

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 10 de octubre de 2002¹

I. Introducción

II. Marco jurídico

1. La petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt austriaco se refiere a la interpretación de determinados artículos de la Directiva 89/665/CEE² y de la Directiva 93/36/CEE.³ Particularmente va dirigida a que dilucide si el organismo que conoce de los recursos en materia de licitaciones puede apreciar de oficio, y con independencia de las alegaciones de las partes, hechos y circunstancias relevantes para apreciar la conformidad a Derecho del procedimiento de adjudicación. Además, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si tal decisión tomada de oficio puede tener consecuencias sobre la legitimación del demandante para ejercitar una acción de indemnización como consecuencia de irregularidades en la licitación. También se ha planteado una serie de cuestiones sobre la ilicitud de algunos criterios utilizados en el procedimiento de licitación controvertido en el litigio principal.

A. *El Derecho comunitario*

2. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por el artículo 41 de la Directiva 92/50, dispone:

«En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 72/62/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: neerlandés.

2 — 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 L 395, p. 33).

3 — Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

3. El artículo 2, apartados 1, 6 y 8, de la Directiva 89/665 dispone:

«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:

[...]

- 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 condiciones 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.

[...]

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el con-

trato 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.

[...]

8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado CE [actualmente artículo 234 CE] y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

(Criterios de selección cualitativa) del Título IV, reza como sigue:

«La capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad y la utilización de los productos que se vayan a suministrar:

a) una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados:

4. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 93/36, encuadrado en Capítulo I (Normas comunes de participación) del Título IV, dispone:

«Los contratos se adjudicarán con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo III del presente título, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 16, previa comprobación de la aptitud de los proveedores que no hayan sido excluidos en aplicación del artículo 20 efectuada por los poderes adjudicadores atendiendo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 22, 23 y 24.»

— si se trata de suministros con destino a organismos públicos, se probarán las entregas mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

— si se trata de suministros a particulares, las entregas deberán ser certificadas por el comprador o, a falta de éste, simplemente declaradas por el proveedor;

5. El artículo 23, apartado 1, de la Directiva 93/36, enmarcado en el Capítulo II [...]

d) en lo referente a los productos que se deban suministrar, mediante muestras, descripciones y/o fotografías de los mismos cuya autenticidad pueda certificarse a solicitud del poder adjudicador;

B. *El Derecho nacional*

7. Mediante la Bundesvergabe-gesetz⁴ (Ley Federal de adjudicaciones) se adaptó el Derecho interno tanto a la Directiva 93/36 como a la Directiva 89/665.

[...]

8. El artículo 113 de esta Ley establece:

6. Con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la Directiva 93/36, incluido dentro del Capítulo III (Criterios para la adjudicación de contratos) del Título IV, se aplica lo siguiente:

«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.

«Los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos serán:

2. El Bundesvergabeamt será competente hasta la fecha de la adjudicación, con el fin de remediar infracciones de esta Bundesgesetz y de sus reglamentos de desarrollo,

a) bien únicamente el precio más bajo;

1. para dictar medidas provisionales, así como

b) bien, en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica.»

2. para anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora.

4 — Bundesvergabe-gesetz 1997, BGBl. I, 56/1997.

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 o de los reglamentos promulgados para su desarrollo.

[...]»

9. El artículo 115, apartados 1 y 5, dispone:

«1. El empresario que alegue un interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Ley 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.

[...]

5. La demanda deberá contener:

1. la indicación exacta del correspondiente procedimiento de licitación y de la decisión recurrida,

[...]»

10. De conformidad con lo establecido en el artículo 2, apartado 2, letra c), punto 40a, de la Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Ley introductoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1991), al procedimiento administrativo del Bundesvergabeamt le es aplicable la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Ley general de Procedimiento Administrativo de 1991).

11. El artículo 39, apartados 1 y 2, de la Ley introductoria de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone:

«1. Las normas administrativas serán aplicables al procedimiento de instrucción.

2. Cuando las normas administrativas no contengan disposiciones a este respecto, la

autoridad administrativa deberá proceder de oficio y determinar, respetando las disposiciones contenidas en este capítulo, la tramitación del procedimiento de instrucción.

4.174.290 ATS netos, y la de otro licitador a 4.168.690 ATS, más IVA.

[...]

14. El pliego de condiciones disponía lo siguiente en el punto B.1 13 «Evaluación de las ofertas»:

III. Hechos del procedimiento principal y desarrollo del proceso

«B.1 13 Evaluación de las ofertas

12. El Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau (Centro de conservación y explotación de autopistas de St. Michael/Lungau) convocó el 2 de marzo de 2000, en nombre de la Österreichische Autobahnen-und Schnellstraßen AG [Sociedad Austriaca de Autopistas y Autovías], entidad adjudicadora, una licitación a nivel europeo en procedimiento abierto para el suministro de un «vehículo de motor especial: máquina de barrer para vías públicas nueva, operativa y homologada, destinada al centro de conservación y explotación de autopistas de Kalwang, en la autopista de Phyrn A9».

La oferta técnica y económicamente más ventajosa se determinará siguiendo el principio del mejor postor. Constituye un requisito fundamental que los vehículos ofrecidos cumplan con el pliego de condiciones.

La evaluación se efectuará del siguiente modo:

13. La apertura de plicas tuvo lugar el 25 de abril de 2000. Junto a otros cuatro licitadores, la recurrente en el litigio principal, GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GMBH (en lo sucesivo, «GAT»), representante general en Austria del fabricante alemán Bucher-Schörling, había presentado una oferta por el precio de 3.547.020 ATS, más IVA. La oferta de la empresa ÖAF & Steyr ascendía a

En la evaluación de las ofertas se tomará como referencia el mejor postor y la puntuación se calculará en relación con éste.

[...]

2) Otros criterios

Se adjudicará por otros criterios un máximo de 100 puntos, que en la evaluación global tendrá una ponderación del 20 %.

2.1 Lista de referencias de clientes de máquinas de barrer en el área comunitaria de los Alpes (referencias en lengua alemana) Ponderación: 20 puntos

Fórmula de evaluación

El número más elevado de clientes dividido entre el segundo número más elevado, multiplicado por 20 puntos»

15. El 16 de mayo de 2000, la entidad adjudicadora descartó la oferta de GAT, alegando que ésta no cumplía el pliego de condiciones, puesto que la máquina limpiadora de aceras sólo era utilizable hasta temperaturas de 0 grados, mientras que la licitación exigía una temperatura de funcionamiento de al menos 5 grados bajo cero. Además, a pesar de haber sido requerida para ello por la entidad adjudicadora, la recurrente no ofreció a ésta la posibilidad de inspeccionar la máquina en

un radio de 300 km de la sede de la entidad adjudicadora. Asimismo, la entidad adjudicadora puso en duda que el precio de la oferta de la recurrente fuese adecuado. Del mismo modo, a pesar de haber sido requerida para ello por la entidad adjudicadora, la recurrente no explicó suficientemente el procedimiento técnico para limpiar los reflectores de la máquina ofertada.

16. De conformidad con la propuesta de adjudicación de 31 de julio de 2000, mediante escrito de 23 de agosto de 2000 se adjudicó el contrato a la empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG. Los demás licitadores fueron informados mediante escrito de 12 de julio de 2000 de la designación del adjudicatario. Mediante escrito de 17 de julio de 2000 se comunicó a GAT la eliminación de su oferta. La identidad del adjudicatario y la cuantía de la adjudicación se hicieron públicas mediante escrito de 5 de octubre de 2000.

17. El 17 de noviembre de 2000, la recurrente solicitó que se declarase que el contrato objeto del procedimiento de licitación no se había adjudicado al mejor postor y manifestó que su oferta había quedado ilegalmente eliminada. Afirmaba que la descripción técnica de la limpieza de los reflectores, que acompañaba a su oferta, era suficiente para un experto. Además, había invitado a la entidad adjudicadora a inspeccionar la planta de fabricación del proveedor de la recurrente. GAT alegó asimismo que el criterio de adjudicación de la «Posibilidad ofrecida a la entidad adjudicadora de inspeccionar el objeto de la licitación en un radio de 300 km» establecido por dicha entidad es contrario a disposiciones comunitarias, pues cons-

tituye una discriminación indirecta. La entidad adjudicadora debería haber admitido todos los objetos de referencia situados en Europa. Asimismo, dicho criterio tan sólo se debería utilizar como criterio de adjudicación y no, como erróneamente hizo la entidad adjudicadora con posterioridad, como criterio de aptitud. También señaló que, si bien es cierto que el modelo de base de la máquina de barrer ofrecida por ella tan sólo era utilizable hasta los 0 grados, la entidad adjudicadora se había reservado la posibilidad de adquirir opciones. La opción ofrecida por la recurrente habría permitido una temperatura de utilización de hasta 5 grados bajo cero, como exigía el pliego de condiciones. Por último, su oferta no tenía un precio inadecuado. Antes al contrario, la recurrente pudo explicar suficientemente su mejor precio a la entidad adjudicadora.

IV. Cuestiones prejudiciales

18. Habida cuenta de que, según el Bundesvergabeamt, era necesaria una decisión del Tribunal de Justicia, mediante resolución de 11 de julio de 2001 planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1 a) ¿Cabe deducir del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665, de otra disposición de dicha Directiva o de cualquier otra disposición de Derecho comunitario, que a la autoridad competente para tramitar un procedimiento de recurso en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva, incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), por la que se desestima un recurso de un licitador dirigido indirectamente a obtener una indemnización, cuando el procedimiento de licitación adolezca ya de un vicio esencial, como consecuencia de una decisión de la entidad adjudicadora distinta de la impugnada por el licitador, porque el eventual perjuicio del licitador también se habría producido por otras razones, con independencia de la decisión recurrida?»
- 1 b) ¿Se opone el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, en relación eventualmente con cualesquiera otros principios de Derecho comunitario, a una decisión de la autoridad competente para tramitar un procedimiento de recurso en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva, incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), por la que se desestima un recurso de un licitador dirigido indirectamente a obtener una indemnización, cuando el procedimiento de licitación adolezca ya de un vicio esencial, como consecuencia de una decisión de la entidad adjudicadora distinta de la impugnada por el licitador, porque el eventual perjuicio del licitador también se habría producido por otras razones, con independencia de la decisión recurrida?»
- 2) En caso de respuesta negativa a la cuestión 1a: ¿Prohíben las disposiciones de la Directiva 93/36, y en parti-

cular lo dispuesto en sus artículos 15 a 26, que, en la tramitación de los procedimientos de licitación, la entidad pública adjudicadora no tenga en cuenta las referencias de los productos ofrecidos por los licitadores al comprobar la aptitud de estos, sino que los adopte como criterio de adjudicación, de modo que la evaluación desfavorable de dichas referencias no dé lugar a la exclusión del licitador del procedimiento de licitación, sino tan sólo a que obtenga un resultado peor, en un sistema de puntuación en el que, por ejemplo, la evaluación desfavorable de las referencias se pudiese compensar con un precio inferior?

- 3) En caso de respuesta negativa a las cuestiones 1a y 2: ¿Es compatible con las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, incluido el artículo 26 de la Directiva 93/36, con el principio de igualdad de trato y con las obligaciones internacionales de las Comunidades, un criterio de adjudicación según el cual las referencias de los productos se evalúan exclusivamente en función de su número, sin examinar si la experiencia de las entidades adjudicadoras con el producto ha sido positiva o negativa, y, además, sólo se tienen en cuenta las referencias procedentes del área comunitaria de los Alpes?

- 4) ¿Es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con el principio de igualdad de trato, un criterio de adjudicación con arreglo al cual tan

sólo cabe otorgar una evaluación positiva a la posibilidad de inspeccionar el objeto de la licitación en un radio de 300 km alrededor de la sede de la entidad adjudicadora?

- 5) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2 o negativa a las cuestiones 3 o 4: ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, en relación eventualmente con cualesquiera otros principios de Derecho comunitario, en el sentido de que si la infracción de la entidad adjudicadora consiste en la inclusión de un criterio de adjudicación ilegal, el licitador tan sólo tiene derecho a indemnización cuando se acredite de forma concreta que, sin el criterio ilegal de adjudicación, dicho licitador habría presentado la oferta más favorable?»

V. Apreciación

19. GAT, el Gobierno austriaco y la Comisión han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. Tanto la Comisión como el Gobierno austriaco han puesto en duda la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. A continuación, examinaré en primer lugar este aspecto.

A. Competencia del Bundesvergabeamt para plantear cuestiones prejudiciales

20. La Comisión duda de la admisibilidad de las cuestiones planteadas ya que las resoluciones del Bundesvergabeamt carecen de carácter jurisdiccional. Se remite a sus observaciones presentadas en el asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia C-314/01, Siemens y Arge. En dicho, asunto la Comisión señaló que el Bundesvergabeamt sí cumple los criterios de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero duda del carácter jurisdiccional de sus resoluciones. A este respecto, la Comisión se remite a la jurisprudencia en la que el Tribunal de Justicia declaró que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional. En particular, la Comisión se remite a los asuntos C-134/97, Victoria Film A/S,⁵ y C-178/99, Salzmann.⁶ La Comisión duda del carácter jurisdiccional de las resoluciones ya que, en su opinión, en el asunto C-314/00, el órgano jurisdiccional remitente había señalado que las resoluciones del Bundesvergabeamt en el sentido del artículo 113, apartado 2, segunda frase, de la BVergG no implican para la entidad adjudicadora una obligación susceptible de ejecución. En tales circunstancias, la Comisión no descarta que las resoluciones del Bundesvergabeamt no tengan las características propias de una decisión jurisdiccional.

B. Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

21. El Gobierno austriaco se inclina por la inadmisibilidad de las cuestiones 1a y 5. El Gobierno austriaco cree poder deducir de la resolución de remisión que estas cuestiones fueron planteadas en un procedimiento basado en el artículo 113, apartado 3, de la BVergG. Según el Gobierno austriaco, este procedimiento no es un procedimiento de recurso, en el sentido de la Directiva 89/665, sino un procedimiento declarativo. En este contexto, el Gobierno austriaco ilustró que el legislador utilizó la posibilidad de optar recogida en la segunda frase del apartado 6 del artículo 2 de la Directiva 89/665 estableciendo que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, sólo se puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios. El Gobierno austriaco aclara que el Bundesvergabeamt es competente para resolver los procedimientos de recurso en el sentido de la Directiva. Sin embargo, esta autoridad no tiene conferidos los poderes recogidos en el artículo 2, apartado 1, la letra c), de la Directiva 89/665. Con arreglo al artículo 113, apartado 3, tras la celebración del contrato, el Bundesvergabeamt debe limitarse a declarar si existe o no una infracción del procedimiento de licitación (véase la disposición similar del artículo 117, apartado 3, de la BVergG). La razón para atribuir esta misión al Bundesvergabeamt descansa en principios de economía procesal. En primer lugar, el Bundesvergabeamt, como experto en materia de licitaciones, es el organismo más adecuado. Además, de esta manera se pueden evitar eventuales divergencias jurisprudenciales, costes procesales innecesarios y una mayor duración de los procesos. Sin embargo, para conceder una indemnización de daños y perjuicios, son competentes los tribunales de lo civil. El procedimiento

5 — Sentencia de 12 de noviembre de 1998, Victoria Film A/S (C-134/97, Rec. p. I-7023), apartado 14.

6 — Sentencia de 14 de junio de 2001, Salzmann (C-178/99, Rec. p. I-4421), apartado 14.

declarativo ante el Bundesvergabeamt debe preceder a la eventual acción de indemnización ante el juez de lo civil, pues, de otro modo, de acuerdo con el artículo 125, apartado 2, de la BVergG, la reclamación es inadmisibile. Del mismo modo, este artículo establece que tanto las partes como el juez de lo civil están vinculados por la declaración del Bundesvergabeamt. Según el Gobierno austriaco, de lo anterior se desprende que el procedimiento declarativo no es un procedimiento en el sentido de la Directiva 89/665 y, por consiguiente, para la resolución en el procedimiento principal no es necesario responder a las cuestiones 1a y 5.

C. *Apreciación*

22. La Comisión no niega que este organismo reúna los criterios propios de un órgano jurisdiccional, tal y como han sido elaborados por la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, la Comisión se plantea si las resoluciones del Bundesvergabeamt desembocan en una decisión de carácter jurisdiccional. En cambio, el Gobierno austriaco limita la excepción de inadmisibilidad a las cuestiones prejudiciales 1a y 5. Según este Gobierno, el Bundesvergabeamt no necesita estas respuestas para pronunciarse. Después de todo, las cuestiones planteadas guardan relación con una serie de aspectos que no se encuadran dentro de la competencia de este organismo.

23. Abordaré la cuestión de la excepción, tal y como fue planteada por la Comisión. Seré breve al respecto. Es indiscutible que se trata de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE. El Tribunal de Justicia ya lo ha reconocido (implícitamente) en numerosas ocasiones.⁷ La cuestión de si las resoluciones del Bundesvergabeamt poseen las características propias de una decisión jurisdiccional ha sido recientemente tratada en las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo en el asunto C-411/00, Felix Swoboda.⁸ El Abogado General observó justificadamente que, efectivamente, una instancia puede adoptar decisiones de carácter jurisdiccional pese a que no disponga de la facultad de intimidación. A título ilustrativo, el Abogado General se remite a este Tribunal de Justicia que, con excepción de los procedimientos de urgencia, tampoco goza de tal competencia. Me adhiero a esta opinión. Como se observó en dichas conclusiones, si bien el Bundesvergabeamt no dispone de medios coactivos para imponer su decisión a la entidad adjudicadora, es competente para proceder a la declaración de nulidad y sus decisiones son vinculantes. En el asunto en el que el Abogado General Sr. Mischo presentó sus conclusiones, se trataba también de un caso en el que el Bundesvergabeamt ya no podía anular la decisión de la entidad adjudicadora dado que se había procedido a adjudicar la licitación y, de conformidad con la legislación austriaca, sólo queda la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios. En tales circunstancias, en virtud del

7 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73); de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357); de 24 de septiembre de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411); de 16 de septiembre de 1999, Fracasso und Leitschutz (C-27/98, Rec. p. I-5697); de 28 de octubre de 1998, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671); de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), y de 7 de diciembre de 2000, ARGÉ (C-94/99, Rec. p. I-11037).

8 — Conclusiones del Abogado General Sr. Mischo presentadas el 18 de abril de 2002, en el asunto Felix Swoboda, (C-411/00, aún no publicadas en la Recopilación).

artículo 113, apartado 3, de la BVergG, al Bundesvergabeamt sólo le queda competencia para determinar si la adjudicación se hizo o no al mejor postor. Una decisión de ese tipo no es trivial. En primer lugar, del artículo 125, apartado 2, de la BVergG se desprende que tal procedimiento ante el Bundesvergabeamt es necesario so pena de inadmisibilidad de la consiguiente acción de indemnización ante el juez de lo civil. En segundo lugar, la decisión adoptada por el Bundesvergabeamt es vinculante tanto para las partes como para el juez de lo civil. En consecuencia, me adhiero a la conclusión del Abogado General Sr. Mischo, según la cual el Bundesvergabeamt, como órgano jurisdiccional, es competente para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales.

24. A continuación, debe examinarse si son admisibles todas las cuestiones planteadas, aspecto puesto en duda por el Gobierno austriaco. La República de Austria sostiene que los procedimientos declarativos no son procedimientos de recurso en el sentido de la Directiva 89/665. No puedo compartir este razonamiento.

25. De la sistemática de la legislación austriaca se desprende que las competencias recogidas en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva están asignadas al Bundesvergabeamt y que la competencia recogida en el artículo 2, apartado 1, letra c), está conferida al juez de lo civil. Para hacer este reparto de competencias, el legislador austriaco hizo uso de lo establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Además, también hizo uso de la posibilidad prevista en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva. Con arreglo a esta disposición, los Estados miembros podrán

optar por limitar los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso a indemnizar daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción, si ya se ha celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación.

26. La Directiva obliga a los Estados miembros a prever los poderes necesarios relacionados con procedimientos de urgencia, procedimientos de anulación y procedimientos indemnizatorios. El hecho de que el legislador austriaco haya previsto, en su ordenamiento jurídico interno y dentro de los procedimientos indemnizatorios, un procedimiento de doble instancia (el denominado, por el Gobierno austriaco, procedimiento declarativo ante el Bundesvergabeamt y el procedimiento indemnizatorio ante el juez civil) no obsta a la competencia del Bundesvergabeamt para plantear cuestiones prejudiciales. Aún menos, dado que la decisión del Bundesvergabeamt vincula al juez civil. En consecuencia, los procesos están estrechamente vinculados. Sería contrario al efecto útil de la Directiva si, en el marco del denominado procedimiento declarativo, el Bundesvergabeamt no pudiera plantear cuestiones prejudiciales.

27. Después de todo, de la sistemática de la legislación austriaca se desprende que el Bundesvergabeamt declara si se cumplen los requisitos derivados de las directivas sobre contratación. Como he indicado, esta declaración produce efectos jurídicos ya que sirve de base para poder entablar una acción de indemnización ante el juez civil. Dado que las decisiones del Bundesvergabeamt surten efectos jurídicos, se pueden plantear efectivamente cuestiones prejudiciales en el marco del procedimiento declarativo, en el que además debe comprobarse

si se ha infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o bien las normas nacionales de adaptación al citado Derecho.

si la toma en consideración, de oficio, de circunstancias relevantes para un procedimiento de licitación es contraria a lo establecido en el artículo 2, apartado 8, de la Directiva o en otra disposición de la Directiva o del Derecho comunitario.

28. Por consiguiente, no comparto la posición del Gobierno austriaco de que la primera cuestión es irrelevante. Es este órgano el que, por excelencia, debe apreciar si hay una infracción. Le interesa saber si también puede considerarse de oficio aspectos no alegados por las partes. No es así en la quinta cuestión. Esta cuestión hace referencia a la pregunta acerca de las circunstancias en las que el licitador tendrá derecho a exigir una indemnización. Según el Derecho austriaco, ésta es una cuestión que tiene que resolver el juez civil. La cuestión de si realmente existe o no un derecho a indemnización debe ser resuelta por el juez nacional de conformidad con su legislación interna.

31. En la resolución de remisión, el Bundesvergabeamt aclara que, con arreglo al artículo 39, apartado 2, de la AVG, debe apreciar de oficio y, consiguientemente, debe comprobar la legalidad de otros criterios de adjudicación distintos del impugnado por la recurrente. En caso de demostrarse también la ilegalidad de tales criterios, ello podría conducir a la desestimación del recurso. El Bundesvergabeamt considera que esta consecuencia que se deriva de la redacción del artículo 113, apartado 3, de la BVergG, en relación con el principio de actuación de oficio en los procedimientos administrativos, en principio es compatible con el Derecho comunitario. Sin embargo, habida cuenta del espíritu de lo dispuesto en el artículo 113, apartado 3, de la BVergG, cabe dudar de si esta consecuencia también cumple con el principio de tutela efectiva.

29. Por consiguiente, concluyo afirmando que el Bundesvergabeamt austriaco es competente para plantear cuestiones prejudiciales y que procede acoger todas las cuestiones planteadas por este órgano, a excepción de la quinta cuestión.

32. Además, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en principio, no existen disposiciones del Derecho comunitario que se opongan a la apreciación de oficio, si bien no niega la existencia de cierta tensión entre el principio de actuación de oficio en procedimientos administrativos y en procedimientos contradictorios.

VI. Sobre el fondo

A. Sobre la cuestión 1a)

30. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide

33. No obstante, sobre la base del artículo 234 CE, párrafo tercero, el Bun-

desvergabeamt se ve obligado a plantear una serie de cuestiones al respecto. Motivo directo lo constituye la sentencia de 8 de marzo de 2001 del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional austriaco). Esta sentencia recogía una serie de cuestiones acerca de la compatibilidad de la actuación de oficio con el principio de contradicción del recurso, recogido en el artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665. El Tribunal Constitucional austriaco anuló una serie de resoluciones del Bundesvergabeamt dando como explicación que este órgano había apreciado de oficio aspectos ilegales en el procedimiento de licitación.

34. La Comisión señala que la Directiva no prevé que el desarrollo del procedimiento de recurso ante un organismo independiente en el sentido del artículo 2, apartado 8 de la Directiva 98/665 deba basarse, exclusivamente, en las alegaciones formuladas por las partes y que, por consiguiente, no quede descartada la posibilidad de que esta autoridad considere de oficio circunstancias relevantes siempre que respete el derecho a ser oído. También el Gobierno austriaco, remitiéndose a sus observaciones en el asunto *Primetzhofer*,⁹ opina que la apreciación de oficio no es contraria a la primera parte de la última frase del apartado 8, del artículo 2, de la Directiva.

35. Las observaciones de GAT, que se centran particularmente en las consecuen-

cias de la actuación de oficio, vienen a decir en realidad que es contrario a la Directiva considerar de oficio, en la apreciación, circunstancias no alegadas por las partes.

36. En primer lugar debe señalarse que el Bundesvergabeamt es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE. Con anterioridad, el Tribunal de Justicia aclaró que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 8, párrafo primero, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. Si se atribuye la competencia a órganos de naturaleza jurisdiccional o a un «organismo de base» que no posee dicha naturaleza, en cuyo caso deberá permanecer abierta la posibilidad de recurrir ante un órgano jurisdiccional o ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665.¹⁰ Habida cuenta de que el Bundesvergabeamt debe ser considerado un órgano de naturaleza jurisdiccional («primera opción»), esta disposición de garantía no es aplicable. Por consiguiente, son irrelevantes en el presente caso las alegaciones del Gobierno austriaco y de la Comisión, a saber, que la actuación de oficio no es contraria a la primera parte de la última frase, del apartado 8, del artículo 2, de la Directiva. Sin embargo, la cuestión sigue siendo relevante ya que el órgano jurisdiccional remitente también la plantea a la luz de su actuación como «órgano jurisdiccional». Además, el hecho de pronunciarse tras un procedimiento

9 — Entretanto, este asunto ha finalizado; véase el auto de 11 de julio de 2002 (C-464/00, aún no publicado en la Recopilación).

10 — Sentencia de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Altwanger (C-103/97, Rec. p. I-551, apartados 27 a 30). Véase también la sentencia de 4 de marzo de 1999, HI (C-258/97, Rec. p. I-1405, apartados 14 a 19).

contradictorio es uno de los factores que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta a la hora de valorar si se trata de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.

37. Por los motivos que se indican a continuación, considero que un procedimiento contradictorio no excluye la actuación de oficio del órgano jurisdiccional competente en un procedimiento administrativo. Un procedimiento contradictorio implica que cada parte pueda reaccionar ante las alegaciones presentadas por la otra parte, antes de que el organismo encargado de juzgar se pronuncie y, en caso de que este organismo incluya de oficio aspectos en la investigación, las partes deben poder reaccionar a ellos. Además, la Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que los procedimientos de recurso sean accesibles, efectivos y eficaces. Los Estados miembros son libres para determinar las modalidades de los mismos. Esto significa que pueden determinar que un juez incluya de oficio circunstancias relevantes para la apreciación. Hasta qué punto el Bundesvergabeamt está obligado a incluir de oficio todas las circunstancias relevantes, es decir, independientemente de las alegaciones presentadas por las partes, es una pregunta que será examinada en la cuestión siguiente. Por consiguiente, considero que la apreciación, de oficio e independiente de las alegaciones aducidas por las partes en el procedimiento de recurso, de circunstancias relevantes para el procedimiento de adjudicación no es contraria a la Directiva, siempre que garantice el objetivo pretendido por ésta, a saber, la protección jurídica efectiva.

B. Sobre la cuestión 1b)

38. Mediante la cuestión 1b, el Bundesvergabeamt solicita que se dilucide si el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva eventualmente en relación con cualesquiera otros principios de Derecho comunitario se opone a una decisión de la autoridad competente para tramitar procedimientos de recurso, que desestima un recurso de un licitador indirectamente dirigido a obtener una indemnización cuando el procedimiento de licitación adolezca ya de una ilegalidad esencial distinta de la impugnada por el licitador.

39. En la resolución de remisión el Bundesvergabeamt ha señalado que de los artículos 113, apartado 3, y 115, apartado 1, de la BVergG resulta que deberá examinar, en un procedimiento de recurso iniciado tras efectuarse la adjudicación, la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora impugnada por la recurrente, pero que sólo estimará tal recurso cuando la decisión ilícita impugnada haya dado lugar a que el contrato no se haya adjudicado al mejor postor en el sentido de la Ley. Por lo tanto, no cabe estimar el recurso cuando el procedimiento de licitación adolezca de una ilegalidad esencial como consecuencia de otra decisión de la entidad adjudicadora (posiblemente anterior en el tiempo) y dicha decisión de la entidad adjudicadora no haya sido impugnada por la recurrente. Lo anterior da lugar a que un licitador, que recurre la decisión de una entidad adjudicadora cuya ilegalidad conste, no puede ejercitar ninguna acción de indemnización porque otra decisión de la entidad adjudicadora, no recurrida, ya concluyó que el correspondiente procedimiento de licitación era ilegal. En tal

supuesto, el recurrente no ha sufrido un «daño» por la infracción recurrida, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, porque el daño, por ejemplo los gastos desembolsados para presentar una oferta que se vio frustrada, fue causado por otra infracción (anterior) de la entidad adjudicadora.

40. GAT opina que la señalada práctica jurídica del Bundesvergabeamt es contraria al principio de tutela efectiva exigido por el Derecho comunitario en materia de licitaciones. A este respecto, GAT se remite a la sentencia del Verfassungsgesichtshof que, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, llega a la conclusión de que el derecho a recurrir, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, debe interpretarse en sentido amplio y que este derecho corresponde a todo aquel que, por medio de la presentación de una oferta, manifestó su interés en participar en la licitación. GAT explica que el Verfassungsgesichtshof concluyó en dicha sentencia que, habida cuenta de la amplia protección jurídica de los candidatos y de los licitadores, es dudoso que sea compatible con el Derecho comunitario la interpretación del Bundesvergabeamt, a saber, que el recurso presentado por el licitador no es admisible ya que el procedimiento de licitación en cuestión adolece de algún vicio por otro motivo.

41. Para aclarar este punto, GAT ha señalado que, en el litigio principal, el Bundesvergabeamt la confrontó con su posición de

que, actuando correctamente, en realidad se debería haber anulado el procedimiento de licitación, puesto que el criterio de adjudicación referente a una relación de referencias no está permitido ni por el Derecho comunitario ni por el Derecho austriaco en materia de contratación pública. GAT observa que este criterio no es objeto del procedimiento por ella incoado. Sin embargo, según el Bundesvergabeamt la consecuencia es que GAT pierde su derecho a indemnización. Según GAT, tal práctica jurídica, en la que el Bundesvergabeamt constata de oficio la ilegalidad del procedimiento, puede ser lícita si se produce antes de la adjudicación del contrato. En tal caso, podrá abrirse una nueva licitación, de la que se hayan eliminado los criterios ilícitos. En tales circunstancias, el licitador no habrá sufrido ningún daño ya que podrá concursar de nuevo. Sin embargo, tras la adjudicación desaparece toda posibilidad de reparación. Además, los licitadores únicamente han evaluado su situación jurídica basándose en lo que realmente se ha producido en ese caso concreto. Por consiguiente, según GAT, el procedimiento de recurso debería basarse precisamente en esto.

42. GAT señala que con esta práctica del Bundesvergabeamt en realidad se responsabiliza a los licitadores del correcto desarrollo del procedimiento de licitación, mientras que, en caso de desarrollo ilegal del mismo, el adjudicador no tiene ninguna responsabilidad. No incumbe al licitador señalar todas y cada una de las infracciones que puede haber en un procedimiento de licitación. Después de todo, el derecho a recurrir está vinculado a sus derechos subjetivos, en particular, en caso de que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción del Derecho aplicable.

43. Tanto la Comisión como el Gobierno austriaco proponen que se responda afirmativamente a esta cuestión. La Comisión señala que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 establece que los procedimientos de recurso deben ser accesibles para todos aquellos que tienen interés en obtener un contrato público y que se hayan visto o puedan verse perjudicados por una presunta infracción. Respecto al alcance de los procedimientos de recurso contra decisiones de las entidades adjudicadoras, la Comisión se remite a las conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano presentadas en el asunto 92/00.¹¹ Según la Comisión, las consideraciones expuestas en dichas conclusiones no sólo son válidas para los procedimientos contra decisiones tomadas por entidades adjudicadoras, sino también para las acciones de indemnización ejercitadas al amparo del artículo 2, apartado 1, letra c), tanto más porque la Directiva tampoco prevé la posibilidad de limitar tales acciones.

44. El Gobierno austriaco señala que una respuesta negativa a esta cuestión tiene como consecuencia que, a pesar de la justificación de la petición, el recurso interpuesto contra las decisiones de las entidades adjudicadoras deba ser rechazado ya que los daños sufridos por el demandante habrían sido provocados por una serie de irregularidades en el procedimiento de licitación distintas de las alegadas por él. Por tanto, en un procedimiento de licitación, el demandante, para poder hacer valer su derecho, estaría obligado a denunciar sistemáticamente todo tipo de irregularidades acaecidas durante el procedimiento. Esta interpretación podría ser

contraria a la Directiva 89/665 que exige justamente una actuación efectiva y eficaz contra cualquier supuesta infracción alegada por el demandante. El rechazo de un recurso justificado podría calificarse de denegación de justicia. Por otro lado, el Gobierno austriaco advierte que, dado que la Directiva no contiene ninguna norma explícita al respecto, también puede alegarse que se debe responder a la cuestión únicamente sobre la base de la legislación nacional.

45. En numerosas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha recordado que la finalidad de la Directiva 89/665 es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario para garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos. Por este motivo, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posibles. Se trata de la posibilidad de recurrir las decisiones de las entidades adjudicadoras sin restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.¹² Tal tenor de la Directiva se opone a una interpretación y aplicación de la misma que conduzca, de manera directa o indirecta, a limitar las posibilidades del licitador para recurrir tales decisiones. En mi opinión, esto también es aplicable a las acciones de indemnización. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva dispone que los procedimientos de recurso (incluidos los procedimientos de indemnización) sean accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en la adjudicación de un determinado contrato público y que se haya

11 — Véanse los puntos 23 y 24 de las conclusiones que precedieron a la sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553).

12 — Sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria (C-81/98, citada en la nota 7 *supra*); véase también la sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, citada en la nota 11 *supra*).

visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. La Directiva no contiene ningún precepto que prevea la posibilidad de restringir esto. Al contrario, la única posibilidad que tienen los Estados miembros, tras la celebración del contrato de adjudicación, es limitar los procedimientos a acciones de indemnización que todavía deberán estar abiertas a «todos aquellos que se hayan visto perjudicados por una presunta infracción». La posibilidad de limitar este derecho del licitador interesado no se desprende ni del artículo 1, apartado 3, ni del artículo 2, apartado 6.

46. La práctica esbozada por el órgano jurisdiccional remitente conduce a que los licitadores perjudicados por una infracción ocasionada por las entidades adjudicadoras no puedan exigir una indemnización. Después de todo, el licitador que considere que no se le ha adjudicado injustificadamente un contrato no tiene por qué saber que en la fase de selección de los licitadores ya se empleó un criterio ilegal, prescindiendo incluso del hecho de que él mismo cumple este requisito ilegal y, en consecuencia, no experimentó ningún daño. Es decir, si se le hubiera excluido en dicha fase debido al empleo de un criterio ilegal, en ese momento habría tenido la posibilidad de actuar.

47. Sería contrario al tenor del Derecho comunitario en materia de adjudicaciones que la verificación de oficio del Bundesvergabeamt condujera a que una actuación ilegal que afecta a un licitador no fuera motivo justificativo para ejercitar una acción de indemnización. Esto es aplicable

tanto más porque, tras su celebración, el contrato de adjudicación no puede ser impugnado.

C. Sobre la segunda cuestión

48. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si la Directiva 93/36 se opone a que se tome como criterio de adjudicación una relación de referencias sobre los productos ofrecidos por los licitadores.

49. De la resolución de remisión se desprende que la entidad adjudicadora atribuye a esa relación una serie de puntos sin tener en cuenta las experiencias de los clientes en cuestión con el producto. Además la lista ha de guardar relación con los licitadores en la zona comunitaria de los Alpes, a la que se refiere, parcialmente, la siguiente cuestión. La presente cuestión plantea si esta lista de referencias puede desempeñar un papel en la adjudicación, en vez de servir de criterio cualitativo de selección.

50. En esencia, tanto la Comisión como el Gobierno austriaco señalan que en el presente asunto más que tratarse de un criterio de adjudicación se trata de un criterio de aptitud y que es contrario a la sistemática de la Directiva 93/36 no apre-

ciar una lista de referencias sobre los productos ofrecidos por el licitador dentro del marco de la aptitud del licitador, sino en relación con la adjudicación.

51. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia ha diferenciado rigurosamente entre criterios de aptitud («selección del licitador»), por una parte, y criterios de adjudicación («selección de la oferta»), por otra.¹³ Ambas son dos actividades aisladas dentro de un procedimiento de adjudicación y están sometidas a reglas individuales. La selección del licitador se realiza sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica. Los artículos 22, 23 y 24 de la Directiva 93/36 no establecen de una manera limitativa por medio de qué referencias o pruebas puede demostrarse la capacidad económica y técnica de los licitadores. Según el artículo 23 de la Directiva, la capacidad técnica puede acreditarse mediante una relación de las principales entregas efectuadas. Para proceder a la adjudicación de contratos puede realizarse una selección, bien basándose en el precio más bajo, o bien en la oferta económicamente más ventajosa. El artículo 26, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36 menciona varios ejemplos de semejantes criterios. Si bien esta enumeración no es exhaustiva y deja a la entidad adjudicadora la elección de otros criterios de adjudicación del contrato, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a

identificar la oferta más ventajosa económicamente.¹⁴ De la resolución de remisión se desprende que la lista de referencias se emplea en el presente caso como criterio de adjudicación. Como han señalado la Comisión y el Gobierno austriaco, una lista de referencias a la que se atribuye una serie de puntos, sin tener en cuenta la experiencia de los anteriores adjudicadores con el producto, sí es apropiada como criterio cualitativo de selección, pero no como criterio de adjudicación. Por consiguiente, me adhiero a esta postura. La lista de referencias en cuestión puede proporcionar información acerca de la experiencia y la capacidad técnica del licitador, pero no es un criterio apropiado para determinar el mejor postor. Después de todo, esta lista no aporta ningún dato acerca de las prestaciones realizadas, el servicio, los costes u otros criterios aptos para determinar qué oferta es la económicamente más ventajosa para el adjudicador.

52. De lo anterior se deduce que es incompatible con lo establecido en el artículo 26 de la Directiva 93/36 el criterio de adjudicación consistente en poder presentar una lista de referencias. A mayor abundamiento, observo que de la resolución de remisión no se desprende qué referencias tuvieron que presentar los licitadores para corroborar su capacidad técnica. Por consiguiente, el dato relativo a que este requisito no puede conformar un criterio de

13 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635). Este asunto versaba sobre la Directiva 71/305/CEE; la Directiva 93/36 tiene una sistemática similar.

14 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725), y de 20 de septiembre de 1988 (31/87, citada en la nota 13 *supra*).

adjudicación, no implica automáticamente que conforme un criterio válido de aptitud del licitador.

D. Sobre la tercera cuestión

53. Esta cuestión es la prolongación de la anterior. Hablando estrictamente, no es necesario abordar esta cuestión, habida cuenta de que ha sido planteada para el caso de que se responda negativamente a las cuestiones 1a y 2. De la apreciación de la cuestión anterior se deduce que el empleo de una lista, de la cual no puede extraerse como tal ningún dato decisivo para apreciar la oferta económicamente más ventajosa, no puede servir de criterio de adjudicación. Por consiguiente, abordaré en concreto la cuestión de si sólo tener en cuenta las referencias procedentes del área comunitaria de los Alpes es compatible con el Derecho comunitario.

54. Según la Comisión, la apreciación exclusiva de las referencias procedentes del área comunitaria de los Alpes puede constituir un criterio de aptitud discriminatorio. El Gobierno austriaco se adhiere a esta opinión.

55. Comparto plenamente esta postura. De la apreciación de la cuestión anterior se

desprende que la entidad adjudicadora sólo puede aplicar criterios de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa y que el empleo de una lista de referencias no es un criterio adecuado a tal efecto. Más aún si dichas referencias de clientes proceden exclusivamente del área comunitaria de los Alpes. Independientemente de si la lista de referencias debe calificarse de criterio de adjudicación o de criterio cualitativo de selección, es a todas luces un criterio discriminatorio. Como también ha señalado el Gobierno austriaco, es posible hacer una comparación entre experiencias con el producto en otras zonas montañosas con características climatológicas y topográficas similares. Por tanto, es posible que un licitador no cumpla los requisitos necesarios ya que gran parte de su clientela se encuentra en el área suiza de los Alpes o, por ejemplo, en los Pirineos. Se podría objetar que esto es aplicable independientemente de que los licitadores posean la nacionalidad austriaca, la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o del EEE o la nacionalidad de un Estado con el que se haya celebrado un convenio internacional. Sin embargo, en la práctica, el requisito de que la lista de clientes sólo pueda guardar relación con el área comunitaria de los Alpes, de hecho, con la zona de los Alpes austriacos y la pequeña zona de los Alpes italianos y franceses, conducirá a situar en una posición ventajosa a las empresas establecidas en Austria.

56. Por consiguiente, concluyo que tomar criterios que implican limitaciones geográficas tiene como consecuencia que el círculo

de licitadores se vea restringido por criterios geográficos y que, por tanto, tal criterio, por su naturaleza, es discriminatorio en relación con candidatos potenciales que no puedan cumplir con dicho criterio geográfico.

E. Sobre la cuarta cuestión

57. Esta cuestión se refiere al criterio de adjudicación en virtud del cual sólo es posible una apreciación favorable en caso que el objeto de la licitación pueda ser inspeccionado en un radio de 300 km de la sede de la entidad adjudicadora. A este respecto, la Comisión ha señalado que, en virtud del artículo 23, apartado 1, letra d), de la Directiva 93/36, la entidad adjudicadora puede exigir como prueba de aptitud: muestras, descripciones y/o fotografías de los productos que se deban suministrar. En consecuencia, el requisito relativo a la posibilidad de inspección en un radio de 300 km sería un criterio de aptitud. También el Gobierno austriaco ha alegado que se trata de un criterio de aptitud y no de un criterio de adjudicación. Además, tal criterio es discriminatorio, según el Gobierno austriaco, ya que favorece a los licitadores situados en las proximidades de la entidad adjudicadora, por lo general, procedentes del Estado miembro de que se trata o establecidos en las fronteras vecinas.

58. A este respecto, GAT ha señalado que el artículo 60 de la BVergG establece cómo puede demostrarse la capacidad técnica.

Generalmente se realiza mediante certificados, fotografías y muestras. Sólo en casos excepcionales, la BVergG permite el control directo, es decir, en los casos en que los productos sean de naturaleza compleja (artículo 60, apartado 2, de la BVergG). De esta disposición también se desprende que el requisito de inspección no debe formularse de manera que los objetos de referencia deban encontrarse en las proximidades de la entidad adjudicadora. Un requisito de tal índole sería contrario a la finalidad de la legislación comunitaria en materia de licitaciones ya que limita las posibilidades de los fabricantes y distribuidores de otros Estados miembros de participar en estos procedimientos. Por este motivo, el artículo 60, apartado 2, de la BVergG determina que la propia entidad adjudicadora puede proceder a la inspección o bien otra entidad, en su nombre, competente en el estado de origen del licitador. Conforme a lo establecido en la BVergG, si la complejidad de los productos exige una inspección directa, la entidad adjudicadora debe admitir como referencia para apreciar la capacidad técnica todos los productos que se encuentren dentro de Europa. Además, GAT añade al respecto que no existe una disposición análoga para apreciar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, la opinión reinante en la República de Austria es que, para apreciar en el procedimiento de adjudicación la oferta económicamente más ventajosa, puede atenderse a la inspección o a una prueba equivalente en caso de que las particularidades del objeto de licitación así lo requirieran. GAT alega que no hay motivo para hacer una distinción en caso de que la posibilidad de inspección se exija como criterio aptitud o como criterio de adjudicación. La competencia de una entidad adjudicadora para exigir la inspección cerca del lugar de su sede constituye una discriminación encubierta ya que, por lo general, sólo empresas austriacas pueden cumplir tal exigencia. Esto sólo sería dis-

tinto si se tratara de productos en serie o de pequeño tamaño, en cuyo caso el envío de una muestra es, por lo general, suficiente. Sin embargo, el presente asunto versa sobre la producción específica de un ejemplar cuyo transporte implica generalmente unos costes muy elevados. En tal caso, prevalecería el interés del fabricante y la entidad adjudicadora no podría exigir que la inspección se llevara a cabo exclusivamente en las cercanías de su sede.

59. Como se ha dicho al responder a las cuestiones anteriores, para la aplicación del criterio de «la oferta económicamente más ventajosa» como criterio de adjudicación, sólo pueden apreciarse criterios que sirvan para la determinación del mismo. No veo cómo podría contribuir a ello el criterio de la «posibilidad de inspeccionar el objeto en un radio de 300 km». Por consiguiente, es más un criterio de aptitud que de adjudicación. Sin embargo, incluso en tal caso, dicho criterio es inadmisibile, ya que un radio de 300 km constituye una restricción real. En efecto, beneficia a los licitadores cuyos clientes y/o la sede de la empresa se encuentren en las proximidades de la entidad adjudicadora y que suelen tener la misma nacionalidad que la entidad adjudicadora. Por este motivo es discriminatorio con respecto al país de procedencia de las mercancías y/o servicios en cuestión y con respecto a la nacionalidad de los suministradores. Independientemente de este aspecto, no veo la necesidad de limitar a un radio de 300 km del lugar de la licitación la posibilidad de inspeccionar *in situ* el objeto de la licitación. Como también ha señalado GAT, existen alternativas en caso de que se desee inspeccionar el objeto *in situ*.

F. Sobre la quinta cuestión

60. En el punto 29 *supra* he concluido que esta cuestión es inadmisibile ya que, tras la adjudicación del contrato, el Bundesvergabeamt sólo es competente para comprobar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación y si el contrato no se ha adjudicado al mejor postor, pero no es competente para conceder indemnizaciones. Procederé a examinar esta cuestión por si el Tribunal de Justicia no siguiera mi postura.

61. El punto de partida es que se trata de una infracción y que esta infracción consiste en tomar en consideración un criterio de adjudicación ilícito. Entonces surge la cuestión de si el licitador sólo tiene derecho a indemnización cuando se acredite de forma concreta que, sin el criterio ilegal de adjudicación, el licitador habría sido el mejor postor.

62. Como aclaración a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente señaló que el Derecho comunitario no regula expresamente en qué circunstancias hay que considerar que un licitador resulta concretamente desfavorecido por la violación del Derecho en que ha incurrido la entidad adjudicadora. El órgano jurisdiccional observa que en la práctica suele ser difícil demostrar cuál habría sido la oferta del licitador si no hubiera existido dicho criterio ilegal. Por otra parte, en la práctica se realiza mejor el examen de infracciones en las licitaciones si se considera que los licitadores pueden resultar perjudicados

por cualquier criterio de adjudicación ilegal que pueda ser relevante para el contenido de sus ofertas.

63. El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 trata de la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción. Una disposición similar aparece en el artículo 2, apartado 1, letra d), de la Directiva 92/13.¹⁵ La Comisión señala justificadamente que en contraposición a esta última Directiva, que establece que cuando una persona interponga una demanda de indemnización de daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá al demandante que pruebe que ha habido violación del Derecho en materia de formalización de contratos y que habría tenido una posibilidad real de obtener el contrato,¹⁶ la Directiva 89/665 no contiene una disposición similar. Observo al margen que esta Directiva no establece ningún precepto para los supuestos en los que se reclame una indemnización en concepto de otros gastos.

64. Al no existir en la Directiva una norma al respecto, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia,¹⁷ esta cuestión está regulada por el Derecho nacional,

15 — 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 L 76, p. 14).

16 — Véase el artículo 2, apartado 7, de la Directiva 92/13.

17 — Véase la reciente sentencia de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, aún no publicada en la Recopilación) y la jurisprudencia allí citada.

teniendo en cuenta los principios generales del Derecho comunitario, entre los que se encuentran el principio de equivalencia y el principio de efectividad. De esto se desprende que la acción de indemnización se encuentra supeditada a los requisitos materiales y formales que la legislación austriaca establece al respecto. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, estos requisitos no deben ser menos favorables que los de los recursos nacionales similares (principio del que parte la propia Directiva) ni pueden ser de naturaleza tal que en la práctica resulte imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

65. Observo al respecto que reconocer al licitador el derecho a una indemnización sólo en caso de que pueda demostrar realmente que sin el criterio ilegal de adjudicación habría obtenido el contrato, puede conducir a que el ejercicio de esos derechos en la práctica resulte imposible o sumamente restringido.

66. En el supuesto de que queden sin resarcir los gastos en que incurrió en vano el licitador para participar en un procedimiento de licitación irregular, los potenciales candidatos podrían negarse a participar en un procedimiento de adjudicación. Considero que esto es contrario a la finalidad de las Directivas en materia de licitaciones y contrario también al tenor de la Directiva 89/665 que persigue, precisamente, reforzar las posibilidades de recurso contra las infracciones de dichas Directivas. De esto

último, concluyo que el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva no puede interpretarse de una manera tan estricta que un licitador sólo tenga derecho a indemnización si puede demostrar que sin el criterio ilegal de adjudicación habría obtenido el contrato. Es cierto que el

alcance del derecho a indemnización está regulado, en principio, por el Derecho nacional, pero la aplicación de este derecho no puede conducir a que se imposibilite de hecho o lesione gravemente el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

VII. Conclusión

67. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesvergabeamt del siguiente modo:

- «1 a) 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, no se opone a que la autoridad competente para tramitar procedimientos de recurso en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva, incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), pueda apreciar, de oficio y con independencia de las alegaciones de las partes del procedimiento de recurso, aquellas circunstancias jurídicamente relevantes.
- 1 b) El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665/CEE se opone a que la autoridad competente para tramitar procedimientos de recurso, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), desestime un recurso de un licitador indirectamente dirigido a obtener una indemnización, porque el procedimiento de licitación adolecía ya de una ilegalidad esencial debido a defectos distintos de los impugnados por la recurrente.

- 2) Las disposiciones de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíben que la entidad pública adjudicadora tenga en cuenta, como criterio de adjudicación, en la tramitación de un procedimiento de licitación, las referencias sobre los productos ofrecidos por los licitadores.

- 3) Un criterio de referencia según el cual las referencias de los productos se evalúen exclusivamente en función del número de referencias sin examinar si la experiencia de las entidades adjudicadoras con el producto han sido positivas o negativas, no es un criterio de adjudicación en el sentido del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE. Además, la consideración exclusiva de las referencias procedentes del área comunitaria de los Alpes da lugar a una discriminación por razón de la procedencia de las mercancías y servicios en cuestión, prohibida por el Tratado.

- 4) Un criterio, según el cual sólo se toma en consideración a los interesados si el objeto de la licitación se puede inspeccionar en un radio de 300 km del lugar de licitación, no es un criterio de adjudicación. Además, este criterio es discriminador y, por consiguiente, ilícito.

- 5) Del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 no se desprende que el licitador sólo tiene derecho a indemnización cuando pueda demostrar realmente que, sin el criterio ilegal de adjudicación, habría presentado la oferta más favorable.»