Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta ampliada)

de 2 de octubre de 2024*

«Contratos públicos — Reglamento Financiero — Exclusión, por un período de dos años, de los procedimientos de contratación pública y de concesión de subvenciones financiados por el presupuesto general de la Unión y por el FED — Publicación de la exclusión — Inscripción en la base de datos del sistema de detección precoz y exclusión — Falta de ética profesional grave — Decisión de una autoridad nacional de defensa de la competencia — Suspensión por el juez nacional — Obligación de motivación — Derecho a la tutela judicial efectiva — Medidas correctoras — Competencia jurisdiccional plena — Error manifiesto de apreciación — Error de apreciación — Proporcionalidad»

En el asunto T-126/23,

VC, representada por el Sr. J. M. Rodríguez Cárcamo y la Sra. S. Centeno Huerta, abogados,

parte demandante,

contra

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), representada por la Sra. E. Ortega Urretavizcaya, en calidad de agente, asistida por el Sr. M. Troncoso Ferrer, la Sra. L. Lence de Frutos y el Sr. F.-M. Hislaire, abogados,

parte demandada,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta ampliada),

integrado por el Sr. S. Papasavvas, Presidente, y los Sres. R. da Silva Passos y S. Gervasoni (Ponente) y las Sras. N. Półtorak e I. Reine, Jueces;

Secretaria: Sra. A. Juhász-Tóth, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

vista la solicitud de la demandante de que se omitan algunos de sus datos, entre ellos su denominación;

vista la demanda de medidas provisionales presentada por la demandante;

* Lengua de procedimiento: español.

visto el auto de 13 de marzo de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, no publicado), por el que se acordó la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada hasta que se dictase el auto que pusiera fin al procedimiento sobre medidas provisionales ante el Tribunal General;

visto el auto de 14 de julio de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, no publicado, EU:T:2023:405), mediante el que se revocó el auto de 13 de marzo de 2023 y se acordó la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada en la medida en que dicha Decisión prevé, en su artículo 4, la publicación en el sitio web de la Comisión Europea de determinada información relativa a la exclusión de la demandante de la participación en ciertos procedimientos;

visto el recurso de casación interpuesto por la demandante contra dicho auto y el auto de 27 de julio de 2023, VC/EU-OSHA [C-456/23 P(R)-R, no publicado, EU:C:2023:612], adoptado sobre la base del artículo 160, apartado 7, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, por el que se acordó la suspensión de la ejecución de los artículos 1 a 3 y 5 de la Decisión impugnada hasta que se dictase el primero de los dos autos siguientes, bien el auto que pusiera fin al procedimiento sobre medidas provisionales, bien el auto que resolviera el recurso de casación;

visto el auto de 24 de octubre de 2023, VC/EU-OSHA [C-456/23 P(R), no publicado, EU:C:2023:831], que anuló el auto de 14 de julio de 2023, VC/EU-OSHA (T-126/23 R, no publicado, EU:T:2023:405), en la medida en que había desestimado la pretensión de suspensión de la ejecución de los artículos 1 a 3 y 5 de la Decisión impugnada, y que, resolviendo él mismo sobre dicha pretensión, la desestimó igualmente;

vista la remisión del presente asunto a la Sala Cuarta ampliada del Tribunal General;

vista la designación de otro Juez para completar la Sala como consecuencia del impedimento de uno de sus miembros;

vista la solicitud de adopción de una diligencia de ordenación del procedimiento presentada por la demandante el 23 de abril de 2024, las observaciones de la EU-OSHA sobre dicha solicitud presentadas el 10 de mayo de 2024 y la retirada de su solicitud por la demandante el 13 de mayo de 2024;

celebrada la vista el 16 de mayo de 2024;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso basado en el artículo 263 TFUE, la demandante, VC, solicita la anulación de la Decisión de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) de 13 de enero de 2023 por la que se ordena su exclusión de la participación en los procedimientos de contratación pública, en los procedimientos relativos a subvenciones, premios, adjudicaciones e instrumentos financieros cubiertos por el presupuesto general de la Unión Europea y en los procedimientos de adjudicación cubiertos por el Fondo Europeo de Desarrollo (FED) con arreglo al Reglamento (UE) 2018/1877 del Consejo, de 26 de noviembre de 2018, por el que se aprueba el Reglamento Financiero aplicable al undécimo Fondo Europeo de Desarrollo y se deroga el Reglamento (UE) 2015/323 (DO 2018, L 307, p. 1), durante un período de dos años con efectos a partir del 18 de enero de 2023 (artículos 1 y 2), la inscripción de su nombre en la base de datos del

sistema de detección precoz y exclusión durante el período de exclusión (artículo 3) y la publicación en el sitio web de la Comisión Europea de determinada información relativa a la exclusión (artículo 4) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

Antecedentes del litigio y hechos posteriores a la interposición del recurso

2 El 11 de mayo de 2021, la EU-OSHA publicó el anuncio de licitación EUOSHA/2021/OP/F/SE/0144 para la prestación de servicios web y de tecnologías de la información y la comunicación. Ese contrato estaba dividido en tres lotes.

3 Ese mismo día, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó una resolución en la que declaraba que la demandante había participado en una infracción única y continua del Derecho de la competencia, imponiéndole una multa y prohibiéndole contratar con la Administración española (en lo sucesivo, «resolución de la CNMC»). Según la CNMC, en el período comprendido entre marzo de 2009 y mayo de 2017, la demandante había participado, junto con otras empresas, en una red de colaboración en la que los participantes intercambiaban información comercial sensible y orquestaban estrategias comunes para eliminar la competencia en determinadas licitaciones para la prestación de servicios de consultoría a las administraciones españolas y a otros organismos públicos.

4 El 21 de junio de 2021, la demandante presentó una oferta para el segundo lote del contrato, relativo a la prestación de servicios de soporte y consultoría de gestión de proyectos.

5 Tras tener conocimiento de la resolución de la CNMC, el 29 de julio de 2021 la EU-OSHA solicitó a la demandante que expusiera los motivos por los que no había mencionado en su declaración sobre el honor dicha resolución y le preguntó si había adoptado medidas correctoras para enmendar la infracción identificada.

6 El 24 de agosto de 2021, la demandante respondió que no había declarado la resolución de la CNMC, dado que, por un lado, no era firme, toda vez que la Audiencia Nacional no se había pronunciado sobre el recurso interpuesto contra esa resolución ni sobre la demanda de medidas provisionales y, por otro lado, no contenía ninguna prohibición efectiva de participar en contratos públicos porque el Ministerio de Hacienda todavía no había determinado el alcance de la prohibición.

7 El 10 de febrero de 2022, el ordenador competente solicitó a la instancia convocada con arreglo al artículo 143 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (DO 2018, L 193, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento Financiero»), que formulara una recomendación sobre la exclusión o la imposición de una sanción pecuniaria a la demandante.

8 El 11 de abril de 2022, la Audiencia Nacional acordó suspender la ejecución de la resolución de la CNMC (en lo sucesivo, «resolución nacional de suspensión»).

9 El 13 de julio de 2022, la instancia convocada con arreglo al artículo 143 del Reglamento Financiero (en lo sucesivo, «instancia») notificó a la demandante la calificación preliminar de su conducta en el sentido del artículo 136, apartado 2, del Reglamento Financiero.

10 La demandante presentó sus observaciones sobre dicha calificación preliminar el 22 de agosto de 2022.

11 El 8 de diciembre de 2022, la instancia remitió su recomendación a la EU-OSHA. Al entender que la conducta de la demandante debía considerarse una «falta de ética profesional grave», recomendó su exclusión y la publicación de dicha exclusión.

12 Mediante la Decisión impugnada, notificada a la demandante el 17 de enero de 2023, la EU-OSHA siguió esa recomendación y ordenó:

– la exclusión de la demandante de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos y en los relativos a subvenciones, premios, adjudicaciones e instrumentos financieros cubiertos por el presupuesto general de la Unión, así como en los procedimientos de adjudicación cubiertos por el FED con arreglo al Reglamento 2018/1877, por un período de dos años con efectos a partir del 18 de enero de 2023 (artículos 1 y 2);

– la inscripción del nombre de la demandante en la base de datos del sistema de detección precoz y exclusión a que se refiere el artículo 142, apartado 1, del Reglamento Financiero, durante el período de exclusión (artículo 3);

– la publicación en el sitio web de la Comisión, tres meses después de la notificación de la Decisión mencionada, de determinada información relativa a la exclusión de la demandante de la participación en procedimientos de adjudicación, de conformidad con el artículo 140 del Reglamento Financiero (artículo 4), y

– la notificación de dicha Decisión a la demandante (artículo 5).

13 Con posterioridad a la interposición del recurso en el presente asunto, la demandante solicitó a la EU-OSHA, el 21 de noviembre de 2023, que revisara la Decisión impugnada sobre la base del artículo 136, apartado 8, del Reglamento Financiero.

Pretensiones de las partes

14 La demandante solicita al Tribunal General que:

– Anule la Decisión impugnada.

– Subsidiariamente, sustituya la medida de exclusión por una sanción pecuniaria y/o anule el artículo 4 de la Decisión impugnada.

– Condene en costas a la EU-OSHA.

15 La EU-OSHA solicita al Tribunal General que:

– Desestime el recurso.

– Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

16 La demandante invoca cinco motivos en apoyo de su recurso. Mediante el primer motivo, critica que no se respetase la resolución nacional de suspensión y, mediante el segundo, la apreciación de las medidas correctoras adoptadas por ella misma. El tercer motivo se basa en la violación del principio de proporcionalidad al adoptar la sanción de exclusión. Mediante el cuarto motivo, impugna la publicación de la exclusión. Mediante el quinto motivo, invocado con carácter subsidiario, la demandante recrimina a la EU-OSHA que no valorase la posibilidad de imponerle una sanción pecuniaria como alternativa a la exclusión.

Primer motivo, basado en la inobservancia de la resolución nacional de suspensión

Primera parte, basada en la infracción del artículo 106, apartado 2, del antiguo Reglamento Financiero, del artículo 136, apartado 2, del Reglamento Financiero, del artículo 4 TUE, apartado 3, y del artículo 325 TFUE, apartado 1

17 La demandante afirma que se desprende del artículo 106 del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo (DO 2012, L 298, p. 1), en su versión modificada, en particular, por el Reglamento (UE, Euratom) 2015/1929 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de octubre de 2015 (DO 2015, L 286, p. 1) (en lo sucesivo, «antiguo Reglamento Financiero»), y del artículo 136 del Reglamento Financiero, tanto en la medida en que imponen, en su apartado 1, la exclusión de las entidades que hayan cometido una falta de ética profesional grave declarada mediante una decisión nacional definitiva como en la medida en que permiten, en su apartado 2, tal exclusión a partir de una calificación preliminar por las autoridades de la Unión sobre la base de una decisión nacional no definitiva, que las autoridades de la Unión también deben respetar las resoluciones adoptadas con carácter cautelar por los órganos jurisdiccionales nacionales respecto de las decisiones administrativas nacionales no definitivas, en particular cuando, como en el caso de autos, dichas autoridades no ejercen por sí mismas ninguna actividad de investigación. Así, en caso de suspensión de la decisión que sirve de fundamento exclusivo para la calificación preliminar antes indicada, tal decisión ya no podría utilizarse para llevar a cabo la citada calificación. La demandante subraya que la resolución nacional de suspensión, aun cuando no examine el *fumus boni iuris*, cuestiona la validez y la legalidad de la resolución de la CNMC. Asimismo, la demandante pone de manifiesto la similitud entre el objetivo que se persigue con la exclusión decretada mediante la Decisión impugnada y el de la prohibición de contratación pública impuesta por la CNMC, que constituye una sanción característica del ámbito de la contratación pública y que ha sido suspendida por la resolución nacional de suspensión.

18 La demandante se apoya, además, en el artículo 325 TFUE, relativo a la lucha contra el fraude, y en el artículo 4 TUE, apartado 3, que sienta el principio de cooperación leal, para destacar la manifiesta contradicción existente entre la resolución nacional de suspensión y la Decisión impugnada, que resulta de una evidente falta de coordinación entre las autoridades competentes para la protección de los intereses financieros de la Unión, coordinación que, sin embargo, exigen tales disposiciones.

19 Procede recordar, con carácter preliminar, que las normas de procedimiento se aplican, en principio, a todos los procedimientos pendientes en el momento en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que no afectan, en principio, a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor [véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de noviembre de 1981, Meridionale Industria Salumi y otros, 212/80 a 217/80, EU:C:1981:270, apartado 9; de 6 de julio de 1993, CT Control (Rotterdam) y JCT Benelux/Comisión, C-121/91 y C-122/91, EU:C:1993:285, apartado 22, y de 26 de marzo de 2015, Comisión/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, apartado 33]. Por consiguiente, las normas aplicables al procedimiento de exclusión de que se trata son las del Reglamento Financiero, que entró en vigor en 2018, mientras que las normas sustantivas aplicables a dicha exclusión son las del antiguo Reglamento Financiero, vigente en la fecha de la infracción única y continua causante de la exclusión, que finalizó en 2017.

20 Por lo demás, procede señalar que el artículo 106 del antiguo Reglamento Financiero y el artículo 136 del Reglamento Financiero son idénticos en sus disposiciones pertinentes para el caso de autos.

21 Así, en virtud de su apartado 1, letra c), inciso ii), una persona o entidad quedará excluida de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos regulados por el Reglamento Financiero cuando se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que la persona o entidad es culpable de falta de ética profesional grave por haber infringido las disposiciones legales o reglamentarias aplicables o las normas deontológicas de la profesión a la que pertenece, o por cualquier conducta ilícita que afecte significativamente a su credibilidad profesional, si dicha conducta denota un propósito doloso o negligencia grave, en particular en caso de celebración con otras personas o entidades de un acuerdo destinado a falsear la competencia.

22 Asimismo, en virtud de su apartado 2, párrafos primero y segundo, de no existir una sentencia firme o, en su caso, una decisión administrativa definitiva con arreglo al apartado 1, letra c), el ordenador competente excluirá a la persona o entidad sobre la base de una calificación jurídica preliminar de su conducta, teniendo en cuenta los hechos y conclusiones que figuren en la recomendación de la instancia. Esta calificación preliminar se entiende sin perjuicio de la apreciación de la conducta de la persona o entidad de que se trate por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su Derecho nacional. Tras la notificación de la sentencia firme o la decisión administrativa definitiva, el ordenador competente revisará sin demora su decisión de excluir a la persona o entidad y/o de imponerle una sanción pecuniaria. Si la sentencia firme o la decisión administrativa definitiva no establecen la duración de la exclusión, el ordenador competente fijará esa duración en función de las conclusiones y hechos demostrados y teniendo en cuenta la recomendación de la instancia.

23 En virtud de su apartado 2, párrafo tercero, cuando la sentencia firme o la decisión administrativa definitiva resuelva que la persona o entidad no es culpable de la conducta objeto de una calificación jurídica preliminar, sobre cuya base dicha persona o entidad ha sido excluida, el ordenador competente procederá sin dilación a poner fin a dicha exclusión y/o a reembolsar, según proceda, toda sanción pecuniaria impuesta. Por otra parte, en virtud de su apartado 2, párrafo cuarto, los hechos y las conclusiones a que se refiere el párrafo primero incluyen, en particular, los hechos constatados en el marco de auditorías o investigaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas Europeo, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) o cualquier otra comprobación, auditoría o control llevado a cabo bajo la responsabilidad del ordenador, así

como las decisiones de la Comisión relativas a la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia o las decisiones de una autoridad nacional competente en relación con la infracción del Derecho de la Unión o nacional en materia de competencia.

24 Se desprende de estas disposiciones que una entidad queda excluida de la participación en los procedimientos en cuestión bien cuando se determine mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que ha cometido una falta de ética profesional grave, bien, en ausencia de sentencia firme o de decisión administrativa definitiva, sobre la base de una calificación jurídica preliminar de su conducta por parte de la autoridad competente de la Unión en relación con hechos constatados o conclusiones formuladas, en particular, por las decisiones de una autoridad nacional de competencia.

25 Resulta de ello que la inexistencia de sentencia o de decisión firme en la que se declare el comportamiento infractor de que se trate no impide que la autoridad competente de la Unión adopte una medida de exclusión con el fin de proteger los intereses financieros de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de febrero de 2022, Elevolution — Engenharia/Comisión, T-652/19, no publicada, EU:T:2022:63, apartado 76, y de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartado 142).

26 De ello se deduce asimismo la voluntad del legislador de la Unión de permitir a la autoridad competente de la Unión efectuar su propia valoración de los actos cometidos por el operador económico de que se trate, sin esperar a que un órgano jurisdiccional haya dictado sentencia (véase, por analogía, la sentencia de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 31). Así sucede con la eficacia del régimen de exclusión, que implica que se aplique lo antes posible, sin necesidad de esperar a una sentencia firme (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 2022, Elevolution — Engenharia/Comisión, T-652/19, no publicada, EU:T:2022:63, apartado 77).

27 Los elementos que pueden tomarse en consideración a este respecto se precisan además, sin que la enumeración sea exhaustiva, tanto en el artículo 106, apartado 2, párrafo cuarto, del antiguo Reglamento Financiero como en el artículo 136, apartado 2, párrafo cuarto, del Reglamento Financiero (véase el anterior apartado 23), y se basan principalmente en las actividades de investigación de otras entidades de la Unión o de los Estados miembros, de modo que es indiferente que la autoridad de la Unión de que se trate no lleve a cabo por sí misma una investigación antes de adoptar su eventual decisión de exclusión.

28 Así, en el caso de autos, correspondía a la EU-OSHA, a falta de resolución definitiva, dado que se había interpuesto contra la resolución de la CNMC un recurso que se hallaba pendiente en la fecha de la Decisión impugnada, efectuar su propia valoración de la conducta de la demandante basándose en la resolución de la CNMC, que figura entre los elementos enumerados en las disposiciones pertinentes (véase el apartado 23 anterior), pero también en otros elementos pertinentes del contexto, entre ellos, en particular, la suspensión de dicha resolución. En efecto, el supuesto regulado por el artículo 106, apartado 2, del antiguo Reglamento Financiero y por el artículo 136, apartado 2, del Reglamento Financiero es precisamente aquel en que la decisión que puede servir de base a la exclusión no es definitiva, bien porque el plazo para interponer recurso contra ella no ha expirado, bien porque se ha interpuesto tal recurso, o bien porque dicha decisión se ha suspendido, como en el caso de autos. Considerar, como sostiene la demandante, que una decisión suspendida ya no puede servir de fundamento a una decisión de exclusión equivaldría a privar de efecto a esta hipótesis prevista por las disposiciones aplicables, del mismo modo, por otra parte, que al artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y

al artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero, que incitan a las personas o entidades que no hayan sido objeto de una sentencia firme a adoptar medidas correctoras para demostrar su fiabilidad pese a la decisión por la que se declare una infracción del Derecho de la competencia (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 40; véase asimismo el apartado 55 siguiente).

29 Pues bien, procede señalar, en primer lugar, que la EU-OSHA tuvo efectivamente en cuenta, siguiendo en este punto las constataciones que figuran en la recomendación de la instancia, la suspensión de la resolución de la CNMC, en respuesta a la alegación de la demandante basada en tal suspensión. En los considerandos 35 a 37 de la Decisión impugnada, comenzó recordando esta alegación, antes de exponer las razones por las que, a su juicio, dicha suspensión no prejuzgaba, en el caso de autos, la aplicación de las normas de la Unión. Más concretamente, la EU-OSHA consideró que la resolución nacional de suspensión, al no haberse pronunciado sobre el *fumus boni iuris*, no suscitaba dudas acerca de la validez y la legalidad de la resolución de la CNMC y se basaba en consideraciones ajenas a este procedimiento administrativo, que respondían a un objetivo diferente del que dio lugar a la sanción nacional. Añadió que esa resolución de suspensión no era, por definición, definitiva y, por tanto, no la vinculaba.

30 Procede asimismo señalar, en segundo lugar, que la EU-OSHA estimó con buen criterio que la suspensión de la resolución de la CNMC no impedía que las constataciones de dicha resolución se tomaran en consideración para demostrar la existencia de una falta de ética profesional grave de la demandante y adoptar una medida de exclusión.

31 En efecto, por una parte, los hechos que se reprochan a la demandante no se basan en meras suposiciones o presunciones, sino que fueron constatados sobre la base de los elementos resultantes de una investigación llevada a cabo por la CNMC (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartado 143; véase asimismo, por analogía, la sentencia de 21 de diciembre de 2023, Infraestruturas de Portugal y Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, apartado 78).

32 Por otra parte, de la resolución nacional de suspensión no se desprende ningún posicionamiento sobre el fundamento de la resolución de la CNMC. Por lo tanto, el juez nacional no cuestiona en modo alguno, ni pone en duda siquiera, las constataciones y consideraciones de aquella relativas a la infracción del Derecho de la competencia por la demandante. Este basa su decisión de suspensión en consideraciones relativas exclusivamente a las consecuencias de la multa impuesta y de la prohibición de contratar sobre la continuación de las actividades de la demandante. Esta última admite, además, que el juez nacional no examinó expresamente la existencia de *fumus boni iuris*. Como quiera que la demandante alega que el juez nacional reconoció, implícita pero necesariamente, la verosimilitud de sus alegaciones que impugnaban la resolución de la CNMC, toda vez que, según la jurisprudencia nacional, la concesión de una medida cautelar presupone tal verosimilitud, procede señalar que tales consideraciones implícitas no bastan, en cualquier caso, para desvirtuar las constataciones y las consideraciones explícitas de la resolución de la CNMC.

33 Además, resulta indiferente que la resolución nacional de suspensión, además del pago de la multa impuesta por la resolución de la CNMC, suspenda asimismo la prohibición de contratar con las administraciones en España, impuesta también a la demandante por dicha resolución. Se trata, ciertamente, de una prohibición que se asemeja a la exclusión decretada por la Decisión impugnada, tanto más cuanto que, según las afirmaciones de la demandante, determinadas prohibiciones de contratar no se imponen o no se aplican cuando el operador afectado haya

adoptado medidas correctoras o de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita. Sin embargo, el motivo de la suspensión de la prohibición de contratar es, como se desprende del anterior apartado 32, independiente de las constataciones y consideraciones de la resolución de la CNMC y, por lo tanto, no las pone en entredicho. Así pues, aun cuando la diferencia de objeto entre el procedimiento de exclusión previsto por la normativa de la Unión y el procedimiento nacional no baste en sí, como sostiene la demandante, para excluir que la EU-OSHA tome en consideración la resolución nacional de suspensión (véase el anterior apartado 28), no es menos cierto que, en el caso de autos, los motivos de la suspensión de la resolución de la CNMC no cuestionan la realidad de los hechos en que se basó la Decisión impugnada para decretar la exclusión de la demandante. Además, de la resolución nacional de suspensión no se desprende información alguna sobre la adopción de medidas correctoras por parte de la demandante ni sobre la justificación de la suspensión por la adopción de tales medidas.

34 Por otra parte, de la ponderación correctamente efectuada por la EU-OSHA en el caso de autos entre la resolución de la CNMC y la resolución nacional de suspensión resulta que no se le puede reprochar ni una contradicción entre los motivos de la Decisión impugnada y los de la resolución nacional de suspensión ni una falta de coordinación con las autoridades nacionales que vulnere el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, y la lucha contra el fraude regulada en el artículo 325 TFUE.

35 De ello se deduce que debe desestimarse la primera parte del primer motivo.

Segunda parte, basada en la infracción del artículo 47 de la Carta y del artículo 19 TUE, apartado 1

36 La demandante alega que, al privar de toda pertinencia a la resolución nacional de suspensión, la Decisión impugnada pone en cuestión la tutela judicial que ha obtenido del juez nacional y, por consiguiente, infringe el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), en relación con el artículo 19 TUE, apartado 1. Señala que el respeto de los procedimientos judiciales nacionales resulta aún más necesario en los «procedimientos compuestos», como el procedimiento de exclusión, en el que las autoridades de la Unión adoptan sus decisiones sobre la base de decisiones nacionales. La demandante añade que el derecho a solicitar la revisión de la decisión de exclusión o la posibilidad de presentar observaciones ante la instancia o el ordenador competente constituyen garantías administrativas, que no sustituyen a las garantías de control de la legalidad de los actos lesivos y de respeto de las decisiones judiciales, características de la tutela judicial efectiva.

37 Según jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, al que se refiere el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta (véase la sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 35 y jurisprudencia citada).

38 Se desprende igualmente de la jurisprudencia que los efectos de la interposición de un recurso administrativo o judicial se hallan íntimamente relacionados con el ejercicio y la protección de los derechos fundamentales relativos a la tutela judicial, cuya observancia garantiza asimismo el ordenamiento jurídico de la Unión, y que una normativa que ignorara totalmente los efectos de

la interposición de un recurso administrativo o judicial sobre la posibilidad de participar en un procedimiento de formalización de un contrato público podría violar los derechos fundamentales de los interesados (véase, por analogía, la sentencia de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94, apartado 38).

39 Ahora bien, no cabe considerar que, en el caso de autos, se haya ignorado la resolución nacional de suspensión y se haya vulnerado la tutela judicial de la demandante.

40 En efecto, por una parte, como se desprende de los anteriores apartados 29 a 33, esta resolución fue debidamente tenida en cuenta por la instancia y, posteriormente, por la EU-OSHA en la Decisión impugnada. En particular, la EU-OSHA consideró acertadamente que, al no haberse pronunciado la resolución nacional de suspensión sobre el fundamento de la resolución de la CNMC, podía basarse en las constataciones de dicha resolución para declarar la existencia de una falta de ética profesional grave y adoptar una medida de exclusión (véanse los anteriores apartados 30 y 32). Además, en virtud de las disposiciones aplicables, a falta de sentencia firme o de decisión administrativa definitiva, la sanción de exclusión solo puede decidirse sobre la base de una calificación jurídica preliminar de la conducta controvertida por la instancia teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes, entre ellos la suspensión de la resolución de la CNMC (véanse los anteriores apartados 22, 23 y 28), calificación jurídica preliminar sobre la que, por añadidura, la demandante tuvo ocasión de presentar sus observaciones (véase el apartado 10 anterior) en aplicación del artículo 143, apartado 5, del Reglamento Financiero. Cierto es que, como subraya la demandante, se trata de garantías de carácter administrativo, pero no es menos cierto que permiten asegurar que se tenga debidamente en cuenta la resolución judicial nacional. Asimismo, es preciso subrayar que la Decisión impugnada, que excluye a la demandante de los contratos adjudicados por las administraciones de la Unión, no cuestiona en modo alguno los efectos de la resolución nacional de suspensión, puesto que esta suspende la prohibición de contratar con la Administración española.

41 Por otra parte, como se desprende de los anteriores apartados 24 a 26, de las disposiciones aplicables resulta que, a falta de sentencia firme o de decisión administrativa definitiva, como en el caso de autos, la autoridad de la Unión no está vinculada por las resoluciones administrativas o judiciales adoptadas en el ámbito nacional y dispone, de este modo, de la facultad de excluir de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de la Unión a una persona o entidad, en este caso la demandante, sobre la base de una calificación jurídica preliminar de su conducta.

42 Pues bien, el ejercicio de esta facultad no vulnera el artículo 47 de la Carta. En efecto, la existencia, no cuestionada por la demandante y que el presente recurso confirma, de un cauce para recurrir la Decisión impugnada ante el juez de la Unión permite precisamente garantizar la tutela judicial de la demandante. En particular, el Tribunal General es competente en el caso de autos tanto para anular la Decisión impugnada como para reexaminarla, en virtud de su competencia jurisdiccional plena reconocida en el artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero (sentencia de 9 de febrero de 2022, Elevolution — Engenharia/Comisión, T-652/19, no publicada, EU:T:2022:63, apartado 80; véase asimismo el apartado 127 siguiente). Además, el juez de medidas provisionales del Tribunal General garantiza una tutela judicial provisional, ya que puede ordenar la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada, en particular si estima, como ocurrió en el caso de autos, que no puede excluirse, *prima facie*, que la EU-OSHA hubiera debido sacar consecuencias de la resolución nacional de suspensión (auto de 14 de julio de 2023, VC/EU-OSHA, T-126/23 R, no publicado, EU:T:2023:405, apartado 51).

43 Por lo tanto, no procede reconocer a la resolución nacional de suspensión el mismo efecto que a las decisiones o a las sentencias firmes que obligan a las autoridades de la Unión a excluir a la persona o entidad de que se trate, de conformidad con el artículo 136, apartado 1, del Reglamento Financiero, o, en su caso, a admitir su participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de la Unión. Si la facultad de exclusión de las autoridades de la Unión se paralizara por el mero hecho de la interposición de un recurso suspensivo contra la decisión nacional que puede servir de fundamento a la exclusión o de la suspensión de dicha decisión, se privaría de efecto útil a tal facultad (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartados 37 y 38).

44 Procede añadir que, en el supuesto de que la resolución nacional de suspensión vaya seguida de una sentencia firme que anule la resolución de la CNMC, el artículo 136, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento Financiero prevé que el ordenador procederá sin dilación a poner fin a la exclusión, otorgando así plenos efectos a la resolución judicial nacional y garantizando al mismo tiempo la tutela judicial de la demandante, inherente a la resolución judicial nacional y que vincula en este caso a la autoridad de la Unión.

45 Resulta de las anteriores consideraciones que debe desestimarse la segunda parte del primer motivo, de modo que dicho motivo debe también desestimarse.

Segundo motivo, relativo a las medidas correctoras adoptadas por la demandante

46 Según la demandante, la Decisión impugnada incurre en importantes errores de apreciación e infringe el artículo 106, apartado 7, letra a), del antiguo Reglamento Financiero y el artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero, porque, con los elementos que aportó ante la EU-OSHA, esta debería haber considerado acreditado que había adoptado medidas correctoras suficientes. Sin embargo, la EU-OSHA le exigió, por cada una de las medidas correctoras, una prueba absolutamente desmesurada y desproporcionada, sin brindarle posibilidad alguna de subsanar o completar la información solicitada. La demandante lamenta, a este respecto, que la instancia no realizase una apreciación autónoma de esas medidas y que se apoyase en la evaluación realizada por la CNMC, que se basa, no obstante, en documentos diferentes. Opina además que el amplio margen de apreciación a la hora de adjudicar contratos públicos no puede extrapolarse a una decisión sancionadora que excede del marco de un procedimiento de contratación específico y ocasiona un importante perjuicio que no resulta simplemente de la no adjudicación del contrato.

47 La demandante añade que, puesto que el Tribunal General dispone de competencia jurisdiccional plena para revisar la Decisión impugnada en virtud del artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero, basado en el artículo 261 TFUE, aporta en esta instancia documentos nuevos que acreditan que las medidas correctoras adoptadas son fiables. Destaca a este respecto que las medidas correctoras no son elementos constitutivos de la infracción respecto de los cuales el Tribunal General carezca de competencia. Según la demandante, en cualquier caso, al margen de dicha competencia jurisdiccional plena, esos documentos son pertinentes para efectuar el control de legalidad de la Decisión impugnada, dado que se refieren a medidas correctoras adoptadas con anterioridad a la Decisión impugnada.

48 A modo de conclusión, la demandante subraya, en su réplica, que desde 2018 no ha incurrido en ninguna práctica anticompetitiva, lo que según ella demuestra que el sistema que ha establecido tiene, en conjunto, la fiabilidad requerida. En aras de la exhaustividad aporta, como anexo de su réplica, documentos que, a su juicio, acreditan esa fiabilidad.

49 Procede señalar, con carácter preliminar, que la demandante no desmiente ante el Tribunal General haber cometido la infracción declarada y sancionada por la resolución de la CNMC. Tampoco discute que su exclusión, decidida a raíz de esta declaración de infracción del Derecho español en materia de competencia y del artículo 101 TFUE, tenga carácter de sanción.

50 No obstante, la demandante impugna en el caso de autos su exclusión basada en una falta de ética profesional grave, ya que afirma haber adoptado medidas correctoras que demuestran su fiabilidad, de conformidad con el artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y con el artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero, disposiciones sucesivamente aplicables al caso de autos, habida cuenta de la fecha de adopción de las medidas correctoras en cuestión.

51 Antes de examinar las alegaciones de la demandante mediante las que impugna la apreciación realizada por la EU-OSHA de las medidas correctoras adoptadas, procede aclarar la naturaleza de la competencia y la intensidad del control que puede ejercer el Tribunal General sobre esas apreciaciones, que son también objeto de controversia entre las partes.

Sobre la naturaleza de la competencia y la intensidad del control del Tribunal General sobre las medidas correctoras

52 A tenor del artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea gozará de competencia jurisdiccional plena para ejercer el control de una decisión por la cual el ordenador competente excluya a una persona o entidad a que se refiere el artículo 135, apartado 2, y/o imponga una sanción pecuniaria a un perceptor, incluida la anulación de la exclusión, la reducción o aumento de su duración y/o la anulación, reducción o incremento de la sanción financiera impuesta […]».

53 Al establecer lo anterior, el legislador de la Unión hizo uso de la facultad que le ofrece el artículo 261 TFUE, según el cual «los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones de los Tratados, podrán atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos».

54 Por lo tanto, el artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero debe interpretarse a la luz del artículo 261 TFUE, de modo que el alcance de esta competencia jurisdiccional plena se limita estrictamente a la determinación de la sanción, con exclusión de toda modificación de los elementos constitutivos de la conducta que justifique dicha sanción (véase, por analogía, la sentencia de 21 de enero de 2016, Galp Energía España y otros/Comisión, C-603/13 P, EU:C:2016:38, apartados 76 y 77 y jurisprudencia citada).

55 Pues bien, en el caso de autos, contrariamente a lo que sostiene la demandante, procede considerar que el examen de las medidas correctoras forma parte de la apreciación de esa conducta. En virtud del artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y del artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero, el ordenador competente «no excluirá» a una persona o entidad cuando esta «haya adoptado medidas correctoras […] que sean suficientes para demostrar su fiabilidad». Así pues, esta disposición establece la imposibilidad de excluir de los contratos a un operador que haya adoptado determinadas medidas correctoras que demuestren su fiabilidad (sentencia de 27 de junio de 2017, NC/Comisión, T-151/16, EU:T:2017:437, apartado 58). En efecto, de conformidad con el objetivo de protección de los

intereses financieros de la Unión que persigue la sanción de exclusión (véanse, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartados 159 y 164; véase asimismo el apartado 25 anterior), no procede excluir a un operador culpable de una infracción que haya vuelto a ser fiable. En ese caso, la falta de ética profesional grave inicialmente constatada ha sido corregida hasta el punto de no poder ya servir de fundamento a una exclusión. Por lo tanto, la apreciación que ha de realizarse sobre las medidas correctoras equivale a comprobar la persistencia de la falta de ética profesional grave, deducida en el caso de autos de la infracción declarada por una autoridad nacional, y la posibilidad de que se repita, lo cual forma parte de la apreciación del comportamiento del operador de que se trate y de las circunstancias de hecho directamente relacionadas con él y no de la apreciación de su sanción.

56 Es indiferente, a este respecto, que las medidas correctoras se adopten generalmente después de que se haya producido la infracción declarada por la autoridad nacional. En efecto, como se desprende de los anteriores apartados 26 a 28, tal declaración de la infracción por una autoridad nacional solo es un requisito previo que puede dar lugar, tras la apreciación de la autoridad de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de febrero de 2023, RH/Comisión, T-175/21, no publicada, EU:T:2023:77, apartado 29), a que esta última califique la conducta como falta de ética profesional grave. La conducta que debe diferenciarse de la sanción a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la competencia jurisdiccional plena no se limita, en materia de contratación pública, habida cuenta en particular del procedimiento en dos fases previsto por el Reglamento Financiero, a la infracción declarada por una autoridad nacional y a sus elementos constitutivos, sino que incluye otros elementos, en su caso posteriores a dicha infracción y que pueden llevar a la autoridad de la Unión a deducir la fiabilidad del operador afectado pese a dicha infracción.

57 De ello se sigue que el Tribunal General no puede ejercer su competencia jurisdiccional plena, tal como se contempla en el artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero, a efectos del examen del presente motivo. Por lo tanto, no puede sustituir la apreciación de la EU-OSHA sobre las medidas correctoras controvertidas por la suya propia y se limitará a controlar la legalidad de dicha apreciación.

58 Procede precisar, por una parte, habida cuenta de las diferentes posturas expresadas por las partes sobre este punto, que ese control de legalidad se limita a la comprobación de la observancia de las normas jurídicas, en particular de procedimiento y sobre motivación, de la exactitud material de los hechos, así como de la inexistencia de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (véase la sentencia de 15 de febrero de 2023, RH/Comisión, T-175/21, no publicada, EU:T:2023:77, apartado 30 y jurisprudencia citada). Por lo que se refiere al control por parte del juez de la Unión de la existencia de un error manifiesto de apreciación que pudiera viciar un acto de una institución, conviene precisar que, para demostrar que tal institución cometió un error manifiesto en la apreciación de hechos complejos que justifique la anulación de ese acto, los elementos de prueba aportados por la demandante deben ser suficientes para privar de plausibilidad a las apreciaciones de los hechos tenidos en cuenta en dicho acto (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 1996, AIUFFASS y AKT/Comisión, T-380/94, EU:T:1996:195, apartado 59, y de 28 de febrero de 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung/Comisión, T-282/08, EU:T:2012:91, apartado 158). Sin perjuicio de este examen de plausibilidad, no compete al Tribunal General sustituir la apreciación de hechos complejos realizada por el autor de esa decisión por la suya propia [sentencias de 15 de octubre de 2009, Enviro Tech (Europe), C-425/08, EU:C:2009:635, apartado 47, y de 12 de febrero de 2008, BUPA y otros/Comisión, T-289/03, EU:T:2008:29, apartado 221].

59 En efecto, dado que las instituciones disponen de un margen de apreciación para valorar si un comportamiento puede calificarse de falta de ética profesional grave (sentencia de 15 de febrero de 2023, RH/Comisión, T-175/21, no publicada, EU:T:2023:77, apartado 30; véanse asimismo, por analogía, las sentencias de 4 de julio de 2008, Entrance Services/Parlamento, T-333/07, no publicada, EU:T:2008:250, apartado 59, y de 9 de febrero de 2022, Companhia de Seguros Índico/Comisión, T-672/19, no publicada, EU:T:2022:64, apartado 50 y jurisprudencia citada) y que la valoración de las medidas correctoras forma parte integrante de la de tal comportamiento (véase el apartado 55 anterior), también se les debe reconocer un margen de apreciación para valorar las medidas correctoras.

60 Cabe añadir, en respuesta a la demandante, que las consecuencias potenciales de la decisión de exclusión, que sobrepasan el marco de un procedimiento de contratación específico y pueden entrañar un perjuicio importante para la entidad excluida, son elementos que han de tomarse en consideración al ejercer el margen de apreciación de que dispone la institución y no pueden implicar, como tales, que se cuestione dicho margen de apreciación.

61 Por otra parte, deben precisarse también los elementos que el Tribunal General puede tener en cuenta para ejercer el control de legalidad de la apreciación por la EU-OSHA de las medidas correctoras adoptadas por la demandante, habida cuenta de las discrepancias existentes entre las partes a este respecto.

62 De la jurisprudencia sentada en materia de competencia se desprende que el alcance del control de legalidad previsto en el artículo 263 TFUE se extiende a todos los elementos de las decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, cuyo control garantiza el Tribunal General, a la luz de los motivos invocados por los demandantes y teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas por estos, ya sean anteriores o posteriores a la decisión impugnada, hayan sido presentadas previamente durante el procedimiento administrativo o por primera vez en el marco del recurso interpuesto ante el Tribunal General, en la medida en que sean pertinentes para el control de legalidad de la decisión de la Comisión [sentencias de 21 de enero de 2016, Galp Energía España y otros/Comisión, C-603/13 P, EU:C:2016:38, apartado 72, y de 14 de septiembre de 2022, Google y Alphabet/Comisión (Google Android), T-604/18, recurrida en casación, EU:T:2022:541, apartado 89].

63 Contrariamente a lo que sostiene la demandante, no cabe deducir de esta jurisprudencia que, en el caso de autos, el Tribunal General deba tener en cuenta documentos que la demandante le aporte en el marco del presente procedimiento sin haber sido previamente presentados durante el procedimiento administrativo ante la EU-OSHA.

64 En efecto, con arreglo al artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), en caso de litigio sobre la existencia de una infracción de las normas sobre competencia, incumbe a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción (véase la sentencia de 8 de septiembre de 2016, Lundbeck/Comisión, T-472/13, EU:T:2016:449, apartado 105 y jurisprudencia citada). La empresa afectada tiene entonces la posibilidad de probar lo contrario, incluso basándose en elementos que no se hubiesen presentado durante el procedimiento administrativo (véase la sentencia de 9 de junio de 2016, PROAS/Comisión, C-616/13 P, EU:C:2016:415, apartado 43 y jurisprudencia citada).

65 En cambio, al disponer que no se excluirá a una persona o entidad si ha adoptado medidas correctoras suficientes para demostrar su fiabilidad, el artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y posteriormente el artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero imponen a la persona o entidad de que se trate la carga de probar que las medidas correctoras adoptadas pueden impedir su exclusión (véanse asimismo el artículo 106, apartado 10, del antiguo Reglamento Financiero y el artículo 137, apartado 1, del Reglamento Financiero). De ello se deduce que, a riesgo de privar de efecto a la carga de la prueba impuesta por dichas disposiciones, no cabe admitir que el operador afectado aporte ante el Tribunal General elementos de prueba no comunicados durante el procedimiento de exclusión, con el fin de lograr la anulación de la decisión que declaró su exclusión al no haber presentado dicho operador pruebas que se considerasen suficientes para demostrar su fiabilidad. *A fortiori*, el Tribunal General no puede pronunciarse en el presente procedimiento sobre medidas correctoras no presentadas ante la EU-OSHA.

66 Ello es tanto más cierto cuanto que el artículo 136, apartado 8, del Reglamento Financiero regula el supuesto de medidas correctoras o de elementos presentados después de la decisión de exclusión, disponiendo en tal caso que el ordenador competente revisará sin demora dicha decisión. Pues bien, sería contrario a la buena administración de la justicia y al equilibrio institucional que el Tribunal General se pronunciara sobre nuevas medidas correctoras o nuevos elementos de prueba presentados, en su caso, simultáneamente al ordenador y que podrían inducir a este a revisar la Decisión impugnada en el transcurso del procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de mayo de 2020, Agmin Italy/Comisión, T-290/18, no publicada, EU:T:2020:196, apartados 46 y 47). Por otra parte, tal riesgo es real en el caso de autos, puesto que la demandante presentó ante la EU-OSHA el 21 de noviembre de 2023, durante el presente procedimiento, una solicitud de revisión con arreglo al artículo 136, apartado 8, del Reglamento Financiero, adjuntando elementos que figuran en anexo a la demanda y al escrito de réplica sin que previamente se hubieran presentado a la EU-OSHA.

67 No cabría decir lo mismo en el supuesto de que la EU-OSHA no hubiera permitido a la demandante presentar, durante el procedimiento ante ella, todos los elementos que deseaba invocar para probar que las medidas correctoras adoptadas demostraban su fiabilidad (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 7 de junio de 2023, TC/Parlamento, T-309/21, recurrida en casación, EU:T:2023:315, apartado 131 y jurisprudencia citada). Ahora bien, no es este el caso en el presente asunto.

68 En efecto, carecen de fundamento las alegaciones de la demandante según las cuales la EU-OSHA no le dio oportunidad alguna de subsanar o completar la información relativa a las medidas correctoras que adoptó. Como se desprende de los autos, la EU-OSHA invitó a la demandante a indicarle, mediante escrito de 29 de julio de 2021 (véase el apartado 5 anterior), si se habían adoptado medidas correctoras y, tras la comunicación de dichas medidas, le solicitó, notificándole la calificación preliminar de la instancia de 13 de julio de 2022 (véase el apartado 9 anterior), que le transmitiese las pruebas documentales pertinentes para permitir a la instancia «evaluar el contenido de dichas medidas, basándose en la duración de su aplicación y en la prueba de la forma y la medida en que están siendo aplicadas». Por otra parte, la instancia precisó, en su calificación, que la demandante también podría informarle de otras medidas correctoras eventualmente adoptadas después del 24 de agosto de 2021 y demostrar de qué forma y en qué medida se aplicaron y eran suficientes para demostrar su fiabilidad.

69 De ello se deduce que, a efectos de examinar las alegaciones de la demandante mediante las que impugna la apreciación de sus medidas correctoras por parte de la EU-OSHA, solo se tendrán en cuenta las pruebas comunicadas a esta antes de la adopción de la Decisión impugnada.

Sobre las medidas correctoras adoptadas

70 En virtud del artículo 106, apartado 8, letra a), del antiguo Reglamento Financiero y posteriormente del artículo 136, apartado 7, letra a), del Reglamento Financiero, idénticos en este punto, las medidas correctoras pueden incluir, en particular, «medidas para determinar el origen de las situaciones que dan lugar a la exclusión y medidas técnicas, organizativas y de personal concretas […] que resulten apropiadas para corregir la conducta y evitar que vuelva a producirse».

71 Como se desprende del tenor de estas disposiciones, que exigen, en particular, «medidas […] concretas […] para corregir la conducta», la persona o entidad de que se trate no puede limitarse a probar la adopción de nuevas normas internas o el establecimiento de nuevas entidades, sino que debe demostrar su aplicación y su eficacia, que son las únicas capaces de «corregir» un comportamiento que efectivamente se ha producido, hasta el punto de justificar una exclusión. Por lo tanto, no puede reprocharse a la EU-OSHA haber impuesto a la demandante, al exigir tales pruebas, un nivel de prueba desmesurado y desproporcionado, tanto más cuanto que, como cabe recordar, el motivo de exclusión en cuestión se basa en un elemento esencial de la relación entre el adjudicatario del contrato y el poder adjudicador, a saber, la fiabilidad del primero, en la que se funda la confianza que el segundo deposita en él (véase la sentencia de 21 de diciembre de 2023, Infraestruturas de Portugal y Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, apartado 76 y jurisprudencia citada).

72 En el caso de autos, la demandante ha presentado pruebas para demostrar que adoptó las siguientes medidas correctoras:

– una investigación interna;

– el cese de las personas implicadas en la conducta;

– un programa de cumplimiento;

– el seguimiento y la actualización del programa de cumplimiento;

– la mejora del canal de denuncias;

– la existencia de comités de gestión y prevención de riesgos;

– la adopción de políticas y procedimientos en materia de ética,

– y la formación de los empleados.

73 Procede subrayar, con carácter preliminar, que todas estas medidas, algunas de las cuales fueron adoptadas antes de la resolución de la CNMC, fueron examinadas por la EU-OSHA, sin mencionar, por otra parte, las consideraciones de la CNMC, que ya había tenido en cuenta algunas de ellas. Cabe deducir de ello que, contrariamente a lo que afirma la demandante, la EU-OSHA realizó una apreciación autónoma y no se limitó a reiterar las consideraciones de la CNMC. Esta apreciación autónoma, justificada por la facultad de apreciación propia de la

autoridad de la Unión con respecto a las autoridades nacionales (véanse los anteriores apartados 26 a 28), implica pues, contrariamente a lo que sostiene la EU-OSHA, que las medidas correctoras ya analizadas por la CNMC no se excluyan del análisis.

– *Sobre la investigación interna*

74 Según los considerandos 57 a 61 de la Decisión impugnada, la EU-OSHA considera que el plan de acción comunicado por la demandante para acreditar la puesta en marcha de una investigación interna no proporciona información alguna acerca del momento en que la investigación tuvo lugar, el procedimiento seguido, el ámbito de la investigación, los recursos asignados a esta o la persona que la llevó a cabo y su grado de autoridad. Del mismo modo, la EU-OSHA considera que la demandante tampoco informó sobre los resultados de la investigación y, en particular, sobre las medidas adoptadas a raíz de esta, el nivel de responsabilidad asegurado, las consecuencias extraídas y, por último, la comunicación de sus resultados a los empleados y a la dirección. Como consecuencia de lo anterior, la EU-OSHA concluye que, si bien es cierto que la realización de una investigación interna puede ser un medio adecuado para identificar el origen de la conducta, en el presente caso, la falta de información sobre los aspectos anteriormente mencionados impide considerarla una medida correctora en toda regla.

75 La demandante subraya que el plan de acción que aportó a la instancia no era sino una presentación de la información esencial para realizar la investigación interna, que esa investigación duró al menos tres meses, permitió obtener datos sobre los procesos y personas involucrados en la conducta investigada y estuvo seguida de planes de acción específicos destinados a corregir la conducta en cuestión y de la adopción de medidas disciplinarias contra los responsables identificados.

76 Procede recordar que, en virtud del artículo 106, apartado 8, letra a), del antiguo Reglamento Financiero y, posteriormente, del artículo 136, apartado 7, letra a), del Reglamento Financiero, las medidas correctoras que pueden evitar una exclusión, cuando tienen por objeto determinar el origen de la situación que da lugar a la exclusión, deben ir seguidas de medidas concretas para corregir esa situación o evitar que se reproduzca.

77 De ello se deduce que una medida que se limite a identificar el problema que haya originado la exclusión, como una investigación interna, no puede considerarse por sí sola una medida correctora suficiente.

78 De ello se deduce igualmente que, aun admitiendo, como sostiene la demandante, que la investigación interna durase al menos tres meses, es preciso examinar las demás medidas correctoras adoptadas para comprobar si, al considerarlas conjuntamente con dicha investigación, la EU-OSHA debería haber concluido que demostraban la fiabilidad de la demandante.

– *Sobre el cese de las personas implicadas en la conducta de que se trata*

79 La EU-OSHA estimó, en los considerandos 62 y 63 de la Decisión impugnada, que el despido o la dimisión de personas implicadas en la conducta de que se trata son acciones positivas si son el resultado directo de procedimientos disciplinarios relacionados con dicha conducta, lo que no se ha demostrado en el caso de autos.

80 La demandante subraya que el cese de dos personas implicadas en la conducta en cuestión se mencionaba en la resolución de la CNMC y aduce que la EU-OSHA incurrió en un grave error de apreciación al considerar que esa medida era insuficiente por no ser el resultado de un procedimiento disciplinario, ya que, según ella, el efecto disuasorio de dicha medida se deriva de su comunicación a los empleados. En todo caso, la demandante aporta, como anexo de su demanda, documentos adicionales que acreditan el cese de la socia responsable de la conducta controvertida.

81 Procede señalar que de los documentos aportados por la demandante no se infiere relación alguna entre el cese de las personas en cuestión y la conducta de que se trata. Ciertamente, en virtud de la resolución de la CNMC, en la que se ha apoyado principalmente la demandante, al menos un miembro del personal de la demandante cesó el 31 de diciembre de 2018. Sin embargo, en dicha resolución no figura ninguna indicación acerca del motivo y la naturaleza de dicho cese, dimisión o despido, lo que no permite establecer una relación con la conducta de que se trata. Además, esta relación con la conducta en cuestión es tanto menos verosímil cuanto que transcurrieron casi dos años entre el inicio de la investigación interna y el cese.

82 Pues bien, solo tal relación puede generar el efecto disuasorio, capaz de evitar la reiteración de la conducta en cuestión, que alega la demandante.

83 Por consiguiente, la EU-OSHA consideró sin incurrir en error manifiesto de apreciación que el cese de las personas implicadas en la conducta de que se trata no constituía una medida correctora suficiente en el caso de autos.

– *Sobre el programa de cumplimiento*

84 Según los considerandos 64 a 71 de la Decisión impugnada, no se ha demostrado que el programa de cumplimiento elaborado a raíz de la investigación interna, consistente en un plan de cumplimiento específico para los procedimientos negociados sin publicidad (mayo de 2017) y en un nuevo plan de acción para el refuerzo del cumplimiento en el sector público (noviembre de 2017), haya sido efectivamente implementado. Por otra parte, la EU-OSHA duda de la eficacia de los controles efectuados por el «socio de control especial», establecido por el plan de mayo de 2017.

85 La demandante destaca, por un lado, que el plan de cumplimiento específico para los procedimientos negociados sin publicidad de mayo de 2017 y el nuevo plan de acción para el refuerzo del cumplimiento en el sector público de noviembre de 2017 devinieron firmes y, por otro lado, que un «socio de control especial» revisa mensualmente los proyectos de consultoría en el sector público, lo cual queda acreditado por tres memorandos de revisión de dicho socio transmitidos a la EU-OSHA, así como por todos los memorandos de revisión de 2018 aportados como anexo de la demanda. Añade asimismo haber llevado a cabo una serie de medidas destinadas a evitar que la conducta en cuestión se repita, tal y como demuestran los documentos aportados como anexo de la demanda.

86 Procede señalar, en primer lugar, que los documentos transmitidos por la demandante para demostrar su plan de acción de noviembre de 2017 son un «documento interno» que lleva esa fecha y detalla diversas medidas, que no incluye una indicación de su autor ni menciona siquiera la denominación de la demandante, y una presentación esquemática que reproduce esas medidas, con la misma fecha y la denominación de la demandante. Tales documentos, ambos fechados en la fecha de adopción del plan, no permiten privar de plausibilidad a las dudas de la EU-OSHA en

cuanto a la aplicación efectiva del plan de noviembre de 2017, máxime cuando, para disipar estas dudas, la demandante habría podido presentar documentos que acreditaran la realización de las etapas posteriores previstas por dicho plan y detalladas en ambos documentos, en particular comunicando el «informe donde se recojan las conclusiones, la metodología utilizada y la descripción de la evaluación realizada», cuya presentación estaba prevista en el plan.

87 En segundo lugar, en cuanto al plan de cumplimiento de mayo de 2017, cabe observar que también se presenta en forma de «documento interno», sin indicación de su autor, ni mención de la denominación de la demandante. Los únicos documentos que acreditan su ejecución se refieren a una de las medidas previstas en el plan, que es el control mensual efectuado por el «socio de control especial». Sin embargo, los informes de control mensual transmitidos, incluidos los aportados en el presente procedimiento, se refieren únicamente al año 2018, pese a que el plan no preveía ninguna fecha de finalización de dicho control, lo que no permite privar de plausibilidad a las dudas de la EU-OSHA en cuanto a la continuación de dicho control más allá de 2018 y hasta la fecha de adopción de la Decisión impugnada.

88 De ello se deduce que la EU-OSHA pudo considerar, sin incurrir en error manifiesto de apreciación, que los dos planes elaborados en el marco del programa de cumplimiento adoptado a raíz de la investigación interna no constituían medidas correctoras suficientes.

– *Sobre el seguimiento y la actualización del programa de cumplimiento*

89 La EU-OSHA estimó, en los considerandos 78 y 79 de la Decisión impugnada, que la demandante no había presentado pruebas sustanciales sobre las actividades efectivas de seguimiento de las medidas adoptadas en el marco del programa de cumplimiento.

90 La demandante considera que el ejemplo de actualización de las medidas adoptadas en el marco del programa de cumplimiento, de fecha 29 de abril de 2019, transmitido a la EU-OSHA y que acredita el seguimiento de dicho programa, es una prueba suficiente y aporta en el presente procedimiento, para el caso de que el Tribunal General lo considere necesario, dos correos electrónicos del director de riesgos a los empleados afectados informándolos de la actualización, en particular, de los modelos de contratos relativos a las relaciones de negocio más habituales.

91 A este respecto, basta señalar que la demandante se limitó a comunicar a la EU-OSHA un correo electrónico de 29 de abril de 2019, que anunciaba un añadido a la «política corporativa de regalos y otros gastos de similar naturaleza», sin adjuntar al correo electrónico el anexo que contenía el documento actualizado. A falta de otros documentos que pudieran tenerse en cuenta, dado que no habían sido presentados a la EU-OSHA, este correo electrónico por sí solo no permite cuestionar la constatación de la insuficiencia de pruebas del seguimiento y la actualización del programa de cumplimiento de la demandante, puesto que se refiere a un solo aspecto de dicho programa y, además, a un aspecto no directamente afectado por la conducta de que se trata, de modo que no puede considerarse que «corrija» la infracción que dio lugar a su exclusión.

92 Por lo tanto, la EU-OSHA no incurrió en error manifiesto de apreciación al estimar que la actualización y el seguimiento del programa de cumplimiento no estaban suficientemente acreditados para caracterizar medidas correctoras de la infracción que dio lugar a la exclusión.

– *Sobre las denuncias*

93 En los considerandos 72 a 74 de la Decisión impugnada, la EU-OSHA acogió favorablemente las mejoras introducidas en el canal de denuncias interno, subrayando que la existencia de un mecanismo de denuncia confidencial y de un proceso eficaz y fiable de investigación de las alegaciones de conducta indebida es una de las medidas correctoras en principio más eficaces. No obstante, declaró que las pruebas aportadas por la demandante para acreditar la aplicación y la eficacia de las mejoras introducidas en su canal de denuncias eran insuficientes.

94 La demandante señala que externalizó su canal de denuncias interno a una tercera empresa para mejorarlo, lo que entiende acreditado por documentos aportados a la EU-OSHA en los que consta el procedimiento de tramitación de las denuncias, la evaluación anual del uso de este procedimiento y su promoción a nivel interno, así como los datos que figuran en su informe de impacto de 2021 disponible en su página web.

95 De las pruebas aportadas por la demandante puede deducirse que en julio de 2018 se adoptó y promovió efectivamente en la empresa un nuevo procedimiento de denuncia.

96 En cambio, el correo electrónico enviado a los empleados de la demandante el 22 de mayo de 2019 invitándoles a responder a un cuestionario en el marco de la encuesta anual de ética no permite, al no haberse comunicado el cuestionario adjunto, demostrar la existencia de un seguimiento anual de la aplicación del nuevo procedimiento. En cuanto a los datos relativos a las denuncias recibidas y al curso que se les dio respecto de 2021, tal como se mencionan en la demanda, no están en absoluto acreditados, salvo mediante una remisión al sitio web de la demandante. Pues bien, aunque tal remisión sea en principio admisible (véase el auto de 13 de diciembre de 2023, Hamoudi/Frontex, T-136/22, no publicado, recurrido en casación, EU:T:2023:821, apartado 51 y jurisprudencia citada), los datos que figuran en el sitio web de la demandante no pueden tenerse en cuenta en el caso de autos, ya que no fueron comunicados a la EU-OSHA, ni en sustancia, ni por remisión al sitio web, pese a que la carga de la prueba incumbe a la demandante. En cualquier caso, procede señalar que la memoria de responsabilidad corporativa («impact report») de 2021, disponible en el sitio web de la demandante, se limita a indicar el número de denuncias recibidas en 2021 (18), el hecho de que se referían en particular a la «integridad» y de que todas ellas habían sido resueltas en la fecha del informe, sin mayores precisiones, lo que no permite demostrar el aumento significativo del número de denuncias que se alega, ni proporciona indicaciones concretas sobre el curso dado a dichas denuncias.

97 De ello se deduce que la demandante no ha aportado datos que permitan privar de plausibilidad a la constatación de la EU-OSHA relativa a la insuficiencia de pruebas de la aplicación y la eficacia del nuevo procedimiento de denuncia.

– *Sobre los comités de gestión y de prevención de riesgos*

98 Según los considerandos 75 a 77 de la Decisión impugnada, la existencia alegada de un comité de gestión de riesgos y de un comité de prevención de riesgos no está en absoluto documentada, como tampoco la experiencia y la antigüedad de sus miembros ni las actividades llevadas a cabo por dichos comités.

99 La demandante subraya que el manual de políticas del grupo prevé la existencia de un supervisor de riesgos que tenga una cierta antigüedad y experiencia y que rinda cuentas a la dirección.

100 A este respecto, basta señalar que, habida cuenta de su contenido, esto es, directrices que además no mencionan los comités de gestión y de prevención de riesgos, y de su fecha de adopción, en 2016, es decir, durante el período de la infracción, el documento comunicado por la demandante no demuestra que dichos comités constituyesen, junto con otras medidas, un mecanismo corrector capaz de demostrar la fiabilidad de la demandante.

101 Por consiguiente, no cabe considerar que se cometiera ningún error manifiesto de apreciación en lo que respecta a la apreciación por la EU-OSHA de la eficacia de los comités de gestión y de prevención de riesgos de la demandante.

– *Sobre los procedimientos y políticas en materia de ética*

102 La EU-OSHA estimó, en los considerandos 80 a 87 de la Decisión impugnada, que los datos aportados por la demandante no permitían demostrar la aplicación efectiva del código ético en la empresa, ni la autonomía del comité de ética, ni las cuestiones efectivamente tratadas o las medidas adoptadas respecto del personal por dicho comité. En cuanto a las demás políticas adoptadas por la demandante, nada indica, según aquella, que sean seguidas y aplicadas en el seno de la empresa.

103 La demandante subraya que el código ético fue respaldado públicamente por el consejero delegado del grupo y puede consultarse en su página web. Transmite asimismo al Tribunal General la versión más actualizada del código ético, así como una serie de comunicaciones remitidas al personal en 2019 en las que se recuerda la importancia de su observancia. La demandante recuerda además las funciones del comité de ética y el lanzamiento de la última encuesta en 2019, que según ella permiten conocer las cuestiones de las que se encarga ese comité y las medidas que adopta. En cuanto a las demás medidas adoptadas, a saber, el manual de políticas del grupo, el manual de cumplimiento normativo y anticorrupción, así como la política de cumplimiento normativo y la guía de cumplimiento normativo sobre competencia, la demandante alega que dichos documentos han sido transmitidos a su personal, completando las pruebas aportadas a este respecto y, en lo que respecta concretamente al manual de políticas del grupo, invoca una falta de motivación, al no explicarse en la Decisión impugnada por qué no resulta suficiente esa medida.

104 Procede señalar, en cuanto al código ético, que los datos aportados por la demandante, que acreditan su existencia, no permiten privar de plausibilidad a la constatación por parte de la EU-OSHA de la falta de pruebas de la aplicación efectiva de dicho código, pese a que habrían podido aportarse tales pruebas, basadas, en particular, en las acciones llevadas a cabo por el comité de ética creado por el código ético.

105 Precisamente en cuanto al comité de ética, los datos comunicados por la demandante, principalmente relativos a las normas que rigen dicho comité, no permiten acreditar sus acciones concretas, en particular dirigidas a garantizar la plena aplicación del código ético. Es cierto que la demandante aportó un correo electrónico que acreditaba el lanzamiento por el comité de ética de una encuesta de ética dirigida a todo el personal con el fin de evaluar el conocimiento del código e identificar posibles mejoras. Sin embargo, al margen de que la demandante no incluyó el cuestionario adjunto a ese correo electrónico (véase el apartado 96 anterior), no se ha comunicado dato alguno sobre los resultados de esa encuesta ni sobre sus consecuencias.

106 Por último, en cuanto a los manuales, guías y políticas adoptados por la demandante para promover la ética, la prueba de su existencia, cuando fue efectivamente aportada, o incluso de su difusión, no permite cuestionar la constatación por parte de la EU-OSHA de la falta de pruebas de su aplicación efectiva. Por otra parte, la multiplicidad de los documentos difundidos no favorece necesariamente tal aplicación efectiva. Por lo que respecta, más concretamente, al manual de políticas del grupo, respecto del cual la demandante alega una falta de motivación de la Decisión impugnada, debe precisarse que la EU-OSHA lo tuvo en cuenta y se pronunció sobre él junto con otras políticas de la empresa en los considerandos 81 a 83 de la Decisión impugnada al estimar que su mera presentación sin pruebas adicionales de su aplicación resultaba insuficiente.

107 Por consiguiente, la EU-OSHA no incurrió en error manifiesto en su apreciación de la aplicación en el seno de la demandante de los procedimientos y políticas en materia de ética.

– *Sobre la formación de los empleados*

108 Según los considerandos 88 a 90 de la Decisión impugnada, los elementos transmitidos por la demandante no permiten evaluar la repercusión global probable de su oferta formativa sobre el comportamiento de sus empleados, ante la falta de pruebas relativas al índice de asistencia a los cursos de formación y a sus efectos en los conocimientos efectivos de los empleados.

109 La demandante aduce que tanto el programa formativo con el que contaba antes de la investigación de la CNMC como el que fue creado específicamente a raíz de dicha investigación manifiestan de forma inequívoca su voluntad de cumplir la normativa, destacando la existencia de un departamento dedicado a la formación interna y la asistencia obligatoria a estos cursos de formación, que queda acreditada por varios documentos aportados al Tribunal General.

110 No se discute que algunos de los cursos de formación en cuestión fueron creados específicamente con el fin de evitar la reiteración de la conducta controvertida, lo que, por otra parte, queda demostrado por los documentos aportados por la demandante, que indican o reproducen el contenido de dichos cursos.

111 Sin embargo, estos documentos no identifican a los beneficiarios de los cursos de formación de que se trata ni demuestran su eficacia. Su supuesto carácter obligatorio contribuye ciertamente a una mayor difusión de las enseñanzas en cuestión, pero no permite, en sí, conocer el índice exacto de participación ni, sobre todo, a qué categorías de beneficiarios iban destinados, pese a que el hecho de dirigirse a determinadas categorías es decisivo para su eficacia, ni menos aún la asimilación de las enseñanzas impartidas, lo que podría haberse acreditado presentando pruebas relativas a la realización de test al término de las sesiones de formación y a los resultados de esos test.

112 Por consiguiente, la EU-OSHA no incurrió en error manifiesto de apreciación al estimar que los cursos de formación impartidos por la demandante no constituían una medida correctora suficiente.

113 Se desprende de las anteriores consideraciones que la EU-OSHA no incurrió en error manifiesto en su apreciación de las medidas correctoras adoptadas por la demandante, tanto si se consideran aisladamente como conjuntamente y en orden cronológico, habida cuenta de la insuficiencia de pruebas de su aplicación y de su eficacia, común a todas las medidas.

114 Esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación, formulada por la demandante en la réplica, de que no ha sido ya sancionada desde la resolución de la CNMC, relativa a hechos que se remontan a 2017, lo que según ella demuestra su fiabilidad desde esa fecha. En efecto, la no imposición de sanciones por una autoridad de competencia no implica la no comisión de infracciones ni, *a fortiori*, la eficacia de las medidas correctoras adoptadas.

115 Por consiguiente, debe desestimarse el segundo motivo.

Tercer motivo, basado en el carácter desproporcionado de la decisión de exclusión

116 La demandante invoca la infracción del artículo 106, apartados 3 y 7, letras a) y d), del antiguo Reglamento Financiero y del artículo 136, apartado 3, letra a), del Reglamento Financiero en relación con el principio de proporcionalidad y afirma que el análisis de la proporcionalidad de la sanción que dichas disposiciones imponen adolece de errores manifiestos de apreciación.

117 En cuanto a la circunstancia agravante relativa a la gravedad de la situación y el impacto de la conducta, la demandante entiende que en este caso no se está ante una situación grave y que no podía tenerse en cuenta el impacto supuestamente elevado de la conducta. Destaca, a este respecto, la inexistencia de daño directo a los intereses financieros de la Unión, la inexistencia de corrupción o fraude, el alcance territorial limitado de la conducta de que se trata, la participación de una única socia de la demandante, el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y la inexistencia de una circunstancia agravante relativa al impacto de la conducta sobre la competencia en el Reglamento Financiero, que solo tiene en cuenta el impacto presupuestario. Pues bien, según la demandante, el hecho de autorizarla a participar en los procedimientos de licitación de las instituciones y órganos de la Unión no puede afectar al presupuesto de la Unión, puesto que la conducta controvertida tuvo lugar en un sector que no se rige por la normativa de la Unión en materia de contratos públicos.

118 En lo concerniente a su papel instigador de la conducta en cuestión, la demandante sostiene que la EU-OSHA incurrió en un grave error de apreciación al suponer que la CNMC la había considerado impulsora de la infracción y que, en cualquier caso, esa circunstancia no está contemplada en el Reglamento Financiero, pues este solo hace referencia al carácter intencionado o al grado de negligencia, que no han quedado demostrados en el presente asunto.

119 En la réplica, la demandante critica que la EU-OSHA añadiera en su escrito de contestación nuevas circunstancias agravantes que no estaban contenidas en la Decisión impugnada y deduce de ello la inadmisibilidad de las correspondientes alegaciones.

120 Por último, la demandante reitera que, habida cuenta de las medidas correctoras que ha adoptado, que hacen poco probable la reproducción de la conducta de que se trata, la sanción de exclusión es desproporcionada.

121 En virtud del artículo 106, apartado 3, del antiguo Reglamento Financiero, así como del artículo 136, apartado 3, letra a), del Reglamento Financiero, las decisiones del ordenador se adoptarán de conformidad con el principio de proporcionalidad y, en particular, teniendo en cuenta la gravedad de la situación, en especial las repercusiones para los intereses financieros y la imagen de la Unión, el tiempo transcurrido desde la conducta de que se trate, la duración de la conducta y su reiteración, si la conducta fue intencionada o el grado de negligencia mostrado y cualquier otra circunstancia atenuante, como el grado de colaboración de la persona o entidad con la autoridad competente pertinente y la contribución de dicha persona o entidad a la

investigación. Asimismo, el artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y posteriormente el artículo 136, apartado 6, letra c), del Reglamento Financiero disponen que no se excluirá a una persona o entidad cuando tal exclusión sea desproporcionada. Además, según el artículo 106, apartado 14, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y posteriormente el artículo 139, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento Financiero, la duración de la exclusión no excederá de tres años en el supuesto de que dicha exclusión se base, como en el caso de autos, en el artículo 106, apartado 1, letra c), del antiguo Reglamento Financiero o en el artículo 136, apartado 1, letra c), del Reglamento Financiero, respectivamente, y de que no exista una sentencia firme o decisión administrativa definitiva.

122 Por otra parte, de reiterada jurisprudencia en materia de Derecho sancionador se desprende que, en virtud del principio de proporcionalidad, los actos de las instituciones no deben ir más allá de lo que resulte apropiado y necesario para conseguir el objetivo perseguido. La gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores y no hay que atribuir a ninguno de estos factores una importancia desproporcionada en relación con los demás elementos de apreciación. El principio de proporcionalidad implica en este contexto que la sanción se fije en proporción a los elementos tenidos en cuenta para apreciar la gravedad de la infracción y que estos elementos se apliquen de forma coherente y justificada objetivamente (sentencia de 9 de febrero de 2022, Companhia de Seguros Índico/Comisión, T-672/19, no publicada, EU:T:2022:64, apartado 80; véase asimismo, en este sentido y por analogía, la sentencia de 17 de mayo de 2011, Arkema France/Comisión, T-343/08, EU:T:2011:218, apartado 63 y jurisprudencia citada).

123 En su apreciación de la proporcionalidad de una posible exclusión, la EU-OSHA estimó que debía tomar en consideración la apreciación por parte de la CNMC de la participación de la demandante en un cártel, que constituye una infracción grave de las normas de competencia nacionales y de la Unión (considerando 99 de la Decisión impugnada) y, aunque admitiendo la inexistencia de perjuicio directo para los intereses financieros de la Unión, consideró que dicha infracción constituía una forma de falta de ética profesional grave que también entrañaba riesgos para el presupuesto de la Unión (considerando 101 de la Decisión impugnada). La EU-OSHA dedujo de ello de que la exclusión de la demandante no sería desproporcionada en el caso de autos.

124 En cuanto a la duración de la exclusión, la EU-OSHA decidió imponer una exclusión de dos años, inferior a la duración máxima de tres años, basándose en tres circunstancias agravantes, que son la larga duración de la conducta controvertida (noventa y nueve meses), el impacto de dicha conducta (afectó a más de ochenta contratos y la demandante tenía la mayor cuota de cobertura en la red correspondiente) y el papel de instigadora desempeñado por la demandante (considerando 112 de la Decisión impugnada), teniendo también en cuenta el tiempo transcurrido desde el comportamiento de que se trata (más de cinco años), la inexistencia de perjuicio directo para los intereses financieros de la Unión y la adopción de medidas correctoras que iban en la buena dirección, aunque fuesen insuficientes para demostrar la fiabilidad de la demandante (considerandos 113 a 115 de la Decisión impugnada).

125 En el caso de autos, la alegación mediante la que la demandante impugna la proporcionalidad de la decisión de exclusión por un período de dos años habida cuenta de las circunstancias del caso de autos debe interpretarse en el sentido de que solicita al Tribunal General que examine, en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, la proporcionalidad de la sanción de exclusión y de su duración teniendo en cuenta las circunstancias alegadas (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de junio de 2022, LA International Cooperation/Comisión, T-609/20, EU:T:2022:407, apartado 158). En efecto, también a la luz de la pretensión formulada con carácter subsidiario,

mediante la cual la demandante solicita al Tribunal General que sustituya la medida de exclusión por una sanción pecuniaria, el presente motivo debe interpretarse en el sentido de que solicita al Tribunal General que, si considera que la sanción de exclusión es desproporcionada, la sustituya por una medida menos severa, extremo que fue confirmado por la demandante en la vista en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal General.

126 Ciertamente, el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena no equivale a un control de oficio y el procedimiento es contradictorio. Así pues, la competencia jurisdiccional plena no obliga al Tribunal General a proceder de oficio a una nueva instrucción completa del expediente, con independencia de las imputaciones formuladas por la parte demandante (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2018, «Pro NGO!»/Comisión, T-454/17, EU:T:2018:755, apartado 83; véase asimismo, por analogía, la sentencia de 26 de enero de 2017, Duravit y otros/Comisión, C-609/13 P, EU:C:2017:46, apartados 32, 33 y 36). No obstante, para cumplir los requisitos del control de plena jurisdicción a efectos del artículo 47 de la Carta en relación con las sanciones, el juez de la Unión está obligado a examinar toda imputación, de hecho o de Derecho, que tenga por objeto demostrar que la sanción no está en consonancia con la gravedad y la duración del comportamiento ilícito (véase, por analogía, la sentencia de 26 de septiembre de 2018, Infineon Technologies/Comisión, C-99/17 P, EU:C:2018:773, apartado 195 y jurisprudencia citada). Pues bien, al negar la proporcionalidad de su exclusión, la demandante cuestiona precisamente esta consonancia en el caso de autos.

127 De ello se deduce que procede examinar el presente motivo, que se refiere a la sanción impuesta en el caso de autos a la demandante, así como todas las alegaciones formuladas en su apoyo relativas a la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes tenidas en cuenta, haciendo uso de la competencia jurisdiccional plena del Tribunal General de conformidad con el artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero (véanse asimismo los anteriores apartados 52 a 54).

128 De ello se deduce igualmente que, contrariamente a lo que sostiene la EU-OSHA, el Tribunal General está facultado, en virtud de su competencia jurisdiccional plena, para modificar el acto impugnado, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho, por ejemplo, para modificar la duración de la exclusión (sentencia de 29 de junio de 2022, LA International Cooperation/Comisión, T-609/20, EU:T:2022:407, apartado 157) y no puede limitarse a ejercer un control restringido de la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes.

129 Por lo que respecta, en primer lugar, a la circunstancia agravante relativa a la gravedad de la situación, procede señalar, de entrada, que del empleo de la expresión «en especial» que precede a la mención de «las repercusiones para los intereses financieros y la imagen de la Unión» en las disposiciones aplicables (véase el apartado 121 anterior) se desprende que estas repercusiones no son lo único que puede tenerse en cuenta a la hora de apreciar dicha circunstancia agravante. Por consiguiente, la gravedad de la conducta también puede tenerse en cuenta (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de junio de 2022, LA International Cooperation/Comisión, T-609/20, EU:T:2022:407, apartado 159, y de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartado 160), tal como se hizo en la Decisión impugnada (considerandos 99 y 101).

130 Seguidamente, debe considerarse que la conducta de la demandante puede calificarse de grave. En efecto, la demandante no niega que la CNMC, autora de la resolución que dio origen a la presente exclusión, calificó de «grave» la infracción del Derecho de la competencia en la que participó

aquella. La demandante tampoco niega que su conducta podía constituir, sin las medidas correctoras, una «falta de ética profesional grave» en el sentido de las disposiciones aplicables al caso de autos. Es cierto que, como subraya acertadamente la demandante, tales calificaciones no bastan para caracterizar la «gravedad de la situación», pues de lo contrario cualquier falta de ética profesional grave se consideraría sancionada de manera proporcionada con una exclusión. Sin embargo, en el caso de autos, como se desprende de la Decisión impugnada y sin que la demandante desmienta los datos en cuestión, tal gravedad se ve corroborada por el importante número de contratos a que afectó la infracción (ochenta) y la posesión por la demandante de la cuota de cobertura más alta de la red correspondiente [considerando 112, letras b) y c), de la Decisión impugnada]. A este respecto, resulta indiferente que las personas directamente responsables hayan cesado en sus cargos en el seno de la demandante desde entonces, puesto que dicho cese, posterior al fin del comportamiento infractor y cuyo vínculo con dicho comportamiento no se ha demostrado, no desvirtúa ni dicho comportamiento ni su gravedad. Lo mismo ocurre con el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, también invocado por la demandante, que, si bien puede tenerse en cuenta (véase el apartado 139 siguiente), no afecta a la gravedad intrínseca del comportamiento. En cuanto a la inexistencia de corrupción o fraude, no permite, como tal, deducir que todos los demás comportamientos, aunque menos graves, no presenten la gravedad necesaria para justificar una medida de exclusión.

131 Por último, cabe señalar que la EU-OSHA también tuvo en cuenta la inexistencia de perjuicio directo para los intereses financieros de la Unión, invocada por la demandante (considerandos 101 y 113 de la Decisión impugnada). No obstante, en la medida en que la conducta en cuestión constituye una falta de ética profesional grave, entraña riesgos para el presupuesto de la Unión, ya que podría reiterarse en el marco de futuras licitaciones de la Unión si la demandante decidiera participar en ellas (véanse los considerandos 101 y 107 de la Decisión impugnada). En efecto, de las disposiciones aplicables en el presente asunto se desprende que su finalidad es evitar que entidades no fiables, en particular por haber infringido el Derecho de la competencia, puedan obtener contratos públicos de la Unión (véanse los anteriores apartados 21 a 24 y 71). Por otra parte, de ello se deduce que es indiferente en el caso de autos, habida cuenta especialmente de su gravedad intrínseca, el alcance territorial limitado de la conducta en cuestión.

132 Por lo que respecta, en segundo lugar, a su supuesto papel de instigadora, la demandante hace una lectura errónea de la resolución de la CNMC. En efecto, de los pasajes de dicha resolución dedicados a la determinación de la sanción (páginas 271 y 272) se desprende que la CNMC, por una parte, tuvo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 64, apartado 1, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007, p. 28848), relativas a la duración de la infracción, el número de licitaciones afectadas y el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción y, por otra parte y por añadidura, la circunstancia agravante prevista en el artículo 64, apartado 2, letra b), de esa misma Ley, relativa a la posición de responsable o instigador de la infracción. Por lo tanto, el especial papel desempeñado por la demandante en la infracción, en el sentido de esta disposición, sí había sido reconocido por la CNMC. Además, tal papel basta para caracterizar al menos una cierta negligencia, expresamente mencionada en las disposiciones aplicables entre las circunstancias agravantes (véase el apartado 121 anterior).

133 En tercer lugar, por lo que respecta a la circunstancia atenuante que, según la demandante, constituyen las medidas correctoras que adoptó, procede precisar, con carácter preliminar, que, en el caso de autos, la EU-OSHA tuvo en cuenta dichas medidas correctoras —que consideró iban en la buena dirección— no para deducir de ellas una fiabilidad suficiente de la demandante que permitiera no excluirla (véase el segundo motivo; véanse asimismo los considerandos 102

y 103 de la Decisión impugnada), sino para reducir la duración de la exclusión en virtud del artículo 106, apartado 3, del antiguo Reglamento Financiero y, posteriormente, del artículo 136, apartado 3, del Reglamento Financiero (considerandos 114 y 115 de la Decisión impugnada). Así pues, procede analizar en el presente asunto las medidas correctoras adoptadas por la demandante en tanto en cuanto contribuyen no a la determinación del comportamiento ilícito, sino a la de su sanción, lo que justifica, por tanto, que el Tribunal General ejerza su competencia jurisdiccional plena. De este modo, aunque se aleguen las mismas medidas correctoras, la EU-OSHA las tuvo en cuenta en su análisis para fines diferentes y, además, basándose en disposiciones diferentes, por una parte, para comprobar la existencia de un comportamiento que justificara la exclusión [artículo 106, apartado 7, letra c), del antiguo Reglamento Financiero y artículo 136, apartado 6, letra a), del Reglamento Financiero] y, por otra parte, para determinar la duración de la exclusión (artículo 106, apartado 3, del antiguo Reglamento Financiero y del artículo 136, apartado 3, del Reglamento Financiero) (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 2024, Westpole Belgium/Parlamento, T-640/22, no publicada, EU:T:2024:188, apartados 83 a 86), lo que implica también un examen diferente por el Tribunal General de estas dos apreciaciones.

134 A efectos de ejercer su competencia jurisdiccional plena en el caso de autos, el Tribunal General está pues facultado para tener en cuenta pruebas presentadas por primera vez en el marco del presente procedimiento sin haber sido previamente comunicadas a la EU-OSHA (véanse, en este sentido y por analogía, las sentencias de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, EU:C:2000:630, apartado 57, y de 12 de julio de 2011, Fuji Electric/Comisión, T-132/07, EU:T:2011:344, apartados 209 y 210), siempre que se respeten, no obstante, las normas de admisibilidad establecidas en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.

135 Así, con arreglo al artículo 85 del Reglamento de Procedimiento, procede declarar la inadmisibilidad de las pruebas aportadas como anexo a la réplica. En efecto, todas estas pruebas podrían haberse presentado con anterioridad, ya que, o bien llevan una fecha anterior a la de la demanda (anexos C.1 y C.3), o bien, pese a llevar una fecha posterior, mencionan un informe anual y una declaración anual (anexos C.2 y C.4), cuya versión de años anteriores habría podido presentarse, o son una captura de pantalla que habría podido tomarse anteriormente (anexo C.5). Además, dado que la EU-OSHA reprochó a la demandante, ya en la Decisión impugnada, la insuficiencia de pruebas de la aplicación de las medidas correctoras alegadas, aplicación que las pruebas pretenden demostrar, tales pruebas no constituyen pruebas en contrario cuya admisibilidad se reconozca incluso en la fase de réplica [véase la sentencia de 5 de octubre de 2020, HeidelbergCement y Schwenk Zement/Comisión, T-380/17, EU:T:2020:471, apartados 161 y 162 (no publicados) y jurisprudencia citada].

136 En cambio, procede declarar admisibles, por las razones expuestas en el anterior apartado 134, las pruebas presentadas por primera vez en el marco del presente procedimiento, como anexo a la demanda, sin haber sido previamente comunicadas a la EU-OSHA.

137 Pues bien, del examen de dichas pruebas se desprende que confirman datos ya acreditados por pruebas anteriormente comunicadas a la EU-OSHA (anexo A.31, en lo que respecta al cese de la socia responsable), que se refieren a nuevas medidas correctoras (realización de auditorías internas aleatorias y creación del cargo de «asesor especial de riesgos», acreditadas por los anexos A.32 a A.34) y que demuestran incluso la existencia de determinadas medidas o de un principio de puesta en práctica de algunas de ellas (anexos A.35 a A.48, en relación con la actualización del programa de cumplimiento, los procedimientos y políticas en materia de ética y la formación de los empleados).

138 Cabe deducir de ello, como puso de manifiesto la EU-OSHA, que las medidas correctoras adoptadas por la demandante van en la buena dirección. Sin embargo, una reducción de la sanción, en este caso de la duración de la exclusión, con fundamento en tales medidas correctoras, debe únicamente efectuarse con gran cautela para no ser percibida como una incitación a cometer faltas profesionales graves especulando con la posibilidad de que se reduzca la sanción debido a una modificación posterior del comportamiento de la persona o entidad en cuestión (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 18 de julio de 2005, Scandinavian Airlines System/Comisión, T-241/01, EU:T:2005:296, apartado 228).

139 Habida cuenta de todas las constataciones y circunstancias anteriormente mencionadas, así como de la circunstancia agravante, no cuestionada, de la duración de la conducta controvertida y de la circunstancia atenuante, que tampoco ha sido cuestionada, del tiempo transcurrido desde el comportamiento de que se trata, procede considerar que la medida de exclusión de dos años, adoptada por la EU-OSHA e inferior a la duración máxima de tres años prevista en las disposiciones pertinentes del Reglamento Financiero, constituye una sanción proporcionada para evitar que entidades no fiables puedan celebrar contratos públicos de la Unión y para proteger las finanzas de la Unión.

140 Por consiguiente, procede desestimar el tercer motivo.

Cuarto motivo, relativo a la publicación de la exclusión

141 La demandante sostiene que, al decidir publicar la sanción de exclusión, la EU-OSHA incumplió su obligación de motivación, cometió un error manifiesto de apreciación y vulneró el principio de proporcionalidad.

142 En primer lugar, alega que la motivación de la publicación de la exclusión es estereotipada y por lo tanto no cumple lo dispuesto en el Reglamento Financiero, que exige una motivación sobre la necesidad de la publicación en las circunstancias del caso concreto y sobre el efecto disuasorio de esa publicación.

143 En segundo lugar, la demandante invoca el carácter manifiestamente infundado de la publicación decretada en el presente asunto a la luz de los criterios establecidos en el artículo 140 del Reglamento Financiero, que prevé la publicación cuando sea necesario reforzar el efecto disuasorio de la exclusión y que la descarta si esta puede ocasionar un perjuicio desproporcionado al operador económico afectado. La demandante subraya, a este respecto, la inexistencia de daño directo a los intereses financieros de la Unión, la existencia de muchos otros supuestos de exclusión que son mucho más reprochables que el que ha justificado su propia exclusión, el ámbito territorial limitado de los hechos enjuiciados, la adopción de medidas correctoras que van en la buena dirección, el cese de la conducta desde hace más de cinco años y el riesgo particularmente bajo de que se repita la conducta en cuestión, habida cuenta en particular de la modificación de la normativa española y del cese de la socia responsable de dicha conducta. La demandante niega, además, el margen de apreciación ilimitado de la EU-OSHA en materia de publicación, habida cuenta de la obligada observancia de los límites que fija expresamente el artículo 140 del Reglamento Financiero.

144 En tercer lugar, la demandante aduce que la publicación es completamente desproporcionada, dado que solo concurre una circunstancia agravante y que dicha publicación ocasiona un perjuicio reputacional irreparable para ella y para todas las entidades que operan bajo la marca del

grupo. La demandante añade que la publicación de la resolución de la CNMC en el sitio web de esta y en la prensa española confirma el carácter innecesario de la publicación de la Decisión impugnada.

145 Debe precisarse que la disposición aplicable en el caso de autos, habida cuenta de la fecha de publicación de la Decisión impugnada, es el artículo 140 del Reglamento Financiero, que es similar al artículo 106, apartado 16, del antiguo Reglamento Financiero y está redactado en los siguientes términos:

«Publicación de la exclusión y las sanciones pecuniarias

1. Con el fin de reforzar, en caso necesario, el efecto disuasorio de la exclusión y/o sanción pecuniaria, la Comisión publicará en su sitio web, previa decisión del ordenador competente, la información siguiente en relación con la exclusión y, cuando proceda, la sanción pecuniaria para los casos a que se refiere el artículo 136, apartado 1, letras c) a h):

a) el nombre de la persona o entidad a que se refiere el artículo 135, apartado 2, de que se trate;

b) la situación de exclusión;

c) la duración de la exclusión y/o el importe de la sanción pecuniaria.

Cuando la decisión relativa a la exclusión y/o sanción pecuniaria haya sido adoptada sobre la base de una calificación preliminar con arreglo al artículo 136, apartado 2, en la publicación se señalará la ausencia de sentencia firme o, cuando proceda, de decisión administrativa definitiva. En tales casos, se publicará sin demora información sobre los posibles recursos, su situación y su resultado, así como toda decisión revisada del ordenador competente. En caso de imposición de una sanción pecuniaria, en la publicación se indicará también si se ha pagado la sanción.

El ordenador competente tomará la decisión de publicar la información atendiendo a la sentencia firme o, cuando proceda, la decisión administrativa definitiva pertinente, o atendiendo a la recomendación de la instancia […], según el caso. Dicha decisión surtirá efecto a los tres meses de su notificación a la persona o entidad de que se trate, tal como se contempla en el artículo 135, apartado 2.

La información publicada se retirará tan pronto como finalice el plazo de exclusión. En caso de sanción pecuniaria, la publicación se retirará seis meses después de que sea abonada dicha sanción.

[…]

2. La información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo no se publicará en ninguna de las circunstancias siguientes:

[…]

b) cuando la publicación pudiera ocasionar un daño desproporcionado a la persona o entidad contempladas en el artículo 135, apartado 2, o sería de otro modo desproporcionada sobre la base del criterio de proporcionalidad mencionado en el artículo 136, apartado 3, y habida cuenta del importe de la sanción pecuniaria;

[…]».

146 En el presente asunto, la EU-OSHA decidió, en el artículo 4 de la Decisión impugnada, publicar la exclusión impuesta a la demandante en el sitio web de la Comisión durante todo el período de exclusión. Estimó que el comportamiento de la demandante que dio lugar a su exclusión era «particularmente perjudicial y reprensible», ya que esta «demostró un grave incumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento del mercado, mediante la participación intensa y continua en prácticas colusorias dirigidas a restringir y falsear la competencia». Por otra parte, indicó que publicaba la exclusión para reforzar su efecto disuasorio (considerandos 119 a 121 de la Decisión impugnada).

147 Procede considerar de entrada que la decisión de publicación de la exclusión de la demandante está suficientemente motivada.

148 En efecto, los considerandos 119 a 121 de la Decisión impugnada muestran de manera clara e inequívoca el razonamiento de la EU-OSHA, basado en la gravedad del comportamiento de la demandante y en el objetivo perseguido de reforzar el efecto disuasorio de la exclusión (véase el apartado 146 anterior), permitiendo así, conforme a reiterada jurisprudencia, que la demandante conozca las razones de la medida adoptada y que el Tribunal General ejerza su control (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2008, Chronopost y La Poste/UFEX y otros, C-341/06 P y C-342/06 P, EU:C:2008:375, apartado 88 y jurisprudencia citada). Además, habida cuenta de la puntualización relativa a la especial gravedad del comportamiento de la demandante, que debe interpretarse a la luz, en particular, de los considerandos 40 a 44 de la Decisión impugnada, en los que se precisa la calificación de los hechos del caso de autos como falta de ética profesional grave, no puede considerarse que tal motivación presente un carácter estereotipado. Lo mismo cabe decir de la mención, sin mayores precisiones, de la necesidad de reforzar el efecto disuasorio de la exclusión, en la medida en que tal necesidad es inherente a la especial gravedad del incumplimiento cometido (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartado 160).

149 En cuanto a la procedencia de la publicación, debe precisarse, con carácter preliminar, que, ante una falta de ética profesional grave, la exclusión y la publicación son complementarias, ya que, en última instancia, están orientadas al mismo objetivo de hacer que todas las personas interesadas renuncien a una eventual infracción de las normas (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartados 152 y 171). Como complemento de la sanción de exclusión, procede considerar que, de conformidad con la jurisprudencia relativa al control de la legalidad de las sanciones, el control ejercido sobre la proporcionalidad de la publicación no puede ser restringido, sino que debe ser un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 9 de junio de 2021, DI/BCE, T-514/19, EU:T:2021:332, apartado 197 y jurisprudencia citada; véase asimismo el apartado 128 anterior).

150 No deja de ser cierto, sin embargo, que la exclusión y la publicación no son equivalentes en cuanto a sus efectos, ya que la exclusión es esencialmente punitiva, mientras que la publicación es disuasoria y preventiva. De ello se deduce que la decisión de publicación ha de ser objeto de un análisis de proporcionalidad específico, aunque los hechos que dieron lugar a la medida de publicación y a la sanción de exclusión puedan ser comunes y examinarse simultáneamente y los criterios de apreciación de su proporcionalidad sean en parte comunes (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2022, Vialto Consulting/Comisión, T-537/18, no publicada, EU:T:2022:852, apartados 171 y 173).

151 En el caso de autos, por lo que respecta, en primer lugar, a la necesidad de reforzar el efecto disuasorio de la exclusión, procede recordar que tal necesidad es inherente a la gravedad de la conducta en cuestión (véase el apartado 148 anterior). Pues bien, como se desprende del examen de la proporcionalidad de la exclusión, la demandante no cuestiona en el presente procedimiento la comisión de la infracción sancionada por la CNMC, ni los elementos que demuestran su gravedad intrínseca (véase el apartado 130 anterior; véase asimismo el apartado 49 anterior), que no queda desvirtuada por la existencia de supuestos de exclusión más reprochables. Además, del análisis de las medidas correctoras adoptadas por la demandante se desprende que, si bien van en la buena dirección, no permiten concluir que la demandante recuperara su fiabilidad (véanse los anteriores apartados 113 y 138), fiabilidad que tampoco puede deducirse del mero tiempo transcurrido desde el cese de la infracción. Por otra parte, ni el supuesto ámbito territorial limitado de los hechos enjuiciados, ni la inexistencia de perjuicio directo a los intereses financieros de la Unión, ni la alegada modificación de la legislación española que suprime el tipo de contrato público objeto de la conducta controvertida son determinantes para apreciar la necesidad de reforzar el efecto disuasorio de la exclusión en el sentido del artículo 140, apartado 1, del Reglamento Financiero, ya que dicha disuasión pretende evitar que se repita la conducta en cuestión en el marco de las relaciones futuras de la persona o entidad en cuestión con las instituciones y órganos de la Unión. En cuanto al supuesto riesgo particularmente bajo de que la demandante reitere la conducta de que se trata, aparte de que la demandante solo lo apoya en la modificación de la legislación española y en la medida correctora consistente en el cese de la socia responsable de dicha conducta, ambas desestimadas anteriormente, es preciso recordar que la disuasión no solo va dirigida a la empresa en cuestión, sino también a terceros (véase, por analogía, la sentencia de 29 de noviembre de 2005, Union Pigments/Comisión, T-62/02, EU:T:2005:430, apartado 174). De ello se deduce que la EU-OSHA no incurrió en error de apreciación al estimar que era necesario reforzar el efecto disuasorio de la exclusión mediante su publicación.

152 Por lo que respecta, en segundo lugar, al perjuicio a la reputación de la demandante, procede considerar que tal perjuicio es inherente a la publicación de la exclusión y no constituye en el caso de autos un daño desproporcionado en el sentido del artículo 140, apartado 2, letra b), del Reglamento Financiero.

153 En efecto, antes de esa publicación, la resolución de la CNMC se hizo accesible en su sitio web y la prensa española dio cuenta de dicha resolución. Además, el impacto de la publicación decidida por la EU-OSHA se verá limitado por la mención, impuesta por el artículo 140, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento Financiero, del carácter no definitivo de la resolución de la CNMC, habida cuenta del recurso interpuesto en el caso de autos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional y de la suspensión acordada por dicho órgano jurisdiccional. Esa publicidad dada al carácter no definitivo de la resolución de la CNMC, que excede del marco nacional, puede incluso atenuar los efectos de la difusión de la resolución de la CNMC en el sitio web de esta y su reproducción en la prensa española.

154 En consecuencia, procede desestimar el cuarto motivo.

155 Lo mismo sucedería si, como solicitó la demandante en la vista, el Tribunal General ejerciera su competencia jurisdiccional plena para resolver sobre el presente motivo. En efecto, sin que sea necesario pronunciarse sobre la admisibilidad de esta pretensión ni sobre la posibilidad de que el Tribunal General sustituya la apreciación de la EU-OSHA por la suya propia en lo que respecta a la publicación de la exclusión en virtud del artículo 143, apartado 9, del Reglamento Financiero,

procede considerar que, al no haber aportado la demandante elementos adicionales en apoyo de su pretensión y a la vista de los elementos anteriormente examinados, la publicación de la exclusión de la demandante está justificada.

Quinto motivo, relativo a que no se valoró la aplicación de una sanción pecuniaria como alternativa a la exclusión

156 Con carácter subsidiario, la demandante reprocha, en primer lugar, a la EU-OSHA no haber valorado la aplicación de una sanción pecuniaria como alternativa a la exclusión, de conformidad con el artículo 106, apartado 13, letra a), del antiguo Reglamento Financiero, aplicable según ella en el presente asunto. En su réplica deduce de ello que la Decisión impugnada adolece de una evidente falta de motivación a este respecto.

157 En segundo lugar, la demandante solicita, para el caso de que el Tribunal General no acoja esta imputación, que, en virtud de su competencia jurisdiccional plena, sustituya la sanción de exclusión por una sanción pecuniaria razonable a la luz de las circunstancias del presente asunto, comprendida entre el 2 % y el 10 % del valor del contrato. Insiste en la admisibilidad de esta pretensión, respaldada en este caso en el argumento específico de la aplicación de la disposición sancionadora más favorable.

158 Ha de precisarse, con carácter preliminar, que, habida cuenta de la desestimación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto, procede examinar el presente motivo, invocado con carácter subsidiario para el supuesto de que se desestimaran los demás motivos que impugnan la sanción de exclusión.

159 Procede señalar, y es por lo demás pacífico entre las partes, que la disposición aplicable en el caso de autos es la del antiguo Reglamento Financiero.

160 En efecto, únicamente esta disposición contempla la posibilidad para el ordenador competente de sustituir la sanción de exclusión por una sanción pecuniaria cuando una exclusión resulte desproporcionada para cualquier operador económico, como la demandante, mientras que el artículo 138, apartado 1, del Reglamento Financiero solo permite esta sustitución para determinados operadores económicos, los «perceptor(es) con quien(es) se haya adquirido un compromiso jurídico». Así, con arreglo a la jurisprudencia, ante una evolución de la normativa relativa a las sanciones administrativas que conduzca a que en determinados aspectos la nueva normativa sea menos severa, pero en otros aspectos más severa que la antigua, procede aplicar la normativa más clemente (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2017, NC/Comisión, T-151/16, EU:T:2017:437, apartado 55 y jurisprudencia citada), es decir, en el caso de autos, la del antiguo Reglamento Financiero.

161 En virtud del artículo 106, apartado 13, letra a), del antiguo Reglamento Financiero:

«13. Para garantizar el efecto disuasorio, el órgano de contratación podrá, teniendo en cuenta, cuando proceda, la recomendación del panel a que se refiere el artículo 108, imponer una sanción pecuniaria a un operador económico que haya intentado tener acceso a fondos de la Unión

mediante su participación o solicitud de participación en un procedimiento de contratación, sin haberlo declarado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 10 del presente artículo, mientras se encontraba en una de las situaciones de exclusión siguientes:

a) en lo que respecta a las situaciones a que se refiere el apartado 1, letras c), d), e) y f), del presente artículo, como medida alternativa a una decisión de excluir al operador económico, cuando la exclusión resulte desproporcionada según los criterios a que se refiere el apartado 3 del presente artículo».

162 En primer lugar, cabe deducir del tenor de dicha disposición, que prevé una facultad de sustitución, que la EU-OSHA no estaba obligada, en el caso de autos, a examinar la hipótesis de una sustitución de la sanción de exclusión por una sanción pecuniaria, tanto menos cuanto que, según se desprende de lo anterior, estimó con buen criterio que la exclusión no constituía una sanción desproporcionada. Por lo tanto, no se le puede reprochar una falta de motivación a este respecto.

163 En segundo lugar, en cuanto a la solicitud formulada al Tribunal General de que efectúe él mismo esa sustitución en el marco de su competencia jurisdiccional plena, procede señalar que debe desestimarse por infundada, sin que sea necesario pronunciarse sobre su admisibilidad, cuestionada por la EU-OSHA. En efecto, la demandante se limita a invocar la aplicación del artículo 106, apartado 13, letra a), del antiguo Reglamento Financiero, sin alegar las razones por las que, en el caso de autos, la sanción de exclusión debería sustituirse por una sanción pecuniaria. Además, y en cualquier caso, resulta del examen del tercer motivo que la sanción de exclusión impuesta en el caso de autos es apropiada y, por tanto, no debe ser sustituida por una sanción pecuniaria.

164 Por consiguiente, debe desestimarse el quinto motivo.

165 Resulta de todo cuanto antecede que procede desestimar el presente recurso.

Costas

166 A tenor del artículo 134, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, procede condenarla en costas, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales, conforme a lo solicitado por la EU-OSHA.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta ampliada)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar a VC en costas, incluidas las del procedimiento sobre medidas provisionales.

Papasavvas da Silva Passos Gervasoni

Półtorak Reine

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 2 de octubre de 2024.

Firmas