



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 15 de septiembre de 2016^{*i}

«Procedimiento prejudicial — Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE — Contratos públicos — Procedimientos de recurso — Normativa nacional que supedita la admisibilidad de los recursos contra los actos del poder adjudicador a la constitución de una “garantía de buena conducta” — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 47 — Derecho a la tutela judicial efectiva»

En los asuntos acumulados C-439/14 y C-488/14,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) y por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía), mediante resoluciones de 19 de septiembre de 2014 y de 8 de octubre de 2014, recibidas en el Tribunal de Justicia, respectivamente, el 24 de septiembre de 2014 y el 4 de noviembre de 2014, en los procedimientos entre

SC Star Storage SA

e

Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14),

y

SC Max Boegl România SRL,

SC UTI Grup SA,

Astaldi SpA,

SC Construcții Napoca SA

y

RA Aeroportul Oradea,

SC Porr Construct SRL,

Teerag-Asdag Aktiengesellschaft

* Lengua de procedimiento: rumano.

SC Col-Air Trading SRL,

AVZI SA,

Trameco SA,

Iamsat Muntenia SA (C-488/14),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen, Presidente de Sala, y los Sres. D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan y M. Vilaras (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de enero de 2016;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de SC Star Storage SA, por la Sra. A. Fetiță, avocate;
- en nombre de SC Max Boegl România SRL, por el Sr. F. Irimia, avocat;
- en nombre del Gobierno rumano, por el Sr. R.-H. Radu así como por las Sras. R. Hațieganu, D. Bulancea y M. Bejenar, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno griego, por el Sr. K. Georgiadis y la Sra. K. Karavasili, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. A. Tokár e I. Rogalski, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 28 de abril de 2016;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Las peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación del artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), y del artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del

agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14), en su versión modificada por la Directiva 2007/66 (en lo sucesivo, «Directiva 92/13»), así como del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

- 2 Dichas peticiones fueron presentadas, en el asunto C-439/14, en el marco de un litigio entre SC Star Storage SA y el Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) [Instituto nacional de investigación y desarrollo informático (ICI)], a propósito de un procedimiento de adjudicación de un contrato público para la adquisición de una infraestructura informática y de servicios relativos a la preparación, gestión, desarrollo y ejecución de una plataforma de *cloud computing* (informática en la nube) y, en el asunto C-488/14, en el marco de un litigio entre, por un lado, SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA y SC Construcții Napoca SA (en lo sucesivo, «Max Boegl y otros») y, por otro lado, RA Aeroportul Oradea SA, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AZVI SA, Trameco SA e Iamsat Muntenia SA, a propósito de un procedimiento de adjudicación de un contrato público relativo a las obras de extensión y de modernización de las infraestructuras del aeropuerto de Oradea (Rumanía).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 89/665

- 3 El artículo 1 de la Directiva 89/665, bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», dispone, en sus apartados 1 a 3:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios [(DO 2004, L 134, p. 114)], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva.

A los efectos de la presente Directiva se entiende por contratos los contratos públicos, acuerdos marco, concesiones de obras públicas y sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públic[a] o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato 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 velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

Directiva 92/13

4 El artículo 1 de la Directiva 92/13, con idéntico título «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece, en sus apartados 1 a 3:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales [(DO 2004, L 134, p. 1)], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con el artículo 5, apartado 2, o los artículos 18 a 26, 29, 30 o 62 de dicha Directiva.

A los efectos de la presente Directiva se entiende por contratos los contratos de suministros, obras y servicios, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE, 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 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato 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 velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

Directiva 2007/66

5 El considerando 36 de la Directiva 2007/66 enuncia:

«La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la [Carta]. En concreto, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.»

Directiva 2004/17

6 El artículo 16, letra b), de la Directiva 2004/17 establece:

«Salvo que estén excluidos en virtud de las exclusiones previstas en los artículos 19 a 26 o con arreglo al artículo 30, en lo relativo al ejercicio de la actividad en cuestión, la presente Directiva se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a los siguientes límites:

[...]

b) 5 186 000 EUR en los contratos de obras.»

Directiva 2004/18

7 El artículo 7, letras b) y c), de la Directiva 2004/18 establece:

«La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

[...]

b) 207 000 [euros]:

- respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;
- respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;
- respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 5 186 000 [euros] en los contratos de obras.»

Derecho rumano

8 Los artículos 271 *bis* y 271 *ter* de la Ordonanța de Urgență a Guvernului n.º 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Decreto-ley con carácter de urgencia n.º 34/2006, relativo a la adjudicación de contratos de adquisición pública, de contratos de concesión de obras públicas

y de contratos de concesión de servicios), en su versión modificada y completada por la Ordonanța de Urgență a Guvernului n.º 51/2014 [Decreto-ley con carácter de urgencia n.º 51/2014 (en lo sucesivo, «Decreto-ley n.º 34/2006»)], establecen:

«Artículo 271 bis

(1) Al objeto de proteger al poder adjudicador frente al riesgo de un posible comportamiento inapropiado, el autor de una impugnación deberá constituir una garantía de buena conducta que cubra todo el período comprendido entre la fecha de presentación de la impugnación/demanda/recurso y la fecha en que adquiera firmeza la decisión del Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o la sentencia del órgano jurisdiccional que los resuelve.

(2) La impugnación/demanda/recurso se declarará inadmisibles si el autor de la impugnación no aporta la prueba de haber constituido la garantía prevista en el apartado 1.

(3) La garantía de buena conducta se constituirá mediante transferencia bancaria o a través de cualquier instrumento de garantía librado por una entidad bancaria o por una compañía de seguros, en las condiciones legalmente establecidas, y se presentará en original en la sede del poder adjudicador y en copia ante el Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o ante el órgano jurisdiccional simultáneamente a la presentación de la impugnación/demanda/recurso.

(4) El importe de la garantía de buena conducta constituirá un porcentaje del valor estimado del contrato por adjudicar, como sigue:

- a) 1 % del valor estimado, si éste es inferior a los umbrales previstos en el artículo 55, apartado 2, letras a) y b);
- b) 1 % del valor estimado, si éste es inferior a los umbrales previstos en el artículo 55, apartado 2, letra c), pero no excederá del equivalente en [leu rumano (RON)] a 10 000 [euros], al tipo de cambio del Banco Nacional Rumano en la fecha de constitución de la garantía;
- c) 1 % del valor estimado, si éste es igual o superior a los umbrales previstos por el artículo 55, apartado 2, letras a) y b), pero no excederá del equivalente en RON a 25 000 [euros], al tipo de cambio del Banco Nacional Rumano en la fecha de constitución de la garantía;
- d) 1 % del valor estimado, si éste es igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 55, apartado 2, letra c), pero excederá del equivalente en RON a 100 000 [euros], al tipo de cambio del Banco Nacional Rumano en la fecha de constitución de la garantía.

(5) La garantía de buena conducta deberá ser válida al menos durante noventa días, ser irrevocable y prever el pago incondicional al primer requerimiento del poder adjudicador, en la medida en que la impugnación/demanda/recurso se desestime.

(6) El poder adjudicador retendrá la garantía de buena conducta cuando, en el último día de su validez, no haya adquirido firmeza la decisión del Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o la sentencia del órgano jurisdiccional y el demandante no haya prolongado tal validez en las condiciones establecidas en los apartados 1 a 5. El artículo 271 *ter*, apartados 3 a 5, se aplicará *mutatis mutandis*.

(7) Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 se aplicará igualmente *mutatis mutandis* en el caso de que quien interpone el recurso contra la decisión del Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones sea un tercero distinto del poder adjudicador o del autor de la impugnación, conforme al artículo 281.

Artículo 271 ter

(1) En caso de que el Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o el órgano jurisdiccional —cuando el autor de la impugnación haya acudido directamente a este último— desestime la impugnación, el poder adjudicador deberá retener la garantía de buena conducta desde el momento en que adquiera firmeza la decisión del Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o la sentencia del órgano jurisdiccional. La retención se aplicará a los lotes respecto de los que se haya desestimado la impugnación.

(2) Lo dispuesto por el apartado 1 también se aplicará en caso de que el autor de la impugnación desista de la impugnación/demanda/recurso.

(3) La medida prevista en el apartado 1 no se aplicará cuando el Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones o el órgano jurisdiccional desestime la impugnación por haber quedado ésta sin objeto o en caso de que se desista de la impugnación/demanda/recurso como consecuencia de la adopción, por parte del poder adjudicador, de las medidas correctoras necesarias, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 256 *quater*, apartado 1.

(4) Si el Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones estima la impugnación o el órgano jurisdiccional competente estima el recurso interpuesto contra la decisión del Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones desestimatoria de una impugnación, el poder adjudicador deberá restituir la garantía de buena conducta al autor de la impugnación en un máximo de cinco días desde que la decisión o la sentencia adquiera firmeza.

(5) Lo dispuesto en el apartado 4 se aplicará *mutatis mutandis* cuando se presente directamente una demanda ante el órgano jurisdiccional y ésta sea estimada.

(6) Los importes que el poder adjudicador perciba por la ejecución de la garantía de buena conducta constituirán ingresos para él.»

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-439/14

- 9 El ICI, como poder adjudicador, publicó el 1 de abril de 2014 en el Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Plataforma electrónica de adjudicación de contratos públicos, en lo sucesivo, «SEAP») una convocatoria de licitación para adjudicar un contrato público de adquisición de una infraestructura informática y de servicios relativos a la preparación, gestión, desarrollo y puesta en funcionamiento de una plataforma de cloud computing (informática en la nube), así como el correspondiente expediente de licitación. El criterio de adjudicación de dicho contrato, con un valor estimado de 61 287 713,71 RON (alrededor de 13 700 000 euros), excluido el impuesto sobre el valor añadido, era el «precio más bajo».

- 10 A instancia de varios operadores económicos, el ICI publicó en el SEAP una serie de aclaraciones a lo dispuesto en el expediente de la licitación.
- 11 El 30 de junio de 2014, Star Storage impugnó las aclaraciones n.ºs 4 y 5, de 24 de junio de 2014, y n.º 7, de 26 de junio de 2014, ante el Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Consejo Nacional de Resolución de Impugnaciones, en lo sucesivo, «CNSC»).
- 12 Mediante decisión de 18 de julio de 2014, el CNSC declaró inadmisibles dichas impugnaciones sobre la base, en particular, del artículo 271 *bis*, apartado 2, del Decreto-ley n.º 34/2006, pues Star Storage no había constituido la garantía de buena conducta.
- 13 El 5 de agosto de 2014, Star Storage interpuso ante la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) un recurso en el que solicitaba, en particular, la anulación de dicha decisión de inadmisión, alegando que la obligación de constituir una garantía de buena conducta, establecida por la normativa rumana, era contraria tanto a la Constitución rumana como al Derecho de la Unión.
- 14 El tribunal remitente considera que, tanto por su elevado importe como por su regulación, la garantía de buena conducta puede menoscabar gravemente el derecho de los operadores económicos a un procedimiento de recurso eficaz contra los actos de los poderes adjudicadores.
- 15 Dadas estas circunstancias, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, y apartado 3, de la Directiva 89/665 [...], debe interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa que supedita el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores a la obligación de haber depositado previamente una “garantía de buena conducta” como la establecida por los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del [Decreto-ley] n.º 34/2006.»

Asunto C-488/14

- 16 RA Aeroportul Oradea, como poder adjudicador, publicó el 21 de enero de 2014 en el SEAP una convocatoria de licitación para adjudicar un contrato público relativo a las obras de ampliación y de modernización de las infraestructuras del aeropuerto de Oradea (Rumanía). El valor estimado del contrato asciende a 101 232 054 RON (alrededor de 22 800 000 euros), excluido el impuesto sobre el valor añadido, siendo el criterio de adjudicación «la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico».
- 17 Según el informe elaborado tras la evaluación de las ofertas, la oferta presentada por la asociación formada por SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA y Astaldi SpA fue declarada no conforme, mientras que la presentada por la asociación formada por SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA y CS Icco Energ SRL fue clasificada en segunda posición, en aplicación del criterio de adjudicación considerado.
- 18 Tales asociaciones licitadoras formularon ante el CNSC sendas impugnaciones contra dicho informe. Este último, mediante decisión de 10 de julio de 2014, desestimó las citadas impugnaciones por infundadas. En consecuencia, ambas asociaciones interpusieron sendos recursos contra dicha decisión desestimatoria ante la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea).

- 19 En la vista, celebrada el 10 de septiembre de 2014, dicho tribunal informó a las demandantes en el litigio principal de que, habida cuenta de la entrada en vigor, el 1 de julio de 2014, de los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del Decreto-ley n.º 34/2006, debían constituir una «garantía de buena conducta». Max Boegl y otros solicitaron entonces que la Curtea Constituțională [Tribunal Constitucional, Rumanía] resolviera una excepción de inconstitucionalidad relativa a ambos artículos, y, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una petición de decisión prejudicial.
- 20 Dadas estas circunstancias, la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665, y el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13 [...], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa que supedita el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores a la obligación de haber depositado previamente una “garantía de buena conducta” como la establecida por los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del [Decreto-ley] n.º 34/2006.»

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

- 21 Mediante sendos autos de 13 de noviembre de 2014 y de 10 de diciembre de 2014, el Presidente del Tribunal de Justicia denegó las peticiones de la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) y de la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea) para que los asuntos C-439/14 y C-488/14 se tramitaran por el procedimiento acelerado establecido en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.
- 22 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2014, se acordó la acumulación de los asuntos C-439/14 y C-488/14 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia.
- 23 Mediante la sentencia n.º 5, de 15 de enero de 2015, la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) estimó parcialmente la excepción de inconstitucionalidad relativa a los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del Decreto-ley n.º 34/2006, respectivamente planteada por Star Storage y Max Boegl y otros.
- 24 Mediante escrito de 21 de julio de 2015, el Tribunal de Justicia, en aplicación del artículo 101 de su Reglamento de Procedimiento, dirigió una solicitud de aclaraciones a la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) y a la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea), invitándoles a que formularan sus observaciones acerca de la sentencia de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, y su posible incidencia sobre sus respectivas peticiones de decisión prejudicial.
- 25 Mediante escrito de 11 de agosto de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 26 de agosto de 2015, la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea) señaló, en esencia, que la sentencia de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, había estimado la excepción de inconstitucionalidad relativa al artículo 271 *ter*, apartados 1 y 2, del Decreto-ley n.º 34/2006, pero había desestimado la relativa a los artículos 271 *bis* y 271 *ter*, apartados 3 a 6, del Decreto-ley n.º 34/2006, por lo que su petición de decisión prejudicial ya sólo versaba sobre estas últimas disposiciones.

- 26 Mediante escrito de 14 de septiembre de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 23 de septiembre de 2015, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) señaló igualmente, en esencia, que la sentencia de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, había confirmado la constitucionalidad de la obligación de constituir la garantía de buena conducta como requisito de admisibilidad de cualquier recurso y que, por ello, seguía siendo necesario examinar si las disposiciones de los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del Decreto-ley n.º 34/2006, declaradas conformes con la Constitución rumana, que supeditan el ejercicio de las vías de recurso en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos al requisito de constituir una «garantía de buena conducta», pueden considerarse compatibles con el principio de la tutela judicial efectiva, protegido por el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665 y por el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13, interpretados en conexión con el artículo 47 de la Carta.
- 27 Dicho tribunal considera, además, que la normativa rumana requiere un análisis en profundidad, por un lado, del hecho de que la garantía de buena conducta se añade a la «garantía de adjudicación», que el licitador también debe constituir, en virtud del artículo 43 *bis* del Decreto-ley n.º 34/2006, y cuyo importe representa hasta el 2 % del valor estimado del contrato y, por otro lado, del hecho de que no es posible establecer excepciones al importe de la garantía de buena conducta que, en virtud del artículo 271 *bis*, apartado 4, del Decreto-ley n.º 34/2006, se fija automáticamente en un 1 % del valor estimado del contrato que debe celebrarse, hasta un importe máximo equivalente a 100 000 euros, ni acordar una reducción o decidir un fraccionamiento de los pagos en función de las circunstancias propias del caso.
- 28 En consecuencia, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) plantea al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:
- «Si el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13, en conexión con el artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que supedita el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones del poder adjudicador a la obligación de constituir una “garantía de buena conducta” en favor del poder adjudicador, como la regulada por los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del Decreto-ley n.º 34/2006.»
- 29 Por último, mediante su sentencia n.º 750, de 4 de noviembre de 2015, la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) también declaró no conforme con la Constitución rumana el artículo 271 *bis*, apartado 5, del Decreto-ley n.º 34/2006, que establece el pago, incondicional y al primer requerimiento, de la garantía de buena conducta al poder adjudicador en caso de desestimación de la impugnación, demanda o recurso.

Observaciones preliminares

- 30 Procede señalar que, en la medida en que el contrato público de que se trata en el asunto C-439/14 versa sobre suministros y servicios cuyo valor supera el umbral establecido en el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18, la Directiva 89/665 es aplicable en el marco del litigio principal.
- 31 En cambio, el Gobierno rumano y la Comisión Europea disienten sobre la naturaleza del contrato público de que se trata en el asunto C-488/14, pues mientras que el primero considera que dicho contrato entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 y, en consecuencia, de la Directiva 89/665, la segunda estima que tal contrato entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 y, por tanto, de la Directiva 92/13.

- 32 Debe señalarse, a este respecto, que en la medida en que el tribunal remitente en el asunto C-488/14 proporciona escasa información sobre el contrato público de que se trata en el litigio principal, el Tribunal de Justicia no puede determinar si aquél entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18.
- 33 Sin embargo, una vez precisado que es el tribunal remitente el competente para pronunciarse sobre ese extremo, tal imprecisión carece de incidencia sobre el procedimiento prejudicial en el asunto C-488/14, pues, tal como la Abogado General señaló en el punto 25 de sus conclusiones, el importe del contrato público de que se trata alcanza los umbrales fijados para los contratos públicos de obras tanto por el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18 como por el artículo 16, letra b), de la Directiva 2004/17.
- 34 En consecuencia, el Tribunal de Justicia responderá simultáneamente a la cuestión planteada en el asunto C-439/14 y a la cuestión planteada en el asunto C-488/14, pues los preceptos de las Directivas 89/665 y 92/13 cuya interpretación se solicita están, en todo caso, redactados en términos estrictamente idénticos.

Sobre las cuestiones prejudiciales

- 35 En primer lugar, procede señalar que, tal como se desprende de las explicaciones dadas por ambos órganos jurisdiccionales en respuesta a la petición de aclaraciones remitida por el Tribunal de Justicia, así como de las observaciones presentadas en la vista, el artículo 271 *ter*, apartados 1 y 2, y el artículo 271 *bis*, apartado 5, última frase, del Decreto-ley n.º 34/2006 fueron declarados contrarios a la Constitución rumana por, respectivamente, las sentencias de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, y n.º 750, de 4 de noviembre de 2015.
- 36 En consecuencia, ambos tribunales remitentes precisaron que ya no podían aplicar estas últimas disposiciones, lo que el Gobierno rumano confirmó en la vista. Sin embargo, señalaron expresamente que mantenían su cuestión prejudicial, en la medida en que las demás disposiciones de la normativa rumana controvertida en el litigio principal seguían siendo aplicables.
- 37 Dadas estas circunstancias y, una vez precisado que los tribunales remitentes son los únicos competentes para deducir las consecuencias de las sentencias de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, y n.º 750, de 4 de noviembre de 2015, en el marco de la resolución de los litigios de que conocen, debe considerarse que las peticiones de decisión prejudicial sólo tienen por objeto las disposiciones de la normativa rumana relativas a la garantía de buena conducta consideradas conformes con la Constitución rumana.
- 38 De ello se deduce que, mediante su cuestión prejudicial, los tribunales remitentes preguntan, en esencia, si el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13, en conexión con el artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que supedita la admisibilidad de cualquier recurso contra un acto del poder adjudicador a la obligación de que el demandante constituya la garantía de buena conducta que tal normativa establece en favor del poder adjudicador, con la precisión de que la referida garantía debe restituirse al demandante al margen del resultado del recurso.

- 39 A este respecto, procede recordar que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 92/13 imponen a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de las Directivas 2004/17 y 2004/18, puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.
- 40 Tanto el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 como el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 establecen, además, la obligación de que los Estados miembros velen por que los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar.
- 41 En consecuencia, tales disposiciones, que están destinadas a proteger a los operadores económicos contra la arbitrariedad del poder adjudicador, tienen por objeto garantizar la existencia, en todos los Estados miembros, de vías de recurso eficaces, para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en que las infracciones aún pueden subsanarse (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, EU:C:2002:746, apartado 71; de 11 de septiembre de 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, apartado 34, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 50).
- 42 No obstante, ni la Directiva 89/665 ni la Directiva 92/13 contienen disposiciones que regulen específicamente las condiciones en que pueden ejercitarse tales vías de recurso. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 89/665 sólo establecía los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 27 de febrero de 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, apartado 47; de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, apartado 45, así como de 30 de septiembre de 2010, *Strabag y otros*, C-314/09, EU:C:2010:567, apartado 33).
- 43 Sin embargo, según jurisprudencia consolidada, la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a las Directivas 89/665 y 92/13, cuyo objetivo es garantizar que las decisiones ilegales de los poderes adjudicadores puedan ser objeto de recursos eficaces y lo más rápidos posible (véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, EU:C:2002:746, apartado 72; de 27 de febrero de 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, apartado 51; de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartado 42; auto de 4 de octubre de 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, apartado 29; sentencias de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 40, así como de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 47).

- 44 En particular, debe velarse por que no se menoscabe la eficacia de las Directivas 89/665 y 92/13 (véanse las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, EU:C:2002:379, apartados 58 y 59, así como de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia, C-440/13, EU:C:2014:2435, apartado 40) ni los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión [sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, EU:C:2002:746, apartado 72, así como de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, apartado 49].
- 45 Procede recordar además que, tal como se desprende de su considerando 36, la Directiva 2007/66 —y, en consecuencia, las Directivas 89/665 y 92/13, que modificó y completó— pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.
- 46 En consecuencia, a la hora de definir la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos conferidos por las Directivas 89/665 y 92/13 a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, los Estados miembros deben garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, consagrado en el artículo 47 de la Carta.
- 47 En el caso de autos, el artículo 271 *bis*, apartados 1 a 5, del Decreto-ley n.º 34/2006 impone a cualquier persona que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y que pretende impugnar una decisión del poder adjudicador, bien ante el CNSC o bien directamente ante un órgano jurisdiccional, la obligación de constituir una garantía de buena conducta como requisito de admisibilidad de cualquier recurso. Dicha garantía, de un importe equivalente al 1 % del valor estimado del contrato público de que se trata, con el límite máximo de 25 000 euros para los contratos públicos de suministro y de servicios y de 100 000 euros para los contratos públicos de obra, debe constituirse en favor del poder adjudicador, bien mediante transferencia bancaria o bien mediante un instrumento de garantía librado por una entidad bancaria o por una compañía de seguros, con una validez de, al menos, noventa días.
- 48 No obstante, tal garantía deberá restituirse, si se estima el recurso, como máximo en los cinco días siguientes a la fecha en la que la resolución adquiera firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 271 *ter*, apartados 4 y 5, del Decreto-ley n.º 34/2006, pero también en el caso de que el recurso se retire o desestime, pues la retención de la garantía por el poder adjudicador ha quedado privada de base jurídica, habida cuenta de las sentencias de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, y n.º 750, de 4 de noviembre de 2015.
- 49 Por ello, tal como la Abogado General señaló en el punto 37 de sus conclusiones, la constitución de la garantía de buena conducta, como requisito previo para el examen de cualquier recurso, constituye una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido del artículo 47 de la Carta, la cual, conforme al artículo 52, apartado 1, de la Carta, sólo se justifica si está establecida por la ley, respeta el contenido esencial de dicho derecho y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (véase la sentencia de 4 de mayo de 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, apartado 160).
- 50 Procede señalar que, en los litigios principales, la base legal de la garantía de buena conducta está fijada de manera clara y precisa por el Decreto-ley n.º 34/2006, por lo que debe considerarse establecida por la normativa nacional (véanse las sentencias de 27 de mayo de 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; de 6 de octubre de 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648,

apartado 47, y de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, apartado 81). Por otra parte, el hecho de que la garantía de buena conducta pueda alcanzar el elevado importe de 25 000 euros o de 100 000 euros no puede llevar a la conclusión de que la obligación de constituir tal garantía menoscaba el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, pues dicha garantía en ningún caso puede ser retenida por el poder adjudicador, cualquiera que sea el resultado del recurso.

- 51 Sin embargo, debe verificarse además si la garantía de buena conducta responde a un objetivo de interés general y, en caso de que así sea, si respeta el principio de proporcionalidad, en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta.
- 52 El artículo 271 *bis*, apartado 1, del Decreto-ley n.º 34/2006 precisa que el objetivo de la garantía de buena conducta es proteger al poder adjudicador del riesgo de un posible comportamiento inapropiado. El Gobierno rumano señaló, tanto en sus observaciones escritas como en la vista, que el principal objetivo de la garantía de buena conducta era agilizar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, evitando el ejercicio abusivo de las vías de recurso y cualquier retraso en la celebración del contrato.
- 53 Debe señalarse, a este respecto, que la lucha contra el ejercicio abusivo de las vías de recurso constituye, tal como la Abogado General manifestó en el punto 44 de sus conclusiones, un objetivo legítimo que no sólo contribuye a alcanzar los objetivos perseguidos por las Directivas 89/665 y 92/13, sino también, más ampliamente, a una buena administración de la justicia.
- 54 En efecto, una exigencia financiera como la garantía de buena conducta controvertida en los litigios principales constituye una medida que puede disuadir de presentar impugnaciones temerarias y garantizar a todos los justiciables, en aras de una buena administración de la justicia, que sus recursos se resolverán a la mayor brevedad, conforme al artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.
- 55 Sin embargo, si bien es cierto que los intereses de una buena administración de la justicia pueden justificar la imposición de una restricción financiera al acceso de una persona a una vía de recurso, no lo es menos que debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *DEB*, C-279/09, EU:C:2010:811, apartados 47 y 60).
- 56 A este respecto, procede señalar que la obligación de constituir la garantía de buena conducta constituye una medida menos disuasoria en la versión actual que en la versión inicial, pues ya no puede ser retenida automática e incondicionalmente por el poder adjudicador en caso de desestimación o de retirada del recurso, sin dejar por ello de ser idónea para alcanzar el objetivo de lucha contra los recursos temerarios, perseguido por la normativa rumana.
- 57 En efecto, en primer lugar, la constitución de la garantía de buena conducta constituye, tal como la Abogado General señaló en el punto 55 de sus conclusiones, una carga financiera para el demandante, ya realice una transferencia bancaria o constituya una garantía bancaria.
- 58 El importe de la garantía de buena conducta se fija en forma de porcentaje del precio del contrato público considerado, que puede alcanzar 25 000 euros para los contratos públicos de suministro y de servicios y 100 000 euros para los contratos públicos de obras.

- 59 Ahora bien, la movilización de un importe de esa entidad mediante transferencia bancaria, al igual que la necesidad de cumplimentar los trámites requeridos para la constitución de una garantía bancaria y de pagar los gastos correspondientes a tal constitución, pueden incitar a los demandantes a observar cierta prudencia en la interposición de sus recursos. Por otra parte, en la medida en que merma los fondos o, al menos, las posibilidades de crédito de los demandantes hasta su liberación, la garantía de buena conducta puede incitarles a dar muestras de diligencia en los procedimientos que inicien, conforme a la exigencia de celeridad de los recursos contemplada en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 y en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 92/13. En efecto, tal como el Gobierno rumano alegó en la vista, no puede excluirse que tal exigencia financiera incite a los posibles demandantes a evaluar seriamente su interés en iniciar un procedimiento judicial y sus posibilidades de ver sus pretensiones estimadas, disuadiéndoles por tanto de presentar demandas que sean manifiestamente infundadas o que tengan como único fin dilatar el procedimiento de adjudicación del contrato (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 73).
- 60 En segundo lugar, en la medida en que, en virtud de las sentencias de la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5, de 15 de enero de 2015, y n.º 750, de 4 de noviembre de 2015, ya no son posibles la retención automática e incondicional de la garantía de buena conducta por el poder adjudicador y su pago al primer requerimiento, no puede considerarse que la mera obligación de constituir dicha garantía, como requisito de admisibilidad de cualquier recurso, vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de lucha contra los recursos abusivos que persigue.
- 61 En efecto, la garantía de buena conducta, del orden del 1 % del valor del contrato público, con un límite máximo en función de la naturaleza del mismo, sigue siendo modesta (véase la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 58), en particular para los licitadores que normalmente deben justificar cierta capacidad económica. Tal garantía puede, además y en todo caso, constituirse en forma de garantía bancaria. Finalmente, sólo debe constituirse por el período comprendido entre la interposición del recurso y su resolución definitiva.
- 62 Por último, en su respuesta a la solicitud de aclaraciones remitida por el Tribunal de Justicia, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) invitó al Tribunal de Justicia a responder a su cuestión teniendo en cuenta la acumulación de la garantía de buena conducta y la garantía de adjudicación, que el demandante también debe constituir con arreglo al artículo 43 *bis* del Decreto-ley n.º 34/2006. Sin embargo, dicho tribunal no aportó ninguna precisión al respecto, ni sobre el régimen actual de la garantía de adjudicación ni sobre su articulación con la garantía de buena conducta. Dadas estas circunstancias, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre este particular.
- 63 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13, en conexión con el artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que supedita la admisibilidad de cualquier recurso contra un acto del poder adjudicador a la obligación de que el demandante constituya la garantía de buena conducta que tal normativa establece en favor del poder adjudicador, ya que dicha garantía debe restituirse al demandante cualquiera que sea el resultado del recurso.

Costas

- 64 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante los órganos jurisdiccionales remitentes, corresponde a éstos 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 Tercera) declara:

El artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y el artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que supedita la admisibilidad de cualquier recurso contra un acto del poder adjudicador a la obligación de que el demandante constituya la garantía de buena conducta que tal normativa establece en favor del poder adjudicador, ya que dicha garantía debe restituirse al demandante cualquiera que sea el resultado del recurso.

Firmas

ⁱ — El apartado 45 del presente texto ha sufrido una modificación de carácter lingüístico con posterioridad a su primera publicación en línea.