

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. JEAN MISCHO

presentadas el 25 de febrero de 2003 <sup>1</sup>

1. El Bundesvergabeamt (Austria) solicita al Tribunal de Justicia que interprete el 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,<sup>2</sup> en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

2. El Bundesvergabeamt desea saber esencialmente si la disposición antes citada debe interpretarse en el sentido de que un licitador se ha visto perjudicado o puede verse perjudicado por la infracción que alega aun cuando, a pesar de que su oferta no haya sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del procedimiento de recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido rechazada forzosamente por dicha entidad.

I. Marco jurídico

A. Normativa comunitaria

3. El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 dispone:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, 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 siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 395, p. 33.

3 — DO L 209, p. 1.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente a [la entidad adjudicadora] de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de [cláusulas administrativas particulares] o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

4. A tenor del artículo 2, apartados 1, 4 y 6, de la Directiva 89/665:

[...]

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

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por [las entidades adjudicadoras];

4. Los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable, al estudiar si procede adoptar medidas provisionales, pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no conceder estas medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas.

[...]

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

[...]»

#### B. Normativa nacional

5. El Derecho austriaco fue adaptado a la Directiva 89/665 mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997, Ley federal de 1997 de contratos públicos, BGBl. I, 56/1997; en lo sucesivo, «BVergG»).

6. El artículo 113 de la BvergG establece:

«1. El Bundesvergabeamt será competente para resolver a instancia de parte en el procedimiento de recurso con arreglo a las disposiciones contenidas en el capítulo siguiente.

2. El Bundesvergabeamt será competente hasta la fecha de la adjudicación, con el fin de remediar las infracciones de la presente Ley federal y de sus reglamentos de desarrollo, para 1) dictar medidas provisionales, así como 2) anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora.

3. Tras la adjudicación del contrato o el término de la licitación, el Bundesvergabeamt será competente para determinar si la adjudicación no se hizo al mejor postor a causa de una infracción de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo [...]»

7. El artículo 115, apartado 1, de la BvergG dispone:

«El empresario que alegue un interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Ley federal podrá impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora recaída

en el procedimiento de licitación, siempre que la ilegalidad alegada le haya ocasionado o amenace ocasionarle un perjuicio.»

8. De conformidad con lo establecido en el artículo II, apartado 2, letra c), punto 40a, de la Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (Ley introductoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1991, BGBl. 1991/50), al procedimiento administrativo ante el Bundesvergabeamt le es aplicable la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Ley general de Procedimiento Administrativo de 1991, BGBl. 1991/51; en lo sucesivo, «AVG»).

## II. Procedimiento principal

9. La sociedad Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) y la sociedad Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donaauraum AG (WED) (en lo sucesivo, «demandadas») publicaron un anuncio de licitación con varias fases al objeto de reunir proyectos de construcción y parámetros para decidir sobre la adjudicación de contratos de planificación general para la construcción de la nueva facultad de ingeniería industrial de la TU-Wien. La primera fase del procedimiento se desarrolló bajo la forma de un concurso que tenía por objeto «la invitación pública a realizar manifestaciones de interés con presentación de ideas».

10. Varios interesados, entre ellos el Sr. Werner Hackermüller, ingeniero-arquitecto, y la sociedad Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (en lo sucesivo, «Lechner»), respondieron al anuncio de licitación mediante la presentación de proyectos. Durante la segunda fase del procedimiento —fase de negociación— el Beratungsgremium (comité asesor) aconsejó continuar en breve plazo el procedimiento con Lechner. Mediante escrito de 10 de febrero de 1999, los otros cuatro licitadores admitidos a participar en el procedimiento de negociación, entre los cuales se contaba el Sr. Hackermüller, fueron informados de que el Beratungsgremium había decidido, el 8 de febrero de 1999, no recomendar la realización de su proyecto.

11. El 29 de marzo de 1999, el Sr. Hackermüller presentó ante el Bundesvergabeamt una solicitud de apertura de un procedimiento de recurso, conforme al artículo 113, apartado 2, de la BVergG, y solicitó, entre otras cosas, que el Bundesvergabeamt declarara la nulidad: 1) de la decisión de 8 de febrero de 1999 por la que el Beratungsgremium o las demandadas consideraron que la oferta de otro licitador era la más ventajosa y aconsejaron seguir en breve plazo el procedimiento de negociación con este último y 2) de la decisión por la que la selección se realizó sin observar los criterios fijados en el anuncio de licitación.

12. Mediante decisión de 31 de mayo de 1999, el Bundesvergabeamt desestimó en su totalidad las pretensiones del Sr. Hackermüller por falta de legitimación

activa, ya que su oferta debería haber sido rechazada en la primera fase del procedimiento, en virtud del artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG.

13. En apoyo de su decisión, el Bundesvergabeamt expuso, en primer lugar, que del artículo 115, apartado 1, de la BVergG se desprende que un empresario sólo tiene acceso al procedimiento de recurso si puede sufrir un perjuicio u otro inconveniente. Asimismo, recordó que, en virtud el artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG, antes de seleccionar la oferta que resulte adjudicataria, la entidad adjudicadora debe descartar inmediatamente, sobre la base del resultado del examen de las ofertas que haya realizado, las que incumplan las condiciones de la licitación, sean incompletas o contengan errores, si estas deficiencias no han sido subsanadas o no pueden serlo.

14. El Bundesvergabeamt señaló a continuación que, en el caso de autos, por cuanto respecta a la exclusión de un proyecto del procedimiento de adjudicación de contratos, el punto 1.6.7 del anuncio de licitación hace referencia expresa al artículo 36, apartado 4, de la Wettbewerbsordnung der Architekten (Código de competencia de los arquitectos; en lo sucesivo, «WOA»), que establece, a su vez, que, en caso de que concurra una causa de exclusión con arreglo al artículo 8 de la WOA, el proyecto de que se trata deberá ser rechazado, y que el apartado 1, letra d), de esta última disposición excluye de la participación en concursos de arquitectos, entre otras, a las personas que hayan incluido en los documentos presentados alguna indicación que permita identificar la autoría del proyecto.

15. Por último, después de comprobar que el Sr. Hackermüller cumplía el requisito de exclusión previsto en el artículo 8, apartado 1, letra d), de la WOA al indicar su nombre bajo el epígrafe «organización prevista de la planificación general», de modo que procedía descartar su proyecto conforme al artículo 52, apartado 1, número 8, de la BVergG en relación con el artículo 36, apartado 4, de la WOA, el Bundesvergabeamt declaró que el proyecto del Sr. Hackermüller ya no podía ser tenido en cuenta para la adjudicación del contrato público y que, en consecuencia, al no poder resultar perjudicado por eventuales violaciones del principio de la oferta más ventajosa y de las normas del procedimiento de negociación, el Sr. Hackermüller carecía de legitimación para alegar las irregularidades invocadas en sus pretensiones.

16. El 7 de julio de 1999, el Sr. Hackermüller interpuso ante el Verfassungsgerichtshof (Austria) un recurso de anulación contra la decisión del Bundesvergabeamt de 31 de mayo de 1999. En su sentencia de 14 de marzo de 2001 (B 1137/99-9), en la que se hace referencia a una sentencia anterior de 8 de marzo de 2001 (B 707/00), el Verfassungsgerichtshof declaró que, habida cuenta de la interpretación amplia que es preciso realizar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>4</sup> del concepto de legitimación para iniciar un procedimiento de recurso a efectos del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, parece dudoso que los requisitos de interposición del recurso establecidos en el artículo 115, apartado 1, en relación con

4 — Véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 46, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671), apartados 34 y 35.

el artículo 52, apartado 1, de la BVergG, puedan ser interpretados en el sentido de que un licitador que, de hecho, no ha sido descartado por la entidad adjudicadora pueda ser excluido del acceso al procedimiento de recurso mediante una decisión de desestimación de su solicitud de tutela jurídica adoptada por el órgano que conoce del recurso, cuando este último comprueba, con carácter preliminar, la existencia de una causa que justificaba la exclusión del licitador. Asimismo, anuló la decisión del Bundesvergabeamt impugnada por violación del derecho constitucional a un procedimiento ante el juez determinado por la ley, al estar el Bundesvergabeamt obligado, en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero, a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre este punto.

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse la disposición antes citada en el sentido de que un licitador ha resultado perjudicado o puede verse perjudicado —de modo que ha de poder acceder al procedimiento de recurso— por la infracción que alega, que en el presente asunto es la decisión de la entidad adjudicadora de considerar mejor la oferta presentada por un competidor, aun cuando, si bien su oferta no ha sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del procedimiento de recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido rechazada forzosamente por dicha entidad?»

### III. Cuestiones prejudiciales

17. En consecuencia, mediante resolución de 25 de junio de 2001, el Bundesvergabeamt decidió plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE en el sentido de que los procedimientos de recurso deben ser accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público?

### IV. Análisis

*A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt*

18. Con carácter previo, es preciso abordar una cuestión que ha captado la atención de

la jurisprudencia reciente<sup>5</sup> y que consiste en saber si el Bundesvergabeamt constituye un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 CE.

19. Esta cuestión fue planteada por la Comisión, en particular en el asunto Felix Swoboda, antes citado, a raíz de la resolución de remisión del Bundesvergabeamt de 11 de julio de 2001 en el asunto Siemens y ARGE Telekom & Partner<sup>6</sup> en el que aquél reconoció que sus resoluciones no contienen «órdenes conminatorias a la entidad adjudicadora, susceptibles de ejecución forzosa».<sup>7</sup>

20. En la sentencia Felix Swoboda, antes citada, que versaba sobre un asunto en el que el Bundesvergabeamt ejercía sus competencias durante el período *posterior* a la adjudicación del contrato público, el Tribunal de Justicia lo consideró un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 CE.

21. En efecto, declaró en los apartados 27 y 28 de dicha sentencia que:

5 — Véanse la sentencia de 14 de noviembre de 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec. p. I-10567), las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Léger en el asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. 1998, p. I-73); mis conclusiones presentadas el 18 de abril de 2002 en el asunto Felix Swoboda, antes citado, así como las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Geelhoed el 10 de octubre de 2002 en el asunto GAT (C-315/01, sentencia de 19 de junio de 2003, Rec. p. I-6359, especialmente p. I-6354).

6 — Asunto C-314/01, pendiente ante el Tribunal de Justicia.

7 — Sentencia Felix Swoboda, antes citada, apartado 25.

«[...] el asunto principal se refiere al período posterior a la adjudicación del contrato. Pues bien, ha quedado acreditado que, con arreglo al Derecho austriaco, tanto las partes como los órganos jurisdiccionales civiles ante los que se presente durante dicho período una solicitud de indemnización de daños y perjuicios están vinculados, en cualquier caso, por las consideraciones del Bundesvergabeamt.

Por todo ello, no puede cuestionarse válidamente el carácter vinculante de la resolución del Bundesvergabeamt en el asunto principal.»

22. La cuestión que se plantea ahora es la de si esta conclusión es aplicable igualmente en el presente asunto, en el cual el Bundesvergabeamt ejerce sus competencias durante el período *anterior* a la adjudicación del contrato público.

23. A mi juicio, la respuesta es sin duda alguna afirmativa.

24. En efecto, a diferencia del período posterior a la adjudicación del contrato público, durante el cual el Bundesvergabeamt es competente, de conformidad con el artículo 113, apartado 3, de la BVergG para «*determinar* si la adjudicación no se hizo al mejor postor [...]», el período anterior a dicha adjudicación se caracteriza

por el hecho de que el Bundesvergabeamt es competente, en virtud del artículo 113, apartado 2, de la BVergG, para «[...] 1) dictar medidas provisionales, así como 2) anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora».

25. Pues bien, si la competencia de «determinar» es ya de carácter obligatorio, considero que las competencias de dictar medidas provisionales y de anular decisiones ilegales lo son *a fortiori*.

26. El Bundesvergabeamt es, por tanto, un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 CE. En consecuencia, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por aquél.

#### B. Sobre la primera cuestión prejudicial

27. Mediante la primera cuestión prejudicial, el Bundesvergabeamt pregunta si el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público está legitimada para instar un procedimiento de recurso.

28. El Sr. Hackermüller propone que se responda afirmativamente a esta cuestión, dado que, a su juicio, toda persona excluida del procedimiento de adjudicación sufre un perjuicio.

29. En cambio, las demandadas, los Gobiernos austriaco e italiano y la Comisión proponen que se dé, en sustancia, una respuesta negativa a la primera cuestión.

30. Me adhiero a la tesis de estos últimos.

31. En efecto, del tenor del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 se desprende claramente que los procedimientos de recurso deben ser «[...] accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción». <sup>8</sup>

32. Así pues, la Directiva 89/665 permite a los Estados miembros someter el acceso a los procedimientos de recurso a dos requisitos acumulativos, a saber, 1) el interés de un licitador en la adjudicación de un contrato público y 2) el hecho de verse perjudicado o poder verse perjudicado.

<sup>8</sup> — El subrayado es mío.

33. Por tanto, la Comisión estima acertadamente que «el simple interés en obtener un contrato público es, por sí sólo, insuficiente».

34. Además, esta interpretación se ve corroborada, como señala con acierto el Gobierno austriaco, por los trabajos preparatorios de la Directiva 89/665.

35. En efecto, mientras que la propuesta de Directiva 87/C230/05 del Consejo, 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, presentada por la Comisión el 1 de julio de 1987,<sup>9</sup> no preveía nada sobre la calidad de la persona autorizada para iniciar un procedimiento de recurso, la propuesta modificada, presentada el 25 de noviembre de 1988,<sup>10</sup> señalaba, en su artículo 1, que el procedimiento debe ser accesible a «[...] todo empresario o proveedor que participe en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro o de obra y todo tercero habilitado [...]».

36. Pues bien, al no conservarse este tenor en la Directiva 89/665, ha de deducirse de

ello una elección deliberada por parte del Consejo de permitir que los Estados miembros supediten el acceso a los procedimientos de recurso a los dos requisitos antes citados.

37. En consecuencia, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que cualquier persona que tenga o haya tenido un interés en obtener un contrato público debe estar legitimada para instar un procedimiento de recurso, siempre que, además, dicha persona se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la presunta infracción.

### C. Sobre la segunda cuestión prejudicial

38. Dado que propongo una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, me corresponde ahora examinar también la segunda. Mediante ésta, el Bundesvergabeamt pregunta si el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que un licitador ha resultado perjudicado o puede verse perjudicado —de modo que ha de poder instar el procedimiento de recurso— por la infracción que alega, que en el presente asunto es la decisión de la entidad adjudicadora de considerar mejor la oferta presentada por un competidor, aun cuando, si bien su oferta no ha sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del procedimiento de recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido rechazada forzosamente por dicha entidad.

<sup>9</sup> — DO C 230, p. 6.

<sup>10</sup> — DO 1989, C 15, p. 8.

39. El Sr. Hackermüller estima que, en caso de respuesta negativa a la primera cuestión, procede en cualquier caso responder afirmativamente a la segunda cuestión, so pena de hacer inaccesible el procedimiento de recurso siempre que un licitador haya sido excluido por la entidad adjudicadora por cualquier causa.

40. En cambio, las demandadas, el Gobierno austriaco y la Comisión proponen una respuesta negativa. Las observaciones del Gobierno italiano pueden ser interpretadas en el sentido de que dicho Gobierno también propone una respuesta negativa en el caso de que el Bundesvergabeamt pueda considerarse como un órgano jurisdiccional.

41. Las partes mencionadas se apoyan, a tal fin, en la finalidad del procedimiento de recurso, en el efecto útil de la Directiva 89/665 y en el principio de igualdad de trato, que prohíben que a un solicitante se le adjudique un contrato público o se le conceda una indemnización por daños y perjuicios a pesar de haber incumplido las condiciones de la licitación o las disposiciones en materia de contratos públicos.

42. En primer lugar, es preciso señalar que el Bundesvergabeamt, en su decisión de 31 de mayo de 1999, consideró que el Sr. Hackermüller carecía de legitimación activa, pues su oferta debería haber sido rechazada en la primera fase del procedi-

miento, en virtud del artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG.<sup>11</sup>

43. Así pues, mediante su cuestión prejudicial, el Bundesvergabeamt pregunta, en sustancia, si la Directiva 89/665 y, en particular, su artículo 1, apartado 3, se opone a esa norma de Derecho nacional aplicada por él.

44. Pues bien, como observa acertadamente el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, «[...] la Directiva en materia de procedimientos de recurso no contiene ninguna disposición relativa a los criterios de apreciación que debe aplicar el órgano que conoce del procedimiento de recurso [...] En consecuencia, incumbe a los Estados miembros adoptar las disposiciones necesarias que deberán ser indubitadamente conformes a los principios generales del Derecho en materia de contratos públicos, tales como la transparencia y la no discriminación. Dichas disposiciones tampoco podrán ser contrarias a la finalidad de la Directiva en materia de procedimientos de recurso [...]»

45. En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con una materia que no estaba específicamente regulada por la Directiva 89/665 —a saber, la determinación del momento decisivo para la apreciación de la legalidad de un acuerdo por el que se cancela una licitación—, que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro

11 — Véase el punto 12 *supra*.

definir dicho momento «[...] siempre y cuando las normas nacionales aplicables no sean menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, por analogía, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Banks, C-390/98, Rec. p. I-6117, apartado 121, y Courage y Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 29)». <sup>12</sup>

46. Así pues, la cuestión que se plantea es la de si la norma antes citada aplicada por el Bundesvergabeamt en su decisión de 31 de mayo de 1999 hace o no en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. <sup>13</sup>

47. A este respecto, quiero hacer referencia a una consideración vertida en la sentencia del Bundesvergabeamt de 8 de marzo de 2001 <sup>14</sup> y que es, tal como el Gobierno austriaco la describe, la siguiente: «[...] existe incertidumbre en cuanto a la cuestión de si, a la vista del Derecho comunitario —tal como afirma la doctrina—, está

permitido “reducir” la tutela jurídica del licitador en el procedimiento principal *ya que no tendría la posibilidad de interponer recurso alguno contra la decisión de exclusión adoptada por el Bundesvergabeamt en lugar de la entidad adjudicadora*». <sup>15</sup>

48. Si fuera cierto que, como consecuencia del criterio de que se trata, el licitador no tuviera la posibilidad de interponer recurso alguno contra una decisión que resulta ser una decisión de exclusión, yo sería, efectivamente, de la opinión de que dicho criterio hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario y, más en particular, por la Directiva 89/665.

49. En efecto, no cabe duda de que una decisión de exclusión de un licitador constituye una decisión en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 contra la cual debe existir la posibilidad de interponer un recurso.

50. Según reiterada jurisprudencia, la disposición del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece restricción alguna en lo tocante a la naturaleza y el contenido de las decisiones a que se refiere. <sup>16</sup> En sus conclusiones presentadas el

12 — Sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553), apartado 67. Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 72.

13 — Se supone que no existe diferencia de trato alguna entre los recursos previstos en la Directiva 89/665, por un lado, y los recursos similares de carácter interno, por otro.

14 — Véase el punto 16 *supra*.

15 — El subrayado es mío.

16 — Véanse las sentencias, antes citadas, Alcatel Austria y otros, apartado 35, y HI, apartado 49.

7 de febrero de 2002 en el asunto Santex,<sup>17</sup> el Abogado General Sr. Alber deduce de ello que una decisión de exclusión constituye una decisión contra la cual debe existir la posibilidad de interponer un recurso a efectos de la Directiva 89/665.<sup>18</sup>

51. Ahora bien, ¿es correcto afirmar, en una situación como la que se presenta en el procedimiento principal, que el «licitador no tiene la posibilidad de interponer recurso alguno contra la decisión de exclusión adoptada por el Bundesvergabeamt en lugar de la entidad adjudicadora»?

52. Todo depende, a mi juicio, de la cuestión de si el órgano que conoce del recurso ha llegado a la conclusión de que el licitador debería haber sido excluido tras la sustanciación de un procedimiento contradictorio, es decir, después de haber dado al licitador la posibilidad de manifestarse sobre el motivo de una eventual exclusión.

53. En efecto, del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665, según el cual el «[...] organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio [...]», se deduce que tal procedimiento constituye una característica esencial de un procedimiento de recurso en el sentido de la Directiva 89/665.

17 — Asunto C-327/00 (sentencia de 27 de febrero de 2003, Rec. p. I-1877, especialmente p. I-1879).

18 — Véanse los puntos 80 a 86 de las conclusiones, antes citadas, del Abogado General Sr. Alber.

54. No obstante, aun cuando el órgano que conoce del recurso llegue a la conclusión antes mencionada tras la sustanciación de un procedimiento contradictorio, queda aún por saber si el Bundesvergabeamt puede apreciar de oficio el incumplimiento de una obligación como la del anonimato.

55. A este respecto, me parece indiscutible que si, hipotéticamente, la entidad adjudicadora hubiera aceptado, en un primer momento, la oferta del Sr. Hackermüller y si otro licitador, al corriente de un eventual incumplimiento por el Sr. Hackermüller de la obligación de anonimato, hubiera interpuesto a continuación un recurso por infracción, por parte de la entidad adjudicadora, de las normas aplicables a los contratos públicos, el Bundesvergabeamt habría podido decidir que el Sr. Hackermüller debería haber sido excluido del procedimiento de licitación, *sin que la entidad adjudicadora lo haya decidido con anterioridad*.

56. La única diferencia entre esta situación y la que se presenta en el procedimiento principal radica, pues, en el hecho de que, en el primer caso, la infracción de la norma de anonimato es alegada por una parte, mientras que, en el segundo, dicha infracción es apreciada de oficio por el órgano que conoce del recurso.

57. Pues bien, a este respecto, comparto la opinión expresada por el Abogado General Sr. Geelhoed en sus conclusiones de 10 de

octubre de 2002 en el asunto GAT,<sup>19</sup> según la cual «la Directiva 89/665 [...] no se opone a que la autoridad competente para tramitar procedimientos de recurso [...] pueda apreciar, de oficio y con independencia de las alegaciones de las partes del procedimiento de recurso, aquellas circunstancias jurídicamente relevantes».<sup>20</sup>

58. Este planteamiento me parece, además, conforme tanto a la finalidad de la Directiva 89/665 como al principio de igualdad de trato entre todos los licitadores.

59. Por cuanto respecta a la finalidad, ha de recordarse que «[...] el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos *lo más eficaces y rápidos posible* para garantizar el cumplimiento de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos».<sup>21</sup>

60. Pues bien, a mi juicio, sería contrario a este objetivo de establecer recursos eficaces y rápidos si, en una situación como la del presente asunto, se obligase al organismo que conoce del recurso a esperar hasta que una parte le someta un problema relativo a la regularidad de un contrato público sobre el que él mismo decide.

19 — Asunto C-315/01, citado en la nota 5.

20 — Punto 67, propuesta de respuesta 1, letra a), de las conclusiones antes citadas del Abogado General Sr. Geelhoed.

21 — Sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartado 34. Véanse también las sentencias HI, antes citada, apartado 52, y Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 74. El subrayado es mío.

61. En lo que atañe a la igualdad de trato entre todos los licitadores, que constituye un principio que responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos,<sup>22</sup> se deduce de dicho principio que todos los licitadores tienen derecho a que su propia oferta, al igual que las de los demás licitadores, sea tratada respetando los requisitos de la licitación, así como las normas en materia de contratos públicos.

62. Así pues, no podría adjudicarse un contrato público a un licitador si él mismo ha infringido los requisitos de la licitación o las normas aplicables a los contratos públicos. El hecho de que, como ha señalado el Sr. Hackermüller en la vista, otros licitadores también hayan cometido, en su caso, infracciones no modifica en modo alguno esta conclusión, ya que un licitador no puede invocar, para afirmar que es víctima de una discriminación, que otros licitadores se benefician de una ilegalidad.

63. Además, el hecho de que el órgano que conoce de los recursos pueda apreciar de oficio tal infracción parece tanto más justificado a la vista del principio de igualdad de trato si se tiene en cuenta que, como observa acertadamente el Gobierno austriaco, en la mayoría de los casos los licitadores no tienen conocimiento de que sus competidores incurren en un motivo de exclusión.

22 — Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, aún no publicada en la Recopilación), apartado 81.

64. Así pues, considero que una norma de Derecho nacional según la cual un demandante carece de legitimación activa porque su oferta debería haber sido excluida por la entidad adjudicadora no hace, en la práctica, imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, siempre que el demandante haya podido manifestarse con anterioridad sobre la presunta causa de exclusión.

65. En cambio, si no se le ha concedido tal posibilidad de manifestarse, la decisión del órgano que conoce del recurso equivaldría, en realidad, a una decisión de exclusión sin posibilidad de recurso, lo cual sería contrario a la Directiva 89/665.

66. En consecuencia, propongo que se responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 no se opone a que se considere que un licitador no ha sido perjudicado por una supuesta infracción, que en el presente asunto es la decisión de la entidad adjudicadora de considerar mejor la oferta de un licitador competidor, si, aunque la oferta de dicho licitador no ha sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido forzosa-mente excluida por dicha entidad, siempre que el motivo de exclusión opuesto al licitador haya sido objeto de un procedimiento contradictorio.

## V. Conclusión

67. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo que se responda:

— a la primera cuestión prejudicial:

«El 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato público debe estar legitimada para instar un procedimiento de recurso, siempre que, además, dicha persona, se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la presunta infracción.»

— a la segunda cuestión prejudicial:

«El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, no se opone a que se considere que un licitador no ha sido perjudicado por una supuesta infracción, que en el presente asunto es la decisión de la entidad adjudicadora de considerar mejor la oferta de un licitador competidor, si, aunque la oferta de dicho licitador no ha sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido forzosamente excluida por dicha entidad, siempre que el motivo de exclusión opuesto al licitador haya sido objeto de un procedimiento contradictorio.»