

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065429

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia de 24 de marzo de 2021

Sala Décima

Asunto n.º C-771/19

**SUMARIO:****Contratos del sector público. Sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Exclusión de un licitador antes de la fase de adjudicación, la cual recae en su competidor. Interés legítimo del excluido para impugnar la adjudicación.**

La Directiva 92/13 no precisa la fase en la que un licitador puede interponer un recurso contra tal decisión de la entidad adjudicadora. El objetivo de tutela judicial eficaz y rápida que persigue esta Directiva, en particular a través de medidas provisionales, no autoriza, por tanto, a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase. Más concretamente, una normativa nacional que obligara en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la decisión de admisión de otro licitador infringiría las disposiciones de la Directiva 92/13. De ello resulta, por una parte, que **el licitador excluido puede interponer un recurso** contra la decisión de la entidad adjudicadora por la que se admita la oferta de uno de sus competidores, **cualquiera que sea la fase del procedimiento** de adjudicación de un contrato público en el que se adopte dicha decisión y, por otra parte, que a tal recurso le resulta aplicable el principio jurisprudencial según el cual, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores cuya exclusión se solicita tienen un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás licitadores a efectos de la obtención del contrato.

En lo que atañe a los **motivos que un licitador excluido puede invocar en tal recurso**, cabe observar que la Directiva 92/13 no establece más requisito que el establecido en su artículo 1.1, a saber, que dicho licitador pueda invocar motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales de transposición de ese Derecho. El licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta, a lo que debe añadirse que, el principio jurisprudencial antes recordado solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada.

En virtud de lo expuesto, **el Tribunal de Justicia declara que:**

Los artículos 1, apartados 1 y 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, deben interpretarse en el sentido de que un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de dicho procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada.

**PRECEPTOS:**

Directiva 92/13/CEE (coordinación de disposiciones sobre formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones), arts. 1.1 y .3, 2 y 2 bis.

**PONENTE:**

*Don E. Juhász.*

En el asunto C-771/19,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión), Grecia], mediante resolución de 12 de septiembre de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de octubre de 2019, en el procedimiento entre

**NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE — LDK Symvouloi Michanikoi AE,**

**NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE,**

**LDK Symvouloi Michanikoi AE**

y

**Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP),**

**Attiko Metro AE,**

con intervención de:

**SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon — Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE — TPF Getinsa Euroestudios SL,**

**SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon,**

**Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE,**

**TPF Getinsa Euroestudios SL,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. M. Ilešić, Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász (Ponente) y C. Lycourgos, Jueces;

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

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE — LDK Symvouloi Michanikoi AE, LDK Symvouloi Michanikoi AE, NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE, por el Sr. S. Vlachopoulos y la Sra. N. Gountza, dikigoroí;

– en nombre de Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP), por la Sra. S. Karatza y el Sr. F. Katsigianni, dikigoroí;

– en nombre de Attiko Metro AE, por los Sres. G. Arvanitis y E. Christofilopoulos, dikigoroí;

– en nombre de SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon — Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE — TPF Getinsa Euroestudios SL, por el Sr. K. Vrettos, dikigoros;

– en nombre del Gobierno helénico, por el Sr. K. Georgiadis y las Sras. Z. Chatzipavlou y D. Tsagkaraki, en calidad de agentes;

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. A. Bouchagiar y P. Ondrušek y por la Sra. L. Haasbeek, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

### Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14), en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (DO 2014, L 94, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/13»), a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a estas disposiciones.

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un procedimiento de suspensión de la ejecución iniciado por una asociación de empresas y las sociedades que la integran (en lo sucesivo, «NAMA») contra Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon [Autoridad de Examen de los Recursos Administrativos en Materia de Contratación Pública (AEPP), Grecia] y Attiko Metro AE, en relación con la legalidad de una decisión adoptada por esta última, como autoridad adjudicadora, sobre la evaluación de las ofertas técnicas presentadas en un procedimiento de contratación pública en materia de transportes.

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

3. A tenor del segundo considerando de la Directiva 92/13, «los actuales mecanismos destinados a garantizar [la aplicación efectiva de las normas en materia de adjudicación de contratos], tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no son siempre los adecuados».

4. El artículo 1 de la Directiva 92/13, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», dispone en sus apartados 1 y 3:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, [de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243)], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 18 a 24, con los artículos 27 a 30 y con los artículos 34 o 55 de dicha Directiva.

[...]

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

5. El artículo 2 de esta Directiva, titulado «Requisitos de los procedimientos de recurso», prevé:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 dispongan los poderes necesarios para:

o bien

a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la presunta violación o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de formalización de contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por la entidad contratante; y

b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, el anuncio sobre la existencia de un sistema de calificación, la convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización de contrato en cuestión;

o bien

c) adoptar, a la mayor brevedad, a ser posible mediante procedimiento de urgencia o, si fuese necesario, mediante procedimiento definitivo en cuanto al fondo, medidas distintas a las consideradas en las letras a) y b) que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados; en particular, emitir una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la infracción no sea corregida o evitada.

Los Estados miembros podrán efectuar dicha elección bien para el conjunto de las entidades contratantes, o bien para categorías de entidades definidas a partir de criterios objetivos, salvaguardando en todo caso la eficacia de las medidas establecidas con el fin de impedir que se cause un perjuicio a los intereses afectados;

d) y, en los dos casos antes mencionados, conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la violación.

Cuando se reclamen indemnizaciones por daños y perjuicios debido a que se haya adoptado una decisión de forma ilegal, los Estados miembros podrán establecer que, cuando su sistema de Derecho interno lo requiera y disponga de las instancias con competencia necesaria a estos efectos, la decisión cuestionada debe anularse en primer lugar o declararse ilegal.

2. Los poderes establecidos en el apartado 1 y en los artículos 2 *quinquies* y 2 *sexies* podrán conferirse a organismos distintos, responsables de diferentes aspectos de los procedimientos de recurso.

3. Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente de la entidad contratante un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que la entidad contratante no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expire el plazo suspensivo a que se refieren el artículo 2 *bis*, apartado 2, y el artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5.

[...]

9. Cuando las instancias responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán estar siempre motivadas por escrito. Además, en tal caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar los procedimientos mediante los cuales cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por la instancia de base o cualquier presunto incumplimiento cometido en el ejercicio de los poderes que se le otorgan, puedan ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otra instancia que sea una jurisdicción en el sentido del artículo [267 TFUE] y que sea independiente tanto con respecto a la entidad contratante como con respecto a la instancia de base.

[...]»

6. El artículo 2 *bis* de la citada Directiva, titulado «Plazo suspensivo», dispone:

«1. Los Estados miembros velarán por que las personas contempladas en el artículo 1, apartado 3, dispongan de plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades contratantes, para lo cual adoptarán las disposiciones necesarias respetando las condiciones mínimas establecidas en el apartado 2 del presente artículo y en el artículo 2 *quater*.

2. En el caso de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE o [de] la Directiva 2014/23/UE la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

Se considerarán licitadores afectados aquellos que aún no hayan quedado definitivamente excluidos. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso.

Se considerarán candidatos afectados aquellos a los que la entidad contratante no haya facilitado información sobre el rechazo de su solicitud antes de notificar la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados.

[...]

### **Derecho helénico**

7. La Ley 4412/2016, relativa a los Contratos Públicos de Obras, Suministro y Servicios (FEK A' 147/8.8.2016), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Ley 4412/2016»), reestructuró el sistema de tutela judicial en materia de contratación pública en la fase precontractual, en particular, mediante la creación de una autoridad administrativa independiente central, a saber, la AEPP, encargada del examen en vía administrativa de los actos adoptados por los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras, y mediante la introducción de la posibilidad de presentar una demanda de suspensión de la ejecución y un recurso de anulación contra los actos adoptados por dicha autoridad.

8. El artículo 346, apartados 1 y 2, de la Ley 4412/2016 dispone:

«1. Cualquier interesado que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato de los contemplados en el artículo 1, apartado 2, letras a) o b), y que se haya visto o pueda verse perjudicado por un acto ejecutivo u omisión del poder adjudicador que infrinja la normativa nacional o la de la Unión, podrá recurrir a la [AEPP] en las condiciones especiales previstas en el artículo 360 y demandar medidas de protección provisional de conformidad con el artículo 366, la anulación de un acto ilegal u omisión del poder adjudicador con arreglo al artículo 367 o la anulación de un contrato celebrado ilegalmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 368.

2. Cualquier interesado que se haya visto o pueda verse perjudicado por una decisión de la AEPP relativa a un recurso administrativo previo al amparo del artículo 360 podrá interponer un recurso para obtener la suspensión de la ejecución y la anulación de la citada decisión ante los órganos jurisdiccionales competentes, de conformidad con el artículo 372. El poder adjudicador tendrá derecho a interponer los mismos recursos si la AEPP acepta el recurso administrativo previo.»

9. El artículo 347 de la Ley 4412/2016 establece:

«1. Se crea la [AEPP], cuya misión es resolver los litigios que surjan en la fase del procedimiento anterior a la adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, cuando se le someta un recurso administrativo previo, de conformidad con las disposiciones de la sección II del presente título. [...]

2. La AEPP goza de independencia funcional, autonomía administrativa y financiera y no está sujeta al control ni a la supervisión de instancias gubernamentales u otras autoridades administrativas. Únicamente está sometida al control del Parlamento, conforme a su Reglamento.»

10. El artículo 360 de la Ley 4412/2016 estipula:

«1. Antes de interponer los recursos con arreglo al título 3, cualquier interesado que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato específico de los contemplados por la presente Ley que se haya visto o pueda verse perjudicado debido a un acto ejecutivo u omisión del poder adjudicador que infrinja la normativa nacional o la de la Unión deberá presentar ante la AEPP un recurso administrativo previo contra el citado acto u omisión del poder adjudicador.

2. La interposición de un recurso administrativo es un requisito previo para interponer recursos en virtud del título 3 contra actos ejecutivos u omisiones de los poderes adjudicadores.

3. Los actos ejecutivos u omisiones del poder adjudicador en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos no podrán ser objeto de recurso administrativo previo distinto al previsto en el apartado 1.»

11. Según el artículo 372 de la Ley 4412/2016, la persona que acredite un interés legítimo podrá demandar la suspensión de la ejecución y la anulación de la decisión de la AEPP ante el Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado, Grecia) cuando se trate de un contrato público comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25.

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

**12.** Mediante un anuncio de licitación publicado el 24 de enero de 2018, Attico Metro inició un procedimiento de adjudicación abierto que tenía por objeto los servicios de asesoramiento técnico para el proyecto de ampliación del metro de Atenas (Grecia) por un valor aproximado de 21,5 millones de euros. El criterio de adjudicación era el de la oferta económicamente más ventajosa sobre la base de la mejor relación calidad-precio. Según el anuncio de licitación, la primera fase del procedimiento comprendía el examen de los documentos justificativos y de las ofertas técnicas de los candidatos, mientras que la segunda incluía la apertura de las ofertas económicas y la evaluación global.

**13.** Cuatro operadores económicos presentaron, cada uno de ellos, una oferta. En la primera fase del procedimiento, el Comité de Evaluación de la entidad adjudicadora, por una parte, propuso el rechazo de la oferta de uno de estos candidatos en la fase de examen de los documentos justificativos y de la de otros dos candidatos, entre ellos NAMA, en la fase de examen de las ofertas técnicas. Por otra parte, propuso admitir a la asociación de empresas SALFO y a las tres sociedades que la componen (en lo sucesivo, «SALFO») a la segunda fase del procedimiento. Antes de adoptar una decisión definitiva a este respecto, la entidad adjudicadora solicitó precisiones sobre la experiencia del equipo propuesto por NAMA.

**14.** Mediante una decisión del Consejo de Administración de la entidad adjudicadora de 6 de marzo de 2019, se validaron las mencionadas propuestas del Comité. En particular, la oferta de NAMA fue excluida del resto del procedimiento debido a que la experiencia de algunos miembros de su equipo en materia de construcción de obras no cumplía las exigencias del anuncio de licitación. El 26 de marzo de 2019, NAMA interpuso ante la AEPP un recurso administrativo previo contra dicha decisión, en el que impugnaba tanto la desestimación de su oferta técnica como la admisión de la oferta de SALFO.

**15.** Mediante resolución de 21 de mayo de 2019, la AEPP estimó el recurso de NAMA únicamente en la medida en que se dirigía contra la motivación de la decisión de la entidad adjudicadora relativa a la prueba de la experiencia de uno de los miembros del equipo propuesto. Desestimó el recurso por lo demás.

**16.** A raíz de la desestimación parcial de su recurso administrativo, NAMA interpuso ante el Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)], el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, un recurso mediante el que solicitaba que se ordenase, por una parte, la suspensión de la ejecución de la resolución de la AEPP de 21 de mayo de 2019 y de la decisión del Consejo de Administración de la entidad adjudicadora, Attico Metro, de 6 de marzo de 2019, y, por otra parte, cualquier medida útil para asegurar la protección provisional de sus intereses en el marco de la continuación del procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión. El Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)] considera inadmisibles o infundados los motivos invocados por NAMA mediante los que dicha parte alegaba, por un lado, que su exclusión de ese procedimiento era ilegal, dado que la entidad adjudicadora había apreciado erróneamente la experiencia de algunos de sus expertos y, por otro, que se había vulnerado el principio de igualdad en la apreciación de las ofertas técnicas de los licitadores debido a que la entidad adjudicadora los examinó de manera diferente.

**17.** El órgano jurisdiccional remitente observa que ha declarado reiteradamente que el licitador que ha sido excluido del desarrollo del procedimiento de adjudicación no puede justificar un interés en ejercitar la acción para impugnar la legalidad de la participación de otro licitador en ese procedimiento, salvo por motivos relacionados con la violación del principio de igualdad en la apreciación de las ofertas. No obstante, dicho órgano jurisdiccional se pregunta en qué medida la solución derivada, en particular, de la sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), se aplica también a una demanda de suspensión de la ejecución presentada por un licitador excluido no en la fase final de la adjudicación del contrato público, sino en una fase anterior del procedimiento de adjudicación de este, como la fase de comprobación de los documentos justificativos de participación o de verificación y evaluación de las ofertas técnicas. Esta cuestión aún no ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia y dio lugar a divergencias de interpretación en el seno de la Comisión de Suspensión del Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado), que finalmente llevaron a la remisión del asunto principal a un pleno de cinco jueces.

**18.** El órgano jurisdiccional remitente expone que esta Comisión de Suspensión considera que el licitador excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público debe considerarse definitivamente excluido cuando no ha impugnado la decisión de exclusión que le afecta o cuando dicha decisión ha adquirido fuerza de cosa juzgada. En cambio, no puede considerarse definitivamente excluido cuando el recurso administrativo previo que interpuso ha sido desestimado mediante una resolución de la AEPP, pero el plazo para interponer un recurso de anulación o una demanda de suspensión en virtud de la Ley 4412/2016 aún no ha expirado. Del mismo modo,

tampoco está definitivamente excluido el licitador cuya demanda de suspensión dirigida contra la desestimación, por la AEPP, de su recurso administrativo previo ha sido desestimada, en tanto disponga del derecho a interponer un recurso de anulación contra dicha decisión desestimatoria o que la resolución desestimatoria del recurso de anulación que interpuso no haya adquirido firmeza. Además, el órgano jurisdiccional remitente precisa que el reconocimiento de un interés en ejercitar la acción del licitador excluido contra la decisión por la que se admite la oferta de uno de sus competidores y se adjudica el contrato a este último está supeditado a que el litigio no conduzca a la anulación definitiva del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate, es decir, a la imposibilidad de su reapertura. En este contexto, poco importa saber en qué fase del procedimiento de adjudicación se haya excluido al licitador de que se trata, ya que el interés en ejercitar la acción existe en todas las fases de ese procedimiento. Por lo tanto, en principio, NAMA tiene interés en ejercitar la acción para formular las demás imputaciones que adujo contra SALFO, además de las relativas a la vulneración del principio de igualdad en la apreciación.

**19.** Por último, el órgano jurisdiccional remitente expone que desestimó la demanda de suspensión de la ejecución controvertida en el litigio principal, en la medida en que NAMA impugnaba la legalidad de su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato y la admisión de la oferta de SALFO invocando el motivo de que las decisiones impugnadas vulneraron el principio de igualdad en la apreciación. En cambio, se pregunta si NAMA puede invocar, en apoyo de su demanda de suspensión de la ejecución, motivos dirigidos contra la decisión de admisión de la oferta de SALFO basados en el incumplimiento de las exigencias establecidas en el anuncio de licitación, en las disposiciones de la Ley 4412/2016 y en los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia.

**20.** En estas circunstancias, el Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)] decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1 a) ¿Han de interpretarse los artículos 1, apartado 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13, a la luz de la fundamentación expuesta en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), en el sentido de que se oponen a una práctica jurisprudencial nacional según la cual cuando, por resolución de la entidad adjudicadora, se excluye a un licitador no en la fase final de adjudicación del contrato, sino en una fase anterior del procedimiento de licitación (como la fase de evaluación de las ofertas técnicas) y, al contrario, se admite a otro interesado (competidor), en el supuesto de que el tribunal competente rechace la demanda de suspensión en la parte relativa a su exclusión de la licitación, el excluido conserva el interés legítimo en presentar la misma demanda de suspensión contra el otro licitador solo si este ha sido admitido vulnerando el principio de igualdad de trato de las ofertas?»

b) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra a), ¿deben interpretarse las disposiciones antes mencionadas en el sentido de que, a la luz de las consideraciones que se han realizado, el excluido puede invocar, en el marco de una demanda de suspensión, cualesquiera irregularidades de la participación del competidor en la licitación, es decir, invocar también otras irregularidades de que adolezca la oferta del competidor, sin relación alguna con las irregularidades que excluyen su propia oferta, de modo que se suspenda el procedimiento de licitación y la adjudicación al competidor del contrato público, mediante un acto que deba adoptarse en una fase posterior del procedimiento, de modo que, más adelante, en caso de que prospere el recurso contencioso principal (recurso de anulación), se excluya a ese competidor, se anule la adjudicación del contrato y en su caso se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato en el que participe el demandante excluido?»

2) A efectos de responder a la primera cuestión, ¿es relevante que la concesión de la tutela judicial provisional (pero también definitiva) se supedita a que se desestime previamente un recurso ante un órgano nacional independiente responsable del examen de recursos administrativos, habida cuenta igualmente de los criterios establecidos en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988)?

3) A efectos de responder a la primera cuestión, ¿es relevante, en el supuesto de que se estimen las alegaciones formuladas por el excluido contra la participación del competidor en el procedimiento de licitación, que resulte imposible volver a iniciar el procedimiento o que la razón por la que se excluyó al demandante imposibilite su participación en el caso de que se inicie de nuevo el procedimiento de licitación?»

**21.** Mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2019, se desestimó la solicitud del Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)] de que el presente asunto se tramitara mediante el procedimiento acelerado.

## **Sobre las cuestiones prejudiciales**

### ***Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales***

**22.** La Comisión estima que las cuestiones segunda y tercera no guardan relación alguna con el objeto del litigio principal, por lo que debe declararse su inadmisibilidad. NAMA propone, en esencia, una misma excepción de inadmisibilidad con respecto a la tercera cuestión.

**23.** Según reiterada jurisprudencia, si bien las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia, no es menos cierto que el procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE constituye un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero proporciona a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para resolver los litigios que deban dirimir. La justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio. Como se desprende de los propios términos del artículo 267 TFUE, la decisión prejudicial solicitada debe ser «necesaria» para que el tribunal remitente pueda «emitir su fallo» en el asunto de que conoce. Asimismo, en virtud del artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente debe exponer de manera precisa las razones que le han llevado a preguntarse sobre la interpretación del Derecho de la Unión (sentencia de 14 de mayo de 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, apartados 167 y 168 y jurisprudencia citada).

**24.** En el caso de autos, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de la resolución de remisión se desprende que, mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el hecho de que la exclusión de la oferta de NAMA por la entidad adjudicadora haya sido parcialmente confirmada por la AEPP, a raíz de un recurso administrativo previo obligatorio, constituye un elemento que debe tenerse en cuenta para determinar si dicho licitador puede aún impugnar, ante el órgano jurisdiccional remitente, la decisión de la entidad adjudicadora por la que se admite la oferta de su competidor. Por tanto, esta cuestión prejudicial es admisible.

**25.** En cambio, la resolución de remisión no explicita las razones por las que la respuesta a la tercera cuestión es necesaria para resolver el litigio principal, ya que el órgano jurisdiccional remitente no determina de qué modo las circunstancias del litigio principal corresponden a uno de los dos supuestos contemplados en la tercera cuestión.

**26.** De lo anterior resulta que debe declararse la inadmisibilidad de la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

### ***Sobre el fondo***

**27.** Mediante las cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los artículos 1, apartado 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una práctica nacional en virtud de la cual un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de ese procedimiento ha sido desestimada no puede, a falta de un interés en ejercitar la acción, invocar en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta, a excepción del motivo basado en que la decisión de admisión de esa oferta vulnera el principio de igualdad en la apreciación de las ofertas. Además, se pregunta si el interés del licitador excluido en ejercitar la acción resulta afectado por el hecho de que el recurso administrativo previo contra la decisión de su exclusión, que debía interponerse, con arreglo al Derecho nacional, ante un órgano nacional independiente, fue desestimado.

**28.** A tenor del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

**29.** El artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de dicha Directiva fija los requisitos que deben cumplir las medidas nacionales adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 de esta, entre los que figura el hecho de que estos recursos deben permitir, por una parte, adoptar medidas provisionales para corregir la presunta violación o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados y, por otra parte, anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales.

**30.** El artículo 2 *bis* de la citada Directiva establece las normas relativas a los plazos de que deben disponer las personas contempladas en el artículo 1, apartado 3, de la misma Directiva para poder interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades contratantes. Así, el apartado 2 de dicho artículo 2 *bis* establece que la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo calculado en función del modo de transmisión de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados y precisa, en particular, las condiciones en las que se considerará afectado a un licitador o candidato. Por lo que respecta a los licitadores, el párrafo segundo de esta disposición indica que se considerarán afectados aquellos que aún no hayan quedado definitivamente excluidos y que se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso.

**31.** Pronunciándose sobre la interpretación de las disposiciones del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores cuya exclusión se solicita tienen un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás licitadores a efectos de la obtención del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33). En el apartado 27 de la sentencia de 5 de abril de 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), el Tribunal de Justicia consideró que, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento y, por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato. Además, en el apartado 29 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia entre los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial sentado en la sentencia de 4 de julio de 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448).

**32.** El principio jurisprudencial expuesto en el apartado anterior, desarrollado durante la vigencia de la Directiva 89/665, es extrapolable al sistema de tutela judicial establecido por la Directiva 92/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 50 a 53).

**33.** No obstante, procede examinar si este principio jurisprudencial también es aplicable cuando la regularidad de la decisión por la que se admite la oferta de un licitador es impugnada en una fase anterior a la adjudicación del contrato por un licitador cuya oferta ha sido excluida.

**34.** A este respecto, procede observar que la Directiva 92/13 no precisa la fase en la que un licitador puede interponer un recurso contra tal decisión de la entidad adjudicadora.

**35.** Por otra parte, como se desprende del considerando segundo de la Directiva 92/13, esta pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano de la Unión, la aplicación efectiva de las directivas en materia de contratos públicos. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la citada Directiva impone a los Estados miembros la obligación de «garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible» (véase, por analogía, la sentencia de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo y otros*, C-391/15, EU:C:2017:268, apartado 30).

**36.** El objetivo de tutela judicial eficaz y rápida que persigue esta Directiva, en particular a través de medidas provisionales, no autoriza, por tanto, a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase (véanse, por analogía, la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5,

apartado 38, y la sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, C-391/15, EU:C:2017:268, apartado 31).

**37.** Más concretamente, una normativa nacional que obligara en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la decisión de admisión de otro licitador infringiría las disposiciones de la Directiva 92/13 (véase, por analogía, la sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, C-391/15, EU:C:2017:268, apartado 34).

**38.** De ello resulta, por una parte, que el licitador excluido puede interponer un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora por la que se admita la oferta de uno de sus competidores, cualquiera que sea la fase del procedimiento de adjudicación de un contrato público en el que se adopte dicha decisión y, por otra parte, que a tal recurso le resulta aplicable el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia.

**39.** En lo que atañe a los motivos que un licitador excluido puede invocar en tal recurso, cabe observar que la Directiva 92/13 no establece más requisito que el establecido en el artículo 1, apartado 1, de esta, a saber, que dicho licitador pueda invocar motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales de transposición de ese Derecho.

**40.** Por lo demás, en el apartado 29 de la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), el Tribunal de Justicia señaló que la divergencia entre los motivos invocados por los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación del contrato controvertido no es pertinente para la aplicación del principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia.

**41.** De ello se desprende que el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.

**42.** Dicho esto, el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32).

**43.** Por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en el caso de autos, la exclusión de NAMA debe considerarse definitiva por haber sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, de la resolución de remisión no se desprende que así sea.

**44.** Con esta salvedad, la circunstancia de que el Derecho nacional obligue al licitador excluido a interponer un recurso administrativo previo antes de poder acudir al órgano jurisdiccional remitente carece de incidencia sobre la interpretación expuesta en los apartados 38 y 41 de la presente sentencia. En efecto, el artículo 2, apartado 9, de la Directiva 92/13 autoriza expresamente a los Estados miembros a confiar a órganos no jurisdiccionales la tarea de resolver, en un primer momento, sobre los recursos previstos en esa Directiva, siempre que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por dicho órgano o cualquier presunto incumplimiento en el ejercicio de las facultades que se le hayan conferido pueda ser objeto de un recurso judicial o de un recurso ante otra instancia que sea un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE que sea independiente de la entidad contratante y del órgano no jurisdiccional que haya resuelto en un primer momento.

**45.** Tal interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), mencionada por el órgano jurisdiccional remitente en este contexto. Si bien es cierto que, de los apartados 13 a 16, así como 31 y 36, de dicha sentencia resulta que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, procede señalar que, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, que no se refería a un recurso ante un órgano nacional de recurso administrativo, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 31).

**46.** Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que los artículos 1, apartados 1 y 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 *bis*, apartado 2, de la Directiva 92/13 deben interpretarse en el sentido de que un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de ese procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada.

## Costas

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

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

**Los artículos 1, apartados 1 y 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 *bis*, apartado 2, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, deben interpretarse en el sentido de que un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de dicho procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada.**

Firmas

\* Lengua de procedimiento: griego.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.