por ello, una absorción como la controvertida en el litigio principal debe llevarse a cabo en cumplimiento de la normativa de la Unión y, en particular, del Reglamento n.º 139/2004.

50 Pues bien, de la petición de decisión prejudicial se desprende que en el presente asunto la Comisión decidió, el 15 de diciembre de 2016, no oponerse a la operación, en virtud de dicho Reglamento.

51 Asimismo, procede añadir que, si bien el principio de igualdad no se ha visto violado por la fusión, como tal, entre los dos licitadores preseleccionados, no puede excluirse que las partes interesadas en la fusión, antes de la realización de dicha fusión, hayan intercambiado información sensible relativa al procedimiento de adjudicación del contrato público. Pues bien, esta circunstancia, en la fase de presentación de ofertas, podría otorgar al licitador absorbente ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, lo que implicaría necesariamente un deterioro de la situación competitiva de estos últimos (véase, por analogía, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 29).

52 Esta situación sería suficiente, en principio, para que la oferta del licitador absorbente no pudiera ser tenida en cuenta por la entidad adjudicadora (véase, por analogía, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 31).

53 No obstante, no pueden presumirse estos intercambios de información, los cuales, por otro lado, como señaló la Comisión en sus observaciones, pueden infringir el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004, sobre la suspensión de las concentraciones entre empresas comprendidas en su ámbito de aplicación hasta que estas sean autorizadas, así como el artículo 101 TFUE. Ahora bien, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente asunto, no se ha acreditado comportamiento colusorio alguno.

54 Del conjunto de consideraciones que anteceden resulta que el artículo 28, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el marco de un procedimiento restringido de adjudicación de un contrato público, pueda presentar una oferta un candidato preseleccionado que se compromete a absorber a otro candidato preseleccionado, en virtud de un acuerdo de fusión celebrado entre la fase de preselección y la de presentación de ofertas y cumplido tras dicha fase de presentación, habida cuenta del requisito de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas.

Costas

55 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 (Sala Quinta) declara:

El artículo 28, apartado 2, primera frase, 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 no se opone a que, en el marco de un procedimiento restringido de adjudicación de un contrato público, pueda presentar una

oferta un candidato preseleccionado que se compromete a absorber a otro candidato preseleccionado, en virtud de un acuerdo de fusión celebrado entre la fase de preselección y la de presentación de ofertas y cumplido tras dicha fase de presentación, habida cuenta del requisito de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas.

Firmas