



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

de 6 de diciembre de 2017*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Ámbito de aplicación — Reglamento (CE) n.º 1083/2006 — Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo y Fondo de Cohesión — Contrato de financiación de la construcción de una autopista celebrado con el Banco Europeo de Inversiones antes de la adhesión del Estado miembro a la Unión Europea — Concepto de “irregularidad” en el sentido del Reglamento n.º 1083/2006»

En el asunto C-408/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), mediante resolución de 20 de mayo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de julio de 2016, en el procedimiento entre

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, anteriormente Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA,

y

Ministerul Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

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

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

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, por el Sr. C. Homor, las Sras. A. Docu, R. Simionescu, I.L. Axente y N.C. Mărgărit y los Sres. A. Filipescu, H. Nicolae y M. Curculescu;
- en nombre del Ministerul Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe, por el Sr. D.C. Dinu, en calidad de agente;

* Lengua de procedimiento: rumano.

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. B.-R. Killmann y A. Tokár y por la Sra. L. Nicolae, en calidad de agentes;

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

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 15 de 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), así como del artículo 2, punto 7, del artículo 9, apartado 5, y del artículo 60, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1260/1999 (DO 2006, L 210, p. 25).
- 2 Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, anteriormente Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (en lo sucesivo, «CNADNR»), y el Ministerul Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (Ministerio de Fondos Europeos — Dirección General de Gestión de los Fondos Extranjeros, Rumanía) a propósito de una decisión de la Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial «Transport» (Autoridad de Gestión del Programa Operativo Sectorial «Transport», Rumanía; en lo sucesivo, «autoridad de gestión»), que impone una corrección financiera por infracción de la Directiva 2004/18 en el marco de la adjudicación de un contrato público de obras cofinanciadas inicialmente por el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y después, íntegra y retrospectivamente, por la Unión Europea mediante el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y el Fondo de Cohesión.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Protocolo de adhesión

- 3 El artículo 2 del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (DO 2005, L 157, p. 29; en lo sucesivo, «Protocolo de adhesión»), dispone:

«Desde la fecha de la adhesión, [...] los actos adoptados por las instituciones con anterioridad a la adhesión serán vinculantes para Bulgaria y Rumanía y aplicables en ambos Estados en las condiciones establecidas en [el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa], en el Tratado CEEA y en el presente Protocolo.»

- 4 La cuarta parte de ese Protocolo, bajo la rúbrica «Disposiciones temporales», incluye un título III dedicado a las «Disposiciones financieras», cuyo artículo 27, apartado 2, establece:

«Los compromisos financieros contraídos antes de la adhesión con arreglo a los instrumentos financieros de preadhesión a que se refiere el apartado 1, así como los contraídos después de la adhesión con arreglo al mecanismo de transición a que se refiere el artículo 31, incluidos la firma y el registro de los distintos compromisos legales posteriores y los pagos realizados después de la adhesión, seguirán rigiéndose por las normas y reglamentaciones de los instrumentos financieros de preadhesión e imputándose a los capítulos presupuestarios correspondientes hasta la conclusión de los programas y proyectos de que se trate. No obstante lo anterior, los procedimientos de contratación pública iniciados después de la adhesión se tramitarán con arreglo a las correspondientes disposiciones de la Unión.»

- 5 La quinta parte de este Protocolo, titulada «Disposiciones relativas a la aplicación del presente Protocolo», incluye un título II con la rúbrica «Aplicabilidad de los actos de las instituciones», cuyo artículo 53, apartado 1, dispone:

«Bulgaria y Rumanía pondrán en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento, a partir de la fecha de la adhesión, a lo dispuesto en las leyes marco europeas y en los reglamentos europeos que obliguen en cuanto al resultado que deba conseguirse pero dejen a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios, definidos en el artículo I-33 d[el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa], así como en las directivas y decisiones definidas en el artículo 249 [CE] y en el artículo 161 del Tratado CEEA, salvo que se establezca otro plazo en el presente Protocolo. Comunicarán dichas medidas a la Comisión a más tardar en la fecha de la adhesión o, en su caso, en el plazo establecido en el presente Protocolo.»

Directiva 2004/18

- 6 Según el considerando 22 de la Directiva 2004/18:

«Es importante prever casos en los que las medidas de coordinación de los procedimientos pueden no aplicarse [...] a causa de la aplicabilidad de normas específicas de adjudicación de contratos [...] que son propias de las organizaciones internacionales.»

- 7 El artículo 15 de dicha Directiva, titulado «Contratos adjudicados en virtud de normas internacionales», establece:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos regulados por normas de procedimiento distintas y adjudicados en virtud de:

[...]

c) un procedimiento específico de una organización internacional.»

Reglamento n.º 1083/2006

- 8 El considerando 22 del Reglamento n.º 1083/2006 enuncia:

«Las intervenciones de los Fondos y las operaciones que contribuyen a financiar deben ser coherentes con las demás políticas comunitarias, y conformes con la legislación comunitaria.»

9 El artículo 2 de dicho Reglamento tiene el siguiente tenor:

«A efectos del presente Reglamento, los siguientes términos se definen según figura a continuación:

[...]

7) “irregularidad”: toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una actuación u omisión de un agente económico y que tenga, o que pueda tener, por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión Europea al cargarle un gasto injustificado.»

10 El artículo 9, apartado 5, del citado Reglamento dispone:

«Las operaciones financiadas por los Fondos deberán cumplir lo dispuesto en el Tratado y en los actos aprobados en virtud del mismo.»

11 En la sección 2 del capítulo II del título III del Reglamento n.º 1083/2006, titulada «Grandes proyectos», el artículo 39 establece:

«Dentro de un programa operativo, el FEDER y el Fondo de Cohesión podrán financiar el gasto de una operación que comprenda una serie de obras, actividades o servicios dirigidos a efectuar una tarea indivisible de una determinada naturaleza económica o técnica, que persiga objetivos claramente delimitados y cuyo coste total sobrepase los 25 millones EUR, si se refiere al medio ambiente, y 50 millones EUR si afecta a otros ámbitos (en lo sucesivo, “grandes proyectos”).»

12 El artículo 41 de dicho Reglamento, rubricado «Decisión de la Comisión», establece:

«1. La Comisión examinará los grandes proyectos, si fuera necesario consultando a expertos externos, entre ellos el BEI, considerando los factores señalados en el artículo 39, la coherencia con las prioridades del programa operativo, la contribución al logro de los objetivos fijados con respecto a esas prioridades y la coherencia con otras políticas comunitarias.

2. La Comisión adoptará una decisión con la mayor brevedad posible y, a más tardar, dentro de los tres meses siguientes a la presentación por el Estado miembro o la autoridad de gestión de un gran proyecto, a condición de que la presentación se realice conforme al artículo 40. En esa decisión se hará constar el objeto material, el importe al que se aplicará la tasa de cofinanciación correspondiente al eje prioritario considerado y el plan anual de la contribución financiera del FEDER o del Fondo de Cohesión.

3. Si la Comisión decide que los Fondos no participen financieramente en algún gran proyecto, comunicará al Estado miembro sus motivaciones dentro del plazo previsto y en las condiciones establecidas en el apartado 2.»

13 El artículo 60 del Reglamento n.º 1083/2006 tiene el siguiente tenor:

«La autoridad de gestión se encargará de la gestión y ejecución del programa operativo, de acuerdo con el principio de buena gestión financiera, y en particular:

a) garantizará que la selección de las operaciones para su financiación se realiza de conformidad con los criterios aplicables al programa operativo, y que dichas operaciones se atienen a las normas comunitarias y nacionales aplicables en la materia durante todo el período de ejecución;

[...]».

- 14 El artículo 98, apartado 2, de ese Reglamento dispone:

«El Estado miembro efectuará las correcciones financieras necesarias por lo que respecta a las irregularidades individuales o sistémicas detectadas en las operaciones o los programas operativos. Esta corrección consistirá en la supresión total o parcial de la contribución pública del programa operativo. El Estado miembro tendrá en cuenta la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen al Fondo.

Los recursos de los Fondos así liberados podrán ser reasignados por el Estado miembro hasta el 31 de diciembre de 2015 al programa operativo de que se trate de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3.»

Guía del BEI

- 15 El BEI dispone de una «Guía para la adjudicación de contratos públicos para los proyectos financiados por el BEI.» Esta Guía, en su versión de 2004 (en lo sucesivo, «Guía del BEI»), tiene por objeto informar a los promotores de proyectos cuyos contratos públicos se financian, total o parcialmente, por el BEI, de las reglas para adjudicar los contratos de obras, de suministros o de servicios necesarios para el proyecto de que se trate y que reciben financiación concedida por el BEI. Dicha Guía está dividida en tres capítulos y distingue entre las normas que regulan las operaciones efectuadas dentro de la Unión, contenidas en el capítulo 2, y las que rigen las operaciones efectuadas fuera de la Unión, que figuran en el capítulo 3. En el capítulo 3 de la Guía del BEI se precisa que «los países [candidatos] [...] integrarán progresivamente las directivas [de la Unión] en su legislación. En [esta] Guía, tales países entrarán en el ámbito de lo dispuesto en el Capítulo 3, “Operaciones en el exterior de la Unión [...]”, hasta la fecha en la que se hayan comprometido, durante sus negociaciones con la Comisión, a aplicar las directivas [europeas] relativas a la adjudicación de los contratos públicos, en la medida en que en esa fecha hayan traspuesto efectivamente tales directivas a su Derecho nacional. A partir de ese momento les resultará aplicable el capítulo 2 “Operaciones en el interior de la Unión”».

Derecho rumano

Decreto ley n.º 34/2006

- 16 La Directiva 2004/18 fue traspuesta al Derecho rumano mediante el Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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 sobre la adjudicación de contratos públicos, de contratos públicos de obras y de contratos de concesión de servicios), de 19 de abril de 2006 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 418 de 15 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «Decreto ley n.º 34/2006»). El artículo 14, apartado 1, de ese Decreto ley establece:

«El presente Decreto ley con carácter de urgencia no se aplicará cuando el contrato público sea adjudicado a raíz de:

[...]

- c) la aplicación de un procedimiento específico de organizaciones e instituciones internacionales;

[...]».

Decreto ley n.º 72/2007

- 17 El Ordonanța de urgență nr. 72/2007 privind unele măsuri derogatorii de la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (Decreto ley con carácter de urgencia n.º 72/2007, relativo a determinadas medidas que establecen una excepción al Decreto ley n.º 34/2006), de 28 de junio de 2007 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 441 de 29 de junio de 2007; en lo sucesivo, «Decreto ley n.º 72/2007») sólo contiene un artículo, que establece:

«No obstante lo dispuesto en el [Decreto ley n.º 34/2006], [...], para la continuación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras — [...], préstamo BEI VI, firmado en diciembre de 2006, autopista Arad-Timișoara-Lugoj [...], [CNADNR] aplicará las disposiciones de la Guía del [BEI], capítulo 3; [...]».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 18 El proyecto de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj fue inicialmente objeto de un contrato de financiación celebrado el 23 de diciembre de 2003 entre Rumanía, el BEI y la entidad adjudicadora del contrato público de obra de que se trata en el litigio principal, a saber, CNADNR.
- 19 Sobre la base de ese contrato, las mismas partes celebraron, el 2 de diciembre de 2004, un acuerdo de préstamo para financiar la construcción de varios tramos de autopista. Tal acuerdo estipula que «CNADNR respetará los procedimientos del BEI para las adquisiciones de los bienes, la prestación de los servicios y la contratación de los trabajos necesarios para el proyecto y negociará y celebrará contratos con sujeción a lo dispuesto [en este contrato de financiación]», esto es, «organizando licitaciones internacionales abiertas a candidatos de todos los países».
- 20 En el marco de este acuerdo de préstamo y con vistas a organizar la adjudicación del contrato público de obras de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj, CNADNR adjudicó, el 28 de febrero de 2006, un contrato con el fin de disponer de los servicios de consultoría necesarios para elaborar el expediente de adjudicación del citado contrato público. En la medida en que Rumanía no era aún miembro de la Unión Europea, el expediente de adjudicación de dicho contrato fue elaborado conforme al capítulo 3 de la Guía del BEI, titulado «Operaciones en el exterior de la Unión [...]».
- 21 De la resolución de remisión se desprende, por una parte, que el procedimiento de adjudicación del contrato público de obras de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj se inició el 17 de julio de 2007 en forma de licitación restringida con selección previa a través de la publicación del anuncio de la selección previa y, por otra parte, que dicho contrato público fue adjudicado el 15 de diciembre de 2008.
- 22 El 27 de octubre de 2009, Rumanía pidió a la Comisión que el proyecto de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj obtuviera, en el marco del Programa Operativo Sectorial «Transport 2007-2013», una financiación retrospectiva por el FEDER y por el Fondo de Cohesión en calidad de «gran proyecto» en el sentido del artículo 39 del Reglamento n.º 1083/2006.
- 23 Mediante sendas decisiones sucesivas, adoptadas respectivamente en 2010 y en 2014, la Comisión aprobó la financiación íntegra de dicho proyecto por el FEDER y el Fondo de Cohesión. De este modo, un contrato de financiación modificó la fuente de financiación del mismo proyecto, recibiendo con ello, en lo sucesivo, fondos europeos no reembolsables en el marco del Programa Operativo Sectorial «Transport 2007-2013».
- 24 Con vistas a rembolsar los gastos efectuados por la entidad adjudicadora y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión sobre el respeto de la normativa de la Unión en materia de contratos públicos en caso de financiación retrospectiva de proyectos, la autoridad de gestión verificó

el expediente de adjudicación del contrato público de obras de que se trata en el litigio principal. Al término de su verificación, la citada autoridad de gestión declaró la existencia de irregularidades mediante nota de 29 de junio de 2015 y, mediante decisión de 24 de agosto de 2015, impuso una corrección financiera del 10 % del valor de los gastos financiables del contrato de obras celebrado el 15 de diciembre de 2008.

- 25 La autoridad de gestión motivó tal corrección financiera recordando, en primer lugar, que para conceder una financiación europea no rembolsable a una operación, la Comisión exige que se respeten las disposiciones de las directivas en materia de contratos públicos vigentes en la fecha de publicación de la invitación a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. A este respecto, dicha autoridad de gestión consideró que la Directiva 2004/18 era aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato público de obras controvertido en el litigio principal porque tal procedimiento se había iniciado con posterioridad a la adhesión de Rumanía a la Unión. En segundo lugar, la autoridad de gestión señaló que tres criterios de selección previa establecidos en dicho contrato público resultaban más restrictivos que los establecidos en la Directiva 2004/18, a saber, en primer lugar, un criterio sobre la situación personal del candidato y, en particular, sobre antecedentes de no ejecución de contratos públicos que infringe los artículos 44 y 45 de la Directiva 2004/18, en segundo lugar, un criterio sobre la situación financiera del candidato, contrario al artículo 47 de esa Directiva y, en tercer lugar, un criterio sobre la experiencia del candidato, que no respeta el artículo 48 de la referida Directiva. Sin embargo, la autoridad de gestión señaló, por último, que el empleo de tales criterios estaba permitido en virtud del Derecho interno, a saber, el Decreto ley n.º 72/2007, que establecía expresamente una excepción al Decreto ley n.º 34/2006, el cual traspone la Directiva 2004/18.
- 26 CNADNR presentó un recurso ante el tribunal remitente, solicitando la anulación de la decisión de la autoridad de gestión de 24 de agosto de 2015 así como de la nota de constatación de irregularidades y de fijación de correcciones financieras, de 29 de junio de 2015, emitida en relación con el proyecto de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj.
- 27 En apoyo de su recurso, CNADNR alega que la corrección financiera del 10 % del valor de los gastos financiables del contrato público de obras de construcción de la autopista Arad-Timișoara-Lugoj se basa en una interpretación errónea de lo dispuesto por el Decreto ley n.º 34/2006 y por el Decreto ley n.º 72/2007 así como por la Directiva 2004/18. CNADNR sostiene que no puede reprocharse a la entidad adjudicadora la fijación de criterios de selección previa ilegales o restrictivos a la vista de dicha Directiva, en la medida en que la adjudicación del citado contrato público se había realizado, *ab initio*, conforme al capítulo 3 de la Guía del BEI.
- 28 El Ministerio de Fondos Europeos — Dirección General de Gestión de los Fondos Extranjeros sostiene que la autoridad de gestión llevó a cabo sus verificaciones de conformidad con la Directiva 2004/18, precisamente porque el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata constituye una excepción a la aplicación del Decreto ley n.º 34/2006. En efecto, habida cuenta de la modificación de la fuente de financiación, pues la operación había pasado a estar financiada en lo sucesivo por el Fondo de Cohesión en el marco del Programa Operativo Sectorial «Transport 2007-2013», la citada autoridad de gestión debía velar por que la adjudicación de dicho contrato respetara el Derecho de la Unión y, en particular, las normas en materia de contratos públicos.
- 29 El tribunal remitente se pregunta, en primer lugar, sobre la normativa aplicable *ratione temporis*, refiriéndose a este respecto no sólo al artículo 27 del Protocolo de adhesión, que versa sobre los compromisos financieros adoptados por los Estados miembros de que se trata antes de su adhesión a la Unión, sino también al artículo 53 del citado Protocolo, que establece la inmediata entrada en vigor, a partir de la fecha de la adhesión de dichos Estados miembros a la Unión, de las disposiciones de Derecho derivado.

- 30 En segundo lugar, el tribunal remitente se pregunta si puede interpretarse el artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18 —en virtud del cual la citada Directiva no se aplica a los contratos públicos regulados por normas de procedimiento distintas y adjudicados en virtud del procedimiento específico de una organización internacional— en el sentido de que permite que, tras su adhesión a la Unión, un Estado miembro no aplique esa Directiva en la medida en que esté vinculado por un contrato de financiación celebrado con el BEI antes de su adhesión a la Unión, en virtud del cual los procedimientos de adjudicación de contratos públicos obedecen a criterios específicos, más restrictivos que los establecidos en la referida Directiva.
- 31 El tribunal remitente se pregunta asimismo si la Directiva 2004/18 se opone a un acto normativo de Derecho interno adoptado por el Estado miembro de que se trata con posterioridad a su adhesión a la Unión, que obliga a la entidad adjudicadora a seguir la Guía del BEI como excepción al acto normativo que transpone la citada Directiva.
- 32 A este respecto, el tribunal remitente considera que, tras su adhesión a la Unión, un Estado candidato que durante las negociaciones haya obtenido financiación deja de estar sujeto al capítulo 3 de la Guía del BEI, relativo a las operaciones exteriores, para quedar sometido, en lo sucesivo, al capítulo 2, titulado «Operaciones en el interior de la Unión Europea», de la citada Guía, lo que confirma que la Directiva 2004/18 sí es aplicable.
- 33 En tercer lugar, en la medida en que la autoridad de gestión señaló que algunos de los criterios de selección previa establecidos por el contrato público de obras de que se trata en el litigio principal eran más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18, el tribunal remitente se pregunta, en este contexto, si puede considerarse que tal contrato público es conforme con la normativa de la Unión y cumple los requisitos para acogerse a una financiación europea no reembolsable concedida retrospectivamente.
- 34 Dadas estas circunstancias, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18 en el sentido de que permite que, tras adherirse a la Unión [...], un Estado miembro no aplique dicha Directiva cuando se beneficia de un contrato de financiación con el [BEI], suscrito antes de la adhesión, en virtud del cual a los contratos públicos que se adjudiquen se les aplicarán requisitos específicos impuestos por el financiador, como los aplicados en el presente asunto, que son más restrictivos que los permitidos por la Directiva?
- 2) ¿Debe interpretarse la Directiva 2004/18 en el sentido de que se opone a la existencia en el Derecho nacional de un acto normativo como [el Decreto ley] n.º 72/2007, que establece que, no obstante lo dispuesto en el acto normativo por el que se adapta el Derecho nacional a la Directiva, en el presente asunto [el Decreto ley] n.º 34/2006, se aplicarán las disposiciones de la [Guía del BEI], por razones como las que se exponen en el texto adjunto [relativo a este primer Decreto ley], con objeto de respetar el contrato de financiación celebrado antes de la adhesión?
- 3) En la interpretación del artículo 9, apartado 5, y del artículo 60, letra a), del Reglamento n.º 1083/2006, ¿cabe considerar que un contrato público de este tipo, celebrado de conformidad con la [Guía del BEI] y con el Derecho interno, es conforme a la legislación de la Unión y cumple los requisitos para acogerse a una subvención europea no reembolsable, concedida con carácter retroactivo?
- 4) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, si no obstante un contrato público de este tipo ha sido declarado conforme en el momento de verificar los requisitos de calificación del Programa Operativo Sectorial «Transport 2007-2013», ¿esta presunta vulneración de las normas del Derecho

de la Unión en materia de contratación pública (establecimiento de ciertos criterios de selección previa de los licitadores de naturaleza análoga a los establecidos en la [Guía del BEI], más restrictivos que los de la Directiva 2004/18 [...]) constituye una «irregularidad» en el sentido del artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006, que genera la obligación del Estado miembro de que se trate de proceder a una corrección financiera/reducción porcentual con arreglo al artículo 98, apartado 2, del citado Reglamento?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

- 35 Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas procede, con carácter preliminar, verificar que la Directiva 2004/18 es aplicable *ratione temporis*, en la medida en que algunos hechos referidos por el tribunal remitente tuvieron lugar antes de la adhesión de Rumanía a la Unión. En efecto, del artículo 2 del Protocolo de adhesión resulta que los actos adoptados por las instituciones de la Unión con anterioridad a esa adhesión serán vinculantes para Rumanía y aplicables en ese Estado, en las condiciones establecidas en los Tratados y en dicho Protocolo, a partir del día de dicha adhesión.
- 36 A este respecto, del artículo 53, apartado 1, del citado Protocolo se desprende que Rumanía pondrá en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento, a partir de la fecha de su adhesión a la Unión, a lo dispuesto en las directivas que obliguen a todo Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse pero dejen a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios, salvo que se establezca otro plazo en ese Protocolo.
- 37 Ahora bien, procede señalar que no se estableció tal plazo para trasponer la Directiva 2004/18 al Derecho interno. Por ello, a partir de su adhesión a la Unión, Rumanía debía cumplir con dicha Directiva, conforme al principio de aplicación inmediata e íntegra de las disposiciones del Derecho de la Unión a los nuevos Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de diciembre de 1998, KappAhl, C-233/97, EU:C:1998:585, apartado 15).
- 38 Dicho esto, es preciso cerciorarse de que la Directiva 2004/18 es aplicable a un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras como el controvertido en el litigio principal.
- 39 A este respecto, según jurisprudencia consolidada, la directiva aplicable a un contrato público es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de ese contrato público (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 83).
- 40 Ahora bien, procede considerar que, cuando se publica una convocatoria para adjudicar un contrato público, la fecha en la que la entidad adjudicadora decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación del contrato público es la del día de tal publicación. Por tanto, es en esa fecha cuando debe apreciarse la legalidad de los requisitos relativos a un procedimiento de adjudicación de un contrato público.
- 41 En el caso de autos, el procedimiento de adjudicación del contrato público de obras controvertido en el litigio principal fue objeto de un anuncio de licitación publicado en el suplemento del *Diario Oficial de la Unión Europea* el 17 de julio de 2007, esto es, con posterioridad a la adhesión de Rumanía a la Unión. En consecuencia, en la medida en que el Protocolo de adhesión no establecía ninguna medida transitoria que pudiera diferir la aplicación de la Directiva 2004/18, esta última debe considerarse aplicable *ratione temporis* a un procedimiento de licitación como el controvertido en el litigio principal.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda

- 42 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2004/18 y, en particular, su artículo 15, letra c), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la normativa de un Estado miembro establezca, a efectos de un procedimiento de adjudicación de un contrato público iniciado con posterioridad a la fecha de su adhesión a la Unión para la realización de un proyecto comenzado sobre la base de un contrato de financiación celebrado con el BEI antes de dicha adhesión, la aplicación de los criterios específicos establecidos por las disposiciones de la Guía del BEI, que no son conformes con lo dispuesto por dicha Directiva.
- 43 El artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18 establece que tal Directiva no se aplica a los contratos públicos regulados por normas de procedimiento específicas de una organización internacional.
- 44 Además, procede señalar que este artículo, interpretado a la luz del considerando 22 de la Directiva 2004/18, enumera tres casos de contratos públicos a los que no se aplica dicha Directiva, en la medida en que se rigen por normas de procedimiento distintas. Además, debe observarse que dicho artículo se inscribe en una sección 3, titulada «Contratos excluidos», del capítulo II, bajo el epígrafe «Ámbito de aplicación», del título II, a su vez rubricado «Normas aplicables a los contratos públicos», de la Directiva 2004/18.
- 45 De este modo, tanto del tenor del artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18, como del contexto en el que se inscribe se desprende que dicho artículo constituye una excepción al ámbito de aplicación material de la citada Directiva. Ahora bien, tal excepción debe ser necesariamente objeto de una interpretación estricta (véase, en este sentido, el auto de 20 de junio de 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, no publicado, EU:C:2013:416, apartado 51 y jurisprudencia citada).
- 46 Para apreciar si un procedimiento de adjudicación de contratos públicos como el controvertido en el litigio principal, regido por el capítulo 3 de la Guía del BEI, puede entrar en el ámbito de la excepción establecida en el artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18, procede verificar si tal procedimiento puede considerarse regulado por normas de procedimiento específicas de una organización internacional.
- 47 Ahora bien, tal como se ha declarado en el apartado 41 de la presente sentencia, el anuncio de licitación de que se trata en el litigio principal fue publicado con posterioridad a la adhesión de Rumanía a la Unión.
- 48 Dadas estas circunstancias, un procedimiento como el controvertido en el litigio principal no puede considerarse regulado por normas de procedimiento específicas de una organización internacional, en el sentido del artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18.
- 49 En consecuencia, Rumanía no puede prevalerse, con posterioridad a la fecha de su adhesión a la Unión, de la excepción relativa al respeto de las normas específicas de una organización internacional, establecida en el artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/18.
- 50 Por lo demás, según señaló el tribunal remitente, tal interpretación queda corroborada por el tenor de la Guía del BEI, conforme a la cual, a partir de la fecha de su adhesión, un Estado candidato que ha obtenido financiación del BEI para la realización de un proyecto deja de estar sometido al capítulo 3 de esa Guía, relativo a las operaciones en el exterior de la Unión, para quedar sometido, en lo sucesivo, al capítulo 2 de la misma, relativo a las operaciones en el interior de la Unión, y debe aplicar las Directivas sobre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

- 51 De lo anterior se desprende que la Directiva 2004/18 se opone a la existencia de un acto normativo de Derecho interno como el Decreto ley n.º 72/2007, que establece que se aplicará, como excepción a lo dispuesto por la citada Directiva, el capítulo 3 de la Guía del BEI.
- 52 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la Directiva 2004/18 y, en particular, su artículo 15, letra c), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la normativa de un Estado miembro establezca, a los efectos de un procedimiento de adjudicación de un contrato público iniciado con posterioridad a la fecha de su adhesión a la Unión y que tiene por objeto la realización de un proyecto comenzado sobre la base de un contrato de financiación celebrado con el BEI antes de dicha adhesión, la aplicación de los criterios específicos establecidos en la Guía del BEI, que no son conformes con las disposiciones de la citada Directiva.

Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta

- 53 Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 9, apartado 5, y el artículo 60, letra a), del Reglamento n.º 1083/2006 deben interpretarse en el sentido de que un procedimiento de adjudicación de un contrato público como el controvertido en el litigio principal, en el que se han aplicado criterios más restrictivos que los enunciados en la Directiva 2004/18, puede considerarse conforme con el Derecho de la Unión y que cumple los requisitos para recibir financiación europea no rembolsable, concedida retrospectivamente, y si, en su caso, el artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 debe interpretarse en el sentido de que el empleo de criterios de selección previa de licitadores más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18 constituye una «irregularidad» en el sentido de esa disposición, que justifica la aplicación de una corrección financiera en virtud del artículo 98 del citado Reglamento.
- 54 En lo que atañe al primer aspecto, del tenor del artículo 9, apartado 5, del Reglamento n.º 1083/2006, interpretado a la luz del considerando 22 de dicho Reglamento se desprende que los Fondos Europeos sólo pretenden financiar operaciones conformes con el Tratado y con los actos adoptados en virtud de éste.
- 55 Además, con arreglo al artículo 60, letra a), del Reglamento n.º 1083/2006, la autoridad de gestión garantizará que la selección de las operaciones para su financiación se realiza de conformidad con las normas de la Unión y nacionales aplicables en la materia durante todo el período de ejecución.
- 56 De este modo, el Reglamento n.º 1083/2006 forma parte de un dispositivo que garantiza la buena gestión de los fondos de la Unión y la protección de sus intereses financieros (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de mayo de 2016, Județul Neamț y Județul Bacău, C-260/14 y C-261/14, EU:C:2016:360, apartado 34).
- 57 De ello se deduce que la Unión únicamente tiene vocación de financiar, mediante los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión, las acciones que se realizan en completa conformidad con el Derecho de la Unión, incluidas las normas aplicables en materia de contratos públicos (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 43 y jurisprudencia citada).
- 58 En el caso de autos, no se discute que, para la selección previa de los candidatos, CNADNR siguió las normas del capítulo 3 de la Guía del BEI. A este respecto, el hecho de seguir las normas de esta Guía no puede excluir, *ab initio*, que fueran respetadas las normas de la Unión, tal como resultan de la Directiva 2004/18. Sin embargo, según la información del tribunal remitente, los criterios de selección previa controvertidos en el litigio principal son más restrictivos que los enunciados en los artículos 44, 45 y 47 de la Directiva 2004/18.

- 59 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, un procedimiento de adjudicación de un contrato público como el controvertido en el litigio principal, en el que se han aplicado criterios más restrictivos que los enunciados en la Directiva 2004/18, no puede considerarse tramitado en plena conformidad con el Derecho de la Unión.
- 60 En lo que atañe al segundo aspecto mencionado en el apartado 53 de la presente sentencia, de la definición que figura en el artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 se desprende que una violación del Derecho de la Unión sólo constituye una «irregularidad» en el sentido de dicha disposición si tiene o si puede tener por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión al cargarle un gasto injustificado. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal violación debe considerarse una irregularidad siempre que pueda, como tal, tener una incidencia en el presupuesto. En cambio, no se exige demostrar la existencia de una incidencia financiera concreta (sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 44 y jurisprudencia citada).
- 61 En consecuencia, procede considerar que un incumplimiento de las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos constituye una «irregularidad» en el sentido del artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 siempre que no pueda excluirse la posibilidad de que tal incumplimiento haya incidido en el presupuesto del Fondo de que se trate (sentencia de 14 de julio de 2016, Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 45).
- 62 En el caso de autos, el empleo de criterios de selección previa de licitadores más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18 constituye una «irregularidad», en el sentido del artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006, en tanto en cuanto no puede excluirse que tal empleo haya incidido en el presupuesto del Fondo de que se trata.
- 63 A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que la autoridad de gestión ha puesto de relieve, en el litigio principal, que los criterios de selección previa de los licitadores eran más restrictivos que los establecidos en la Directiva 2004/18 y que tenían como efecto restringir el círculo de los participantes en el procedimiento de licitación controvertido en el litigio principal, por lo que no puede excluirse la incidencia en el presupuesto del Fondo, extremo que incumbe verificar al tribunal remitente.
- 64 Por último, en cuanto a la cuestión de si dicha irregularidad justifica la aplicación de una corrección financiera en virtud del artículo 98 del Reglamento n.º 1083/2006, procede señalar que incumbe a los Estados miembros efectuar una corrección financiera cuando se haya constatado una irregularidad.
- 65 A tal efecto, el apartado 2 de dicho artículo obliga a la autoridad nacional competente a determinar el importe de la corrección que aplicará teniendo en cuenta tres criterios, a saber, la naturaleza de la irregularidad comprobada, su gravedad y las pérdidas financieras que ésta acarrea al Fondo en cuestión (sentencia de 14 de julio de 2016, Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, apartado 47).
- 66 Cuando se trata, como en el litigio principal, de una irregularidad puntual, y no sistémica, esta última exigencia implica necesariamente un examen casuístico que tenga en cuenta todas las circunstancias pertinentes a la vista de cada uno de esos tres criterios.
- 67 En el caso de autos, el hecho de que CNADNR actuó conforme a la normativa nacional, que le imponía una excepción a la aplicación de la Directiva 2004/18 y le privaba con ello de cualquier margen de apreciación sobre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos que debía seguir, es una circunstancia que puede influir en el importe final de la corrección financiera debida y cuya verificación incumbe al tribunal remitente, a la vista de las circunstancias concretas del asunto.

68 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta:

- El artículo 9, apartado 5, y el artículo 60, letra a), del Reglamento n.º 1083/2006 deben interpretarse en el sentido de que un procedimiento de adjudicación de un contrato público como el controvertido en el litigio principal, en el que se han aplicado criterios más restrictivos que los establecidos en la Directiva 2004/18, no puede considerarse tramitado en plena conformidad con el Derecho de la Unión y no cumple los requisitos para recibir financiación europea no rembolsable, concedida retrospectivamente.
- El artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 debe interpretarse en el sentido de que el empleo de criterios de selección previa de licitadores más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18 constituye una «irregularidad» en el sentido de esa disposición, que justifica la aplicación de una corrección financiera en virtud del artículo 98 del citado Reglamento siempre que no pueda excluirse que tal empleo haya incidido en el presupuesto del Fondo de que se trata, circunstancia que corresponde verificar al tribunal remitente.

Costas

69 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el tribunal remitente, 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 Octava) declara:

- 1) 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 y, en particular, su artículo 15, letra c), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la normativa de un Estado miembro establezca, a los efectos de un procedimiento de adjudicación de un contrato público iniciado con posterioridad a la fecha de su adhesión a la Unión Europea y que tiene por objeto la realización de un proyecto comenzado sobre la base de un contrato de financiación celebrado con el Banco Europeo de Inversiones antes de dicha adhesión, la aplicación de los criterios específicos establecidos en la Guía para la adjudicación de contratos públicos del Banco Europeo de Inversiones, que no son conformes con las disposiciones de la citada Directiva.
- 2) El artículo 9, apartado 5, y el artículo 60, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1260/1999, deben interpretarse en el sentido de que un procedimiento de adjudicación de un contrato público como el controvertido en el litigio principal, en el que se han aplicado criterios más restrictivos que los establecidos en la Directiva 2004/18, no puede considerarse tramitado en plena conformidad con el Derecho de la Unión y no cumple los requisitos para recibir financiación europea no rembolsable, concedida retrospectivamente.

El artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 debe interpretarse en el sentido de que el empleo de criterios de selección previa de licitadores más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18 constituye una «irregularidad» en el sentido de esa disposición, que

justifica la aplicación de una corrección financiera en virtud del artículo 98 del citado Reglamento siempre que no pueda excluirse que tal empleo haya incidido en el presupuesto del Fondo de que se trata, circunstancia que corresponde verificar al tribunal remitente.

Firmas