

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)
de 3 de marzo de 2005 *

En los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État (Bélgica), mediante resoluciones de 27 de diciembre de 2002, recibidas en el Tribunal de Justicia, respectivamente, el 29 y el 22 de enero de 2003, en los procedimientos entre

Fabricom SA

y

État belge,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. C. Gulmann y J.-P. Puissochet, la Sra. N. Colneric y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;

Secretario: Sr. R. Grass;

* Lengua de procedimiento: francés.

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Fabricom SA, por M^{es} J. Vanden Eynde y J.-M. Wolter, avocats;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. T. Pynnä, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. K Wiedner y B. Stromsky, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 11 de noviembre de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

¹ Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de 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 (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»), en particular de su artículo 3, apartado 2, 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 (DO L 199, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 97/52 (en lo sucesivo, «Directiva 93/36»), en particular de su artículo 5, apartado 7, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), en su versión modificada por la Directiva 97/52 (en lo sucesivo, «Directiva 93/37»), en particular de su artículo 6, apartado 6, así como de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DO L 101, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 93/38»), en particular de su artículo 4, apartado 2, en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el derecho de propiedad. Las mismas peticiones se refieren, además, a la interpretación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en particular de sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, así como de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14), en particular de sus artículos 1 y 2.

- 2 Dichas cuestiones se suscitaron en el curso de sendos litigios entre Fabricom SA (en lo sucesivo, «Fabricom») y el Estado belga, respecto a la legalidad de disposiciones nacionales que, en determinadas circunstancias, prohíben que una persona que se haya encargado de trabajos preparatorios en el marco de un contrato público o una empresa vinculada a ésta participe en dicho contrato.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 El artículo VI, apartado 4, del Acuerdo sobre contratación pública, anejo a la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1; en lo sucesivo, «Acuerdo sobre contratación pública»), dispone:

«Las entidades no recabarán ni aceptarán de una empresa que pueda tener un interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones respecto de un contrato determinado, de forma tal que su efecto sea excluir la competencia.»

- 4 A tenor del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50:

«Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.»

- 5 El artículo 5, apartado 7, de la Directiva 93/36 establece:

«Los poderes adjudicadores velarán por que no exista discriminación entre los distintos proveedores.»

6 El artículo 6, apartado 6, de la Directiva 93/37 dispone:

«Los poderes adjudicadores velarán por que no exista discriminación entre los distintos contratistas.»

7 Con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/38:

«Las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación.»

8 El décimo considerando de la Directiva 97/52, cuya redacción reproduce en términos sustancialmente idénticos el decimotercer considerando de la Directiva 98/4, precisa:

«[...] los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar asesoramiento que pueda ser utilizado para el establecimiento de las especificaciones correspondientes a un contrato determinado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia.»

9 El artículo 2 de la Directiva 89/665 prevé:

«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 los poderes adjudicadores;

[...]»

10 A tenor del artículo 1 de la Directiva 92/13:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, especialmente, en el apartado 8 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan violado el Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho en lo que se refiere:

- a) a los procedimientos de formalización de contratos que entren en el ámbito de la Directiva 90/531/CEE;

y

- b) al respeto de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de dicha Directiva, en el caso de las entidades contratantes sujetas a esta disposición.

2. Los Estados miembros velarán para que, entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de formalización de contrato, no se produzcan discriminaciones a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

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 y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta violación. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente a la entidad contratante de la presunta violación y de su intención de interponer recurso.»

11 El artículo 2 de la Directiva 92/13 establece:

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

o bien

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

Y

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

o bien

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

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

[...]»

Normativa nacional

- 12 El artículo 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996 relativo a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y a la adjudicación de obras públicas (*Moniteur belge* de 9 de abril de 1999, p. 11690; en lo sucesivo, «Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996») dispone:

«[...]

1. No se admitirá la presentación de una solicitud de participación ni la formulación de una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios por las personas que se hayan encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios.

2. No se admitirá que una empresa vinculada a las personas contempladas en el apartado 1 presente una solicitud de participación o formule una oferta, salvo cuando acredite que no se beneficia por ese motivo de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de competencia.

A efectos del presente artículo, se entenderá por “empresa vinculada” cualquier empresa sobre la que la persona mencionada en el apartado 1 puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante sobre dicha persona o que, como ella, esté sujeta a una influencia dominante de otra empresa en razón de la propiedad, la participación

financiera o las normas que la rigen. La influencia dominante se presumirá cuando una empresa, directa o indirectamente, con respecto a otra empresa:

- 1º posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, o
- 2º disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o
- 3º pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Antes de excluir eventualmente a una empresa por razón de la ventaja injustificada de la que presuntamente se beneficia, la entidad adjudicadora deberá requerir, por correo certificado, a tal empresa para que, en el plazo de doce días naturales, salvo cuando, según el asunto de que se trate, se autorice en el requerimiento un plazo más largo, facilite justificaciones relativas, en particular, a tales vínculos, a su grado de independencia y a cualquier circunstancia que permita considerar que la influencia dominante no está acreditada o que ésta no afecta al contrato de que se trata.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán:

- 1º a los contratos públicos que incluyan al mismo tiempo el diseño de un proyecto y su ejecución;
- 2º a los contratos públicos celebrados mediante procedimiento negociado sin publicidad en el momento de inicio del procedimiento, con arreglo al artículo 17, apartado 2, de la Ley.»

- 13 El artículo 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 relativo a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*Moniteur belge* de 28 de abril de 1999, p. 14144; en lo sucesivo, «Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996»), está redactado en términos sustancialmente análogos a los del artículo 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

- 14 Fabricom es una empresa dedicada a las obras que presenta con frecuencia proposiciones relativas a contratos públicos, en particular en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Asunto C-21/03

- 15 Mediante recurso interpuesto el 25 de junio de 1999 ante el Conseil d'État, Fabricom solicitó la anulación del artículo 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996.
- 16 Fabricom alega que esta disposición es contraria al principio de igualdad de trato de todos los licitadores, al principio de efectividad de los recursos jurisdiccionales, garantizado por la Directiva 92/13, al principio de proporcionalidad, a la libertad de comercio y de industria y al respeto al derecho de propiedad, garantizado por el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

- 17 El Estado belga rechaza tales afirmaciones.
- 18 Respecto al artículo 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996, el Conseil d'État señala que, de acuerdo con el tenor literal del preámbulo del mencionado Real Decreto de 25 de marzo de 1999 y del informe al Rey que figura antes de éste, esta disposición tiene por objeto impedir que una persona que aspire a la adjudicación de un contrato público se beneficie de una ventaja, contraria a la libre competencia, derivada de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a dicho contrato.
- 19 Según el Conseil d'État, esta disposición prohíbe, de modo general e indiscriminado, la participación en el contrato o la formulación de ofertas por la persona que se haya encargado de esta investigación, experimentación, estudio o desarrollo y, en consecuencia, de la empresa que se considera vinculada a dicha persona. La norma no concede a esta persona, a diferencia de lo que se dispone respecto a la empresa vinculada, ninguna posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, no ha obtenido, en virtud de cualquiera de estas operaciones, una ventaja que pueda quebrar la igualdad entre los licitadores. En la norma no se obliga expresamente a la entidad adjudicadora a pronunciarse en un plazo determinado sobre las justificaciones facilitadas por la empresa vinculada para demostrar que la influencia dominante no está acreditada o que ésta no afecta al contrato de que se trata.
- 20 Por considerar que la solución del litigio del que conoce exige la interpretación de determinadas disposiciones de las directivas en materia de contratos públicos, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Constituyen la Directiva 93/38[...], en particular su artículo 4, apartado 2, y la Directiva 98/4[...], en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el respeto del derecho de propiedad, garantizado

especialmente en el Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, un impedimento para que se prohíba presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia?

- 2) ¿Sería diferente la respuesta a la cuestión anterior si las Directivas antes citadas, en relación con el principio, la libertad y el derecho mencionados, se interpretaran en el sentido de que se refieren únicamente a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso?

- 3) ¿Puede interpretarse la Directiva 92/13[...], en particular sus artículos 1 y 2, en el sentido de que la entidad adjudicadora puede, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios, la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia?»

Asunto C-34/03

- 21 Mediante recurso interpuesto el 8 de junio de 1999 ante el Conseil d'État, Fabricom solicitó la anulación del artículo 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996.

- 22 Las alegaciones de Fabricom son esencialmente las mismas que las invocadas en el asunto C-21/03. La información proporcionada por el Conseil d'État sobre el mencionado artículo 32 es idéntica a la aportada en el asunto C-21/03 relativa al artículo 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996.
- 23 Dadas la circunstancias, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Constituyen la Directiva 92/50[...], en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36[...], en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37 [...], en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 97/52[...], en particular sus artículos 2, apartado 1, letra b), y 3, apartado 1, letra b), en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el respeto del derecho de propiedad, garantizado especialmente por el Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, un impedimento para que se prohíba presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia?
- 2) ¿Sería diferente la respuesta a la cuestión anterior si las Directivas antes citadas, en relación con el principio, la libertad y el derecho mencionados, se interpretaran en el sentido de que se refieren únicamente a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso?
- 3) ¿Puede interpretarse la Directiva 89/665[...], en particular sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, en el sentido de que la entidad adjudicadora puede,

hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios, la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia?»

- 24 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2003, se decidió la acumulación de los asuntos C-21/03 y C-34/03 a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03

- 25 Mediante la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si las disposiciones de Derecho comunitario a las que hace referencia constituyen un impedimento para la aplicación de una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996, de acuerdo con la cual se prohíbe participar o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia (en lo sucesivo, «norma controvertida en el litigio principal»).

- 26 A este respecto, procede recordar que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita).
- 27 Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencias de 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*, C-434/02, Rec. p. I-11825, apartado 68 y la jurisprudencia que allí se cita, y *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, apartado 70 y la jurisprudencia que allí se cita).
- 28 Ahora bien, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios») no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos.
- 29 En efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54).

- 30 Por otra parte, dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que, tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, si licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores.
- 31 Por tanto, teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado determinados trabajos preparatorios podría hallarse en tal situación, no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador.
- 32 Sin embargo, Fabricom, al igual que los Gobiernos austriaco y finlandés, alega esencialmente que la diferencia de trato establecida por una norma como la controvertida en el litigio principal y que prohíbe en cualquier circunstancia a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios participar en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate carece de justificación objetiva. En efecto, una prohibición de este tipo resulta desproporcionada. En su opinión, la igualdad de trato entre todos los licitadores queda igualmente garantizada a través de un procedimiento que permita evaluar, en cada caso concreto, si el hecho de realizar determinados trabajos preparatorios proporciona a la persona que los haya llevado a cabo una ventaja competitiva sobre los demás licitadores. Una medida de este carácter es menos restrictiva para la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios.
- 33 Procede destacar, a este respecto, que una norma como la controvertida en el litigio principal no concede a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, no se plantean los problemas expuestos en los apartados 29 y 30 de la presente sentencia.
- 34 Pues bien, esta norma va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores.

- 35 En efecto, la aplicación de la mencionada norma puede llevar a excluir del procedimiento de adjudicación a personas que hayan realizado determinados trabajos preparatorios aun cuando su participación en dicho procedimiento no implique riesgo alguno para la competencia entre los licitadores.
- 36 En tales circunstancias, procede responder a la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03 que la Directiva 92/50, en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36, en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37, en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 93/38, en particular su artículo 4, apartado 2, se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

Sobre la segunda cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03

- 37 Mediante la segunda cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la respuesta a la primera cuestión sería diferente si las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38, en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el derecho de propiedad, se interpretaran en el sentido de que se refieren únicamente a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso.

- 38 Es necesario destacar que esta cuestión parte de una hipótesis inadmisibile.
- 39 En efecto, en las mencionadas Directivas no hay ningún elemento que permita interpretar que éstas se refieren únicamente, en lo que atañe a su aplicabilidad a las empresas que participen o tengan intención de participar en la licitación de un contrato público, a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso. Por lo demás, el principio de igualdad de trato se opone a que solamente se hallen sometidas a una norma como la controvertida en el litigio principal las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso que hayan efectuado determinados trabajos preparatorios, sin que suceda lo mismo con las empresas que no respondan a estas características y que también hayan llevado a cabo tales trabajos preparatorios.
- 40 Por consiguiente, no procede responder a la segunda cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03.

Sobre la tercera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03

- 41 Mediante la tercera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03, el órgano jurisdiccional remitente desea saber esencialmente si la Directiva 89/665, en particular sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, y la Directiva 92/13, en particular sus artículos 1 y 2, se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia.

- 42 A este respecto, conviene recordar que, dado que se trata de la regulación de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras, dichas decisiones no deben privar de efecto útil a la Directiva 89/665 (sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 72).
- 43 Por otra parte, las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse. Esta protección queda desvirtuada si el licitador no se halla en condiciones de invocar tales normas frente a la entidad adjudicadora. (sentencia de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria*, C-212/02, Rec. p. I-0000, apartado 20 y la jurisprudencia que allí se cita).
- 44 Pues bien, la facultad de la entidad adjudicadora de posponer hasta una fase muy avanzada del procedimiento la adopción de una decisión respecto a la posibilidad de que una empresa vinculada a una persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios participe en el procedimiento o formule una oferta, cuando la entidad cuenta con todos los elementos necesarios para adoptar esta decisión, priva a dicha empresa de la facultad de invocar las normas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos frente a la entidad adjudicadora durante un período que se deja a la mera discrecionalidad de ésta y que puede prolongarse, si se da el caso, hasta un momento en el que las infracciones ya no puedan corregirse eficazmente.
- 45 Tal situación puede desvirtuar el efecto útil de las Directivas 89/665 y 92/13, al permitir que se aplaze injustificadamente la posibilidad que tienen los interesados de ejercer los derechos que les concede el Derecho comunitario. Además, resulta contraria al objetivo de las Directivas 89/665 y 92/13 de protección de los licitadores frente a la entidad adjudicadora.

- 46 Por tanto, procede responder a la tercera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03 que la Directiva 89/665, en particular sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, y la Directiva 92/13, en particular sus artículos 1 y 2, se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia.

Costas

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

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

- 1) 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, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los

transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, en particular, su artículo 4, apartado 2, se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 relativo a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996 relativo a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y a la adjudicación de obras públicas, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

- 2) 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 particular sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en particular sus artículos 1 y 2, se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia.