



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MELCHIOR WATHELET  
presentadas el 7 de junio de 2018<sup>1</sup>

**Asunto C-300/17**

**Hochtief AG**  
**contra**  
**Budapest Főváros Önkormányzata**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 89/665/CEE — Adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras — Procedimientos de recurso — Artículo 2, apartado 6 — Demanda de indemnización por daños y perjuicios — Declaración previa obligatoria de la ilegalidad de la decisión del poder adjudicador — Rechazo de motivos no invocados ante una comisión arbitral — Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Derecho a la tutela judicial efectiva — Principios de efectividad y de equivalencia»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras,<sup>2</sup> en su versión modificada por la Directiva 2014/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.<sup>3</sup>
2. Esta petición se ha suscitado en un litigio entre Hochtief AG y el Budapest Főváros Önkormányzata (Gobierno local de Budapest, Hungría; en lo sucesivo, «BFÖ») en relación con una demanda de indemnización por daños y perjuicios por infracción de las normas en materia de contratación pública.
3. Mediante su petición de decisión prejudicial, la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) pregunta sobre la incidencia que puede tener la articulación de las normas procesales nacionales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando las citadas normas no plantean necesariamente ninguna dificultad si se aprecian por separado.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> DO 1989, L 395, p. 33.

<sup>3</sup> DO 2014, L 94, p. 1.

## II. Marco normativo

### A. Derecho de la Unión

4. El artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665 establece:

«En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, 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 de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

5. A tenor del artículo 2, apartados 1, 2, 6 y 9, de la Directiva 89/665:

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

[...]

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

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

2. Las facultades establecidas en el apartado 1 y en los artículos 2 *quinquies* y 2 *sexies* podrán conferirse a organismos distintos, responsables de diferentes aspectos de los procedimientos de recurso.

[...]

6. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclame una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada debe ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto.

[...]

9. Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo [267 TFUE], y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.»

## **B. Derecho húngaro**

### *1. Ley n.º CXXIX de 2003 de contratos públicos*

6. Los hechos controvertidos en el litigio principal se produjeron en 2005. En ese momento estaban sujetos a lo dispuesto en la *közbeszerzéséről szóló 2003 évi CXXIX. törvény* (Ley n.º CXXIX de 2003 de contratos públicos; en lo sucesivo, «Ley de contratos públicos»).

7. De conformidad con el artículo 108, apartado 3, de la Ley de contratos públicos, «el candidato podrá modificar su solicitud de participación hasta el momento en que expire el plazo para la presentación de la misma».

8. El artículo 350 de la Ley de contratos públicos dispone:

«La posibilidad de hacer valer cualquier pretensión de carácter civil basada en una infracción de normas relativas a los contratos públicos o al procedimiento de adjudicación de estos estará supeditada al requisito de que la Comisión arbitral en materia de contratación pública o un tribunal —conociendo del recurso contra la resolución de la Comisión arbitral— declare con carácter definitivo la existencia de la infracción.»

9. No obstante, con arreglo al artículo 351 de esa misma Ley:

«En caso de que un licitador reclame al poder adjudicador una compensación exclusivamente limitada a los gastos derivados de la preparación de la oferta y de la participación en el procedimiento de adjudicación del contrato público, será suficiente para hacer valer tal pretensión de indemnización por daños y perjuicios que acredite

- a) que el poder adjudicador ha infringido alguna disposición legal relativa a los contratos públicos o al procedimiento de adjudicación de estos,
- b) que tenía posibilidades reales de que se le adjudicara el contrato, y
- c) que la infracción ha mermado sus posibilidades de resultar adjudicatario del contrato.»

### *2. Ley n.º III de 1952 de Enjuiciamiento Civil*

10. El artículo 339/A de la *Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény* (Ley n.º III de 1952 de Enjuiciamiento Civil; en lo sucesivo, «Ley de Enjuiciamiento Civil») establece:

«Salvo disposición en contrario, el tribunal controlará la resolución administrativa basándose en la normativa vigente y en la situación fáctica existente en el momento de su adopción.»

## **III. Hechos del litigio principal**

11. El 5 de febrero de 2005, el BFÖ publicó una convocatoria para participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras por un importe superior al umbral previsto por el Derecho de la Unión, con arreglo al procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación. Se recibieron cinco candidaturas dentro del plazo establecido al efecto, una de ellas del consorcio HOLI (en lo sucesivo, «consorcio»), dirigido por Hochtief.

12. El 19 de julio de 2005, el BFÖ informó al consorcio de que su candidatura era inválida al existir una incompatibilidad y de que había sido rechazada. Justificó esta decisión en que el consorcio había nombrado como jefe de proyecto a un experto que había participado en la preparación del procedimiento de licitación junto al poder adjudicador.

13. El consorcio impugnó esta decisión ante la Közbeszerzési Döntőbizottság (Comisión arbitral en materia de contratación pública, Hungría; en lo sucesivo, «Comisión arbitral»). Dicha Comisión desestimó el recurso mediante resolución de 12 de septiembre de 2005. Consideró que la designación del experto en la solicitud de participación no podía considerarse un error administrativo, como alegaba Hochtief, dado que no tener en cuenta a dicho experto habría supuesto una modificación de la solicitud de participación, prohibida por el artículo 108, apartado 3, de la Ley de contratos públicos. También consideró que el poder adjudicador no había actuado ilegalmente al seguir tramitando el procedimiento únicamente con dos candidatos, ya que, según el artículo 130, apartado 7, de la Ley de contratos públicos, en caso de que se clasifique, entre los candidatos, un número suficiente de participantes que hayan presentado una candidatura conforme, será obligatorio invitarlos a presentar una oferta.

14. El consorcio recurrió judicialmente la resolución de la Comisión arbitral. Mediante sentencia de 28 de abril de 2006, el Fővárosi Bíróság (Tribunal de la Capital, Hungría) desestimó su recurso. En el marco de un recurso contra dicha resolución, el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital, Hungría) suspendió el procedimiento y planteó una petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 15 de octubre de 2009, Hochtief y Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. A raíz de dicha sentencia, el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) confirmó la sentencia de 28 de abril de 2006 mediante resolución de 20 de enero de 2010.

16. Ante dicho órgano jurisdiccional, la demandante alegó, basándose en la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), que no había podido formular observaciones sobre las circunstancias del asunto o demostrar que la presencia del experto no podía perjudicar una competencia equitativa y transparente.

17. Por tanto, esa sentencia, anterior a la resolución del BFÖ, ya se había dictado cuando Hochtief interpuso su recurso ante la Comisión arbitral. Sin embargo, no estuvo «disponible» en versión húngara hasta una fecha posterior.<sup>4</sup> En su sentencia, el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) señaló, no obstante, que no iba a analizar esa alegación pues no figuraba en la demanda presentada en primera instancia. Según el órgano jurisdiccional remitente, la cuestión de si el poder adjudicador había cometido una infracción al considerar que existía una incompatibilidad y no ofrecer a la parte demandante en el litigio principal la posibilidad de defenderse no figuraba en la demanda. Añade que dicha parte no alegó hasta la fase de apelación que la prohibición que se le había infligido constituía una restricción desproporcionada de su derecho a presentar su candidatura y de licitar, contraria al artículo 220 CE, al artículo 6 de la Directiva 93/37/CEE<sup>5</sup> y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

18. Mediante sentencia de 7 de febrero de 2011, el Legfelsőbb Bíróság [denominación anterior de la Kúria (Tribunal Supremo)] ratificó la sentencia del Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) de 20 de enero de 2010.

<sup>4</sup> Según un escrito remitido por la Secretaría del Tribunal de Justicia a Hochtief el 22 de septiembre de 2010, la traducción húngara de la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127) fue recibida en la Secretaría el 2 de octubre de 2006. No obstante, la Secretaría precisaba que no era posible determinar con exactitud la fecha en la que fue publicada en el sitio de Internet del Tribunal de Justicia.

<sup>5</sup> Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 199, p. 54).

19. Con carácter paralelo a estos procedimientos, la Dirección General de la Comisión Europea encargada de la política regional llevó a cabo durante 2008 una auditoría sobre el procedimiento de adjudicación de contratos controvertido. Llegó a la conclusión de que el poder adjudicador había infringido las normas sobre contratación pública al convocar un procedimiento negociado, por un lado, y al haber excluido a uno de los candidatos durante la fase de preselección sin darle la oportunidad de aportar prueba en contrario, de conformidad con la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), es decir, de acreditar que la presencia del experto nombrado jefe de proyecto no podía distorsionar la competencia.

20. Sobre la base de las observaciones formuladas por la Comisión, el 11 de agosto de 2011, Hochtief inició un procedimiento de revisión contra la sentencia del Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital). Mediante auto del 6 de junio de 2013, el Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de la Capital, Hungría) desestimó el recurso de revisión, auto que fue confirmado mediante resolución del Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría), pronunciándose en última instancia.

21. Apoyándose en las apreciaciones de la Comisión, Hochtief interpuso un nuevo recurso en el que solicitaba que se condenara al poder adjudicador a abonarle una indemnización correspondiente a los gastos que le había supuesto participar en el procedimiento de adjudicación del contrato público.

22. Al ser desestimado dicho recurso en primera instancia y en apelación, Hochtief interpuso un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente en el que invoca, en particular, la infracción del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665.

23. El órgano jurisdiccional remitente expone, en esencia, que de la Directiva 89/665 resulta que la presentación de demandas de indemnización por daños y perjuicios puede estar supeditada a la anulación previa de la decisión impugnada por parte de un organismo administrativo o de un tribunal (sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, apartado 35), de modo que el artículo 2 de la citada Directiva no parece oponerse, en principio, a una disposición legislativa nacional como el artículo 350 de la Ley de contratos públicos. Sin embargo, la aplicación de esa disposición, junto con otras disposiciones de la Ley de contratos públicos y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede tener por efecto impedir que un candidato excluido de un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, como la demandante en el litigio principal, pueda ejercitar una acción de indemnización por daños y perjuicios si no puede hacer valer una decisión que declare con carácter definitivo la existencia de una infracción de las normas de contratación pública. En tales condiciones, podría estar justificado bien prever la posibilidad de aportar pruebas de esa infracción por otros medios, bien dejar inaplicada la norma interna en virtud del principio de efectividad, bien incluso interpretarla a la luz del Derecho de la Unión.

24. Por consiguiente, la Kúria (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

#### **IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

25. Mediante resolución de 11 de mayo de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de mayo de 2017, la Kúria (Tribunal Supremo) acordó plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el Derecho de la Unión a una disposición procesal de un Estado miembro que supedita la posibilidad de hacer valer cualquier pretensión civil que traiga causa de la infracción de una norma en materia de contratación pública al requisito de que la Comisión arbitral en materia de

contratación pública o un tribunal —conociendo del recurso contra la resolución de la Comisión arbitral en materia de contratación pública— declare con carácter definitivo la existencia de la infracción de la norma?

- 2) Una disposición de un Estado miembro que establece, como requisito previo para poder hacer valer una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, que la Comisión arbitral en materia de contratación pública o un tribunal —conociendo del recurso contra la resolución de la Comisión arbitral en materia de contratación pública— declare con carácter definitivo la existencia de la infracción de la norma ¿puede quedar sustituida por otra con arreglo al Derecho de la Unión? Esto es, ¿cabe la posibilidad de que el perjudicado acredite por otros medios la infracción de la norma?
- 3) En el marco de un litigio destinado a obtener una indemnización por daños y perjuicios ¿es contraria al Derecho de la Unión y, en particular, a los principios de efectividad y de equivalencia, o puede causar un efecto contrario a ese Derecho y a esos principios, una disposición procesal de un Estado miembro que únicamente permite impugnar judicialmente una resolución administrativa sobre la base de los argumentos de Derecho alegados en el procedimiento ante la Comisión arbitral en materia de contratación pública, aun cuando el perjudicado, como fundamento de la infracción de la norma que alega, solo pueda invocar la ilegalidad de su exclusión basada en la existencia de un conflicto de intereses conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de modo tal que provoque su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato público por otra causa, con arreglo a las normas propias del procedimiento negociado, habiéndose producido la modificación de su candidatura?»

26. Han presentado observaciones escritas la demandante en el litigio principal, los Gobiernos húngaro, griego, austriaco y polaco, y la Comisión. Además, la demandante en el litigio principal, el Gobierno húngaro y la Comisión formularon alegaciones en la vista celebrada el 30 de abril de 2018.

## V. Análisis

### A. *Observaciones metodológicas preliminares*

27. La petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) en el procedimiento principal plantea dos problemas metodológicos preliminares: por un lado, el modo en que han de abordarse las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente y, por otro, la norma a la luz de la cual deben analizarse los problemas.

#### *1. Sobre el modo en que han de apreciarse las cuestiones prejudiciales*

28. La petición de decisión prejudicial contiene tres cuestiones diferentes. Sin embargo, resulta evidente a primera vista que el examen individualizado de cada una de ellas no pone de manifiesto necesariamente la existencia de dificultades en lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva. En cambio, la articulación de las normas procesales de que se trata suscita muchas más dudas.

29. Por consiguiente, estimo oportuno, o incluso necesario, abordar las tres cuestiones prejudiciales planteadas de forma conjunta aunque en última instancia sea posible responder a ellas por separado.

30. He de señalar asimismo, desde un principio, que la precisión que aporta la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial no me parece pertinente. En efecto, el hecho de que el perjudicado solo pueda invocar un motivo basado en una ilegalidad que ha provocado, en cualquier caso, su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato público carece de incidencia en el razonamiento jurídico que es preciso desarrollar para responder a la tercera cuestión prejudicial. La incidencia de un motivo de exclusión sobre el resultado del litigio principal es una cuestión que únicamente puede

presentarse en un segundo momento y que incumbe resolver, en exclusiva, al órgano jurisdiccional remitente.<sup>6</sup> Por lo tanto, no la examinaré.

31. Por consiguiente, desarrollaré mi análisis en tres fases. En primer lugar, examinaré si es lícito supeditar un procedimiento de indemnización por daños y perjuicios a la anulación previa de una decisión supuestamente ilegal (y, por tanto, *a fortiori*, a la declaración de su ilegalidad). A continuación, abordaré el problema de la limitación del control de legalidad al marco jurídico y fáctico definido por el demandante en su escrito de demanda. Por último, analizaré las consecuencias que, en lo que respecta a la tutela judicial efectiva, tiene la aplicación de esas dos limitaciones procesales del recurso de anulación al recurso de indemnización por daños y perjuicios.

## 2. Sobre la norma de control

32. Resulta asimismo necesario determinar la norma a la luz de la cual han de examinarse estos problemas. En su tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente alude a los principios de equivalencia y de efectividad que tradicionalmente han limitado la autonomía procesal de los Estados miembros. Sin embargo, ha motivado su petición de decisión prejudicial en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), que consagra en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea el derecho a la tutela judicial efectiva y a un tribunal imparcial.<sup>7</sup>

33. Desde mi punto de vista, procede otorgar prioridad a este planteamiento. En efecto, consta, por un lado, que la obligación que el artículo 19 TUE, apartado 1, impone a los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión se corresponde con el artículo 47 de la Carta<sup>8</sup> y, por otro, que de ello se desprende que, a la hora de definir la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos conferidos por una norma de la Unión, como la Directiva 89/665, 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. Las características de un recurso como el que se prevé en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 deben pues determinarse de conformidad con el artículo 47 de la Carta.<sup>9</sup>

34. De hecho, esa es la vía por la que ha optado ya el Tribunal de Justicia al interpretar la Directiva 89/665, pues este ha declarado en varias ocasiones que su artículo 1 debía «interpretarse *necesariamente* a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la [...] Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47».<sup>10</sup> Esto significa, concretamente, que a la hora de definir la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos conferidos por la Directiva 89/665 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.<sup>11</sup>

6 Sobre todo, habida cuenta de que Hochtief (apartado 34 de sus observaciones escritas) y el Gobierno húngaro (apartados 13 a 15 de sus observaciones escritas) cuestionan la tesis según la cual la demandante en el litigio principal únicamente podría invocar el motivo «nuevo» modificando su candidatura, lo cual constituye un motivo de exclusión del procedimiento.

7 Apartado 22 de la petición de decisión prejudicial.

8 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 16 de mayo de 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 44; de 26 de julio de 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591), apartado 30, y de 27 de septiembre de 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725), apartado 58.

9 Véase, en ese sentido, en relación con la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO 2013, L 180, p. 60), la sentencia de 26 de julio de 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591), apartado 31, y, con respecto a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO 1995, L 281, p. 31), la sentencia de 27 de septiembre de 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725), apartados 59 y 60.

10 Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 49; el subrayado es mío.

11 Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, *Star Storage y otros* (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 46.

35. Por consiguiente, examinaré, a la luz de las exigencias del artículo 47 de la Carta, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

***B. Sobre la posibilidad de supeditar un procedimiento de indemnización por daños y perjuicios a la anulación previa de la decisión supuestamente ilegal***

36. El artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665 impone 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 procedimientos de adjudicación de contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE<sup>12</sup> o de la Directiva 2014/23 puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible.

37. De conformidad con el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665, deben poder adoptarse tres tipos de medidas en el marco de dichos recursos: en primer lugar, medidas provisionales para corregir la ilegalidad invocada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, en segundo lugar, la anulación de las decisiones ilegales, y, en tercer lugar, una indemnización por daños y perjuicios a favor de las personas perjudicadas por la infracción de las normas aplicables.

38. En lo que respecta a este último tipo de medidas, el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 precisa que los Estados miembros pueden condicionar la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la anulación previa de la decisión supuestamente ilegal. Sin embargo, dicha disposición no especifica los requisitos de admisibilidad de dichas acciones. El Tribunal de Justicia ha deducido de ello que, «*en principio*, [...] el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 no se opone a una disposición de Derecho nacional [...] conforme a la cual la declaración de una infracción del Derecho de la contratación mencionada en él es la condición previa a la presentación de una demanda por daños y perjuicios». <sup>13</sup> Es lo que yo denominaría el principio de precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización.

39. Al tratarse de una mera posibilidad —dado que el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 emplea el verbo «poder» y no «deber»—, los Estados miembros que hagan uso de ella son libres para modularla. <sup>14</sup> Así, pueden prever supuestos en los que la falta de anulación previa no constituya un motivo de inadmisibilidad de la demanda de indemnización por daños y perjuicios. <sup>15</sup>

40. En cualquier caso, la aplicación del principio de precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización, junto con otra norma procesal, no puede dar lugar a que se prive al perjudicado no solo de la posibilidad de solicitar la anulación de la decisión del poder adjudicador sino también de los demás recursos previstos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva

<sup>12</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

<sup>13</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 36; el subrayado es mío.

<sup>14</sup> Véase, en ese sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 35.

<sup>15</sup> En cambio, desde mi punto de vista, esta posibilidad excepcional no puede transformarse en obligación, so pena de privar de gran parte de su utilidad al principio de precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización, que autoriza el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665.

89/665. En efecto, ese «régimen» sería contrario al principio de efectividad.<sup>16</sup> Pues bien, ese principio se considera una de las «exigencias [...] que expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que el Derecho [de la Unión] confiere a los justiciables»,<sup>17</sup> consagrada en el artículo 47 de la Carta.

41. En el presente asunto, lo que puede plantear problemas a la luz del artículo 47 de la Carta es la aplicación conjunta del artículo 350 de la Ley de contratos públicos y del artículo 339/A de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### ***C. Sobre la circunscripción del control de legalidad al marco jurídico y fáctico definido por el demandante.***

42. El artículo 339/A de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que un tribunal solo puede controlar una resolución administrativa basándose en la normativa vigente cuando esta se adoptó y en la situación fáctica existente en ese momento.

43. Más concretamente, en el ámbito de las impugnaciones de decisiones adoptadas en materia de contratación pública, ello supone que los órganos jurisdiccionales nacionales llamados a controlar las resoluciones de la Comisión arbitral no pueden examinar motivos nuevos no invocados ante ella.

44. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores que sean incompatibles con el Derecho de la Unión puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

45. Para ello, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 89/665 faculta a los Estados miembros para atribuir facultades de anulación y de reparación a instancias que no son necesariamente judiciales.<sup>18</sup> Por lo demás, la Directiva 89/665 no contiene ninguna disposición que regule específicamente las condiciones en las que pueden ejercitarse tales vías de recurso.<sup>19</sup> Por consiguiente, la Directiva 89/665 otorga a los Estados cierto margen de discrecionalidad para elegir las garantías procedimentales que contempla y las correspondientes formalidades.<sup>20</sup>

46. Conforme a reiterada jurisprudencia, les corresponde configurar, en virtud del principio de autonomía procesal, la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No obstante, tales modalidades procesales no deben privar de efecto útil a la Directiva 89/665.<sup>21</sup>

16 Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el Derecho de la Unión Europea, en particular el principio de efectividad, se opone a una normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma del Derecho de contratación pública a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que empieza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador» (sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, apartado 46 y fallo).

17 Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 47; el subrayado es mío. Véanse, asimismo, las sentencias de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), apartado 49, y de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680), apartado 59.

18 En ese caso, el artículo 2, apartado 9, de la Directiva 89/665 exige, no obstante, que toda medida ilegal que pudieran tomar esos «órganos de recurso» no jurisdiccionales o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de sus facultades pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional (o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y el órgano de recurso).

19 Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 42.

20 Véase, en ese sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 44.

21 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 40; de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 47; de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 43, y de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros (C-391/15, EU:C:2017:268), apartado 33.

47. En estas circunstancias, no creo que una norma como la prevista en el artículo 339/A de la Ley de Enjuiciamiento Civil sea contraria, en sí, al Derecho de la Unión, si se aplica en el marco del control de legalidad que llevan a cabo la Comisión arbitral y, posteriormente, los órganos jurisdiccionales.

48. En efecto, del tercer considerando de la Directiva 89/665 se desprende que uno de sus objetivos prioritarios es asegurar «recursos eficaces y rápidos».<sup>22</sup> El propio legislador ha subrayado la importancia de esta segunda característica al imponer expresamente a los Estados miembros, a través del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la citada Directiva, la obligación de adoptar «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».<sup>23</sup>

49. Pues bien, circunscribir el control judicial a los motivos invocados ante la Comisión arbitral basándose en la normativa vigente cuando se adoptó la decisión y en la situación fáctica existente en ese momento contribuye a lograr ese objetivo de celeridad sin vulnerar, no obstante, la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>24</sup>

50. Por un lado, esa regla evita que se prolongue el procedimiento al impedir que se abra un nuevo debate —que debería ser necesariamente contradictorio y resolverse mediante una decisión motivada— ante el órgano jurisdiccional de control. De ese modo, contribuye a la buena administración de la justicia en beneficio de los justiciables<sup>25</sup> y consolida la exigencia de seguridad jurídica que debe prevalecer en los recursos que tienen por objeto privar de efectos a un contrato.<sup>26</sup> Por otra parte, no priva al justiciable del acceso a un juez. Lo enmarca en los límites que el propio justiciable ha establecido, bajo su exclusiva responsabilidad.

51. A este respecto, al ser preguntado sobre las consecuencias de una norma procesal que limita la actuación del juez a las alegaciones formuladas por las partes, el Tribunal de Justicia declaró que el principio de efectividad no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de examinar de oficio un motivo basado en una disposición del Derecho de la Unión, con independencia de la importancia de esta para el ordenamiento jurídico de la Unión, siempre y cuando las partes tengan una oportunidad efectiva de formular un motivo basado en el Derecho de la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional.<sup>27</sup>

52. En estas circunstancias, si bien es cierto que una norma procesal que tiene como consecuencia circunscribir el litigio exclusivamente a los motivos invocados ante la Comisión arbitral limita el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47 de la Carta, está justificada con arreglo al artículo 52, apartado 1, de esta, por cuanto está establecida por la ley, respeta el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y respeta el objetivo de celeridad de los recursos previsto en la Directiva 89/665, que contribuye a la buena administración de la justicia y a la exigencia de seguridad jurídica.

<sup>22</sup> El subrayado es mío.

<sup>23</sup> El subrayado es mío.

<sup>24</sup> Véase, en ese sentido, el punto 90 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Mengozzi en el asunto *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50), según el cual «la prohibición de invocar motivos nuevos en fase de apelación [...] es una prohibición común a los ordenamientos de varios Estados miembros y [...] tampoco compromete la efectividad del recurso». El Tribunal de Justicia ha ratificado esa postura y la legalidad teórica de ese principio. En efecto, en el apartado 87 de su sentencia de 26 de septiembre de 2013, *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588), el Tribunal de Justicia estimó, en respuesta a una alegación relativa a la prohibición de presentar nuevos motivos en la fase de apelación, que no disponía «de datos que permitan dudar de la conformidad del régimen sancionador controvertido en el litigio principal con los principios de tutela judicial efectiva y respeto del derecho de defensa».

<sup>25</sup> Así pues, el Tribunal de Justicia ha considerado que una exigencia financiera podía «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» (sentencia de 15 de septiembre de 2016, *Star Storage y otros*, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 54.

<sup>26</sup> Véase, en ese sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 40.

<sup>27</sup> Véase, a este respecto, la sentencia de 7 de junio de 2007, *van der Weerd y otros* (C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318), apartado 41.

#### ***D. Aplicación de los límites procesales del contencioso sobre la legalidad al contencioso sobre la indemnización***

53. De las consideraciones anteriores se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva no se opone a la norma que prevé la precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización ni a la que impide invocar un motivo jurídico nuevo una vez iniciado el procedimiento, cuando tales normas se aprecian por separado.

54. Sin embargo, la aplicación combinada de los artículos 350 de la Ley de contratos públicos y 339/A de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por efecto que una demanda de indemnización por daños y perjuicios sea inadmisibile cuando no se haya dictado con carácter previo una resolución por la que se declare la ilegalidad del contrato controvertido, al margen de que el solicitante de la indemnización haya tenido realmente la posibilidad de plantear el motivo de ilegalidad pertinente en el marco del contencioso sobre la legalidad.

55. Desde mi punto de vista, esa consecuencia es contraria al artículo 47 de la Carta, pues vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza dicha disposición, al hacer imposible, en la práctica, que pueda interponerse una demanda de indemnización por daños y perjuicios, sin que esté justificada por un objetivo de interés general, en contra de lo que exige el artículo 52, apartado 1, de la Carta.

##### *1. Sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*

56. La exigencia de tutela judicial efectiva implica que se pueda obtener la reparación del perjuicio sufrido en caso de vulneración del Derecho de la Unión. En efecto, cuando se ha aplicado un acto cuya validez se cuestiona, su anulación no siempre permite reparar la totalidad del perjuicio sufrido.<sup>28</sup> Aunque la inaplicabilidad del acto paraliza sus efectos en la situación sometida a la consideración del juez, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios compensa el perjuicio que haya podido derivarse de él. Por tanto, la tutela judicial completa del justiciable precisa de ambas.<sup>29</sup>

57. En estas condiciones, aunque el principio de precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización autorizado en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 puede explicarse y justificarse por razones relacionadas con la economía procesal y, en definitiva, con la seguridad jurídica,<sup>30</sup> la norma que lo instaura debe excluirse cuando se acredite que no se pudo declarar la ilegalidad de la decisión controvertida por un motivo legítimo ajeno al comportamiento del demandante.

58. En caso contrario, el justiciable quedaría privado de toda tutela judicial, siendo la demanda de indemnización por daños y perjuicios, en esas circunstancias concretas, «el último bastión de la protección de los particulares cuando [...] las demás vías jurídicas no les han ofrecido una protección efectiva».<sup>31</sup>

28 Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2017, *Safa Nicu Sepahan/Consejo* (C-45/15 P, EU:C:2017:402), apartado 49.

29 Véase, a este respecto, en relación con las normas legales, Dubouis, L., «La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté», *Revue française de droit administratif*, n.º 3, 1996, pp. 583 a 601.

30 En efecto, este principio tiene por objeto encomendar el control de las normas en materia de contratación pública a órganos de control especializados. Se trata de garantizar que toda cuestión jurídica relativa a la infracción del Derecho de la contratación pública que surja en el marco de otros procedimientos haya sido ya resuelta con carácter definitivo por el órgano especializado designado a estos efectos.

31 Sobre el recurso de responsabilidad extracontractual, Berrod, Fr., *La systématique des voies de droit communautaire*, París, Dalloz, 2003, n.º 946.

59. Esta característica particular del contencioso sobre la indemnización permea toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la articulación de las vías de recurso y su incidencia sobre la tutela judicial efectiva, bien para contrarrestar la severidad de los requisitos de admisibilidad del recurso de anulación en el contencioso sobre la legalidad de los actos de la Unión,<sup>32</sup> bien para paliar la falta de efecto directo horizontal de las directivas<sup>33</sup> o incluso cuando ya no pueda rectificarse una vulneración de los derechos que confiere del Derecho de la Unión mediante una resolución judicial definitiva.

60. En este último supuesto, aunque el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de una disposición pertinente de dicho Derecho efectuada por el Tribunal de Justicia después de que haya adquirido fuerza de cosa juzgada la resolución de un órgano jurisdiccional, dicho órgano jurisdiccional deba reconsiderar, en principio, dicha decisión, «no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos».<sup>34</sup>

61. Esta es la lógica que se aplicó al reconocer la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales de última instancia en caso de infracción del Derecho de la Unión. En efecto, «habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que el Derecho [de la Unión] confiere a los particulares, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho [de la Unión] imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia».<sup>35</sup>

62. La plena eficacia del Derecho de la Unión y la protección de los derechos que reconoce, en los que se basa dicha jurisprudencia, también exigen que se adopte esa solución cuando la conjunción de normas procesales «inmunice» a un poder adjudicador frente a cualquier responsabilidad, pese a haber infringido el Derecho de la Unión. La voluntad del legislador de garantizar que existan procedimientos adecuados que permitan indemnizar a los perjudicados por una infracción de las normas en materia de contratación pública<sup>36</sup> corrobora esa interpretación.

63. También contribuye a garantizar la primacía del Derecho de la Unión, pues el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando resulta evidente que las apreciaciones efectuadas por un órgano jurisdiccional nacional no son conformes con el Derecho de la Unión, este exige que otro órgano jurisdiccional nacional, aunque esté incondicionalmente vinculado por la interpretación del Derecho de la Unión efectuada por el primer órgano jurisdiccional conforme a su Derecho interno, deje sin aplicación, por su propia autoridad, la norma de Derecho interno que le obliga a acomodarse a la interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el primer órgano jurisdiccional.<sup>37</sup>

64. En relación con el problema de la articulación de las normas procesales que nos ocupa, si el solicitante de una indemnización por daños y perjuicios no ha tenido realmente la posibilidad de invocar en el contencioso sobre la legalidad el motivo que desea alegar en apoyo de su demanda de indemnización por daños y perjuicios, no se podrá rectificar la aplicación incorrecta del Derecho de la Unión. Pues bien, con el fin de garantizar la primacía del Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional debe adoptar todas las medidas necesarias a tal efecto en el marco de sus competencias.<sup>38</sup> De

32 Véase, en ese sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión (C-131/03 P, EU:C:2006:541), apartado 82.

33 Véase, en ese sentido, en particular, las sentencias de 24 de enero de 2012, Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), apartados 42 y 43, y de 26 de marzo de 2015, Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), apartado 48.

34 Sentencia de 6 de octubre de 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662), apartado 40.

35 Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 33. Véase, asimismo, la sentencia de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), apartado 31.

36 Véase, en ese sentido, el sexto considerando de la Directiva 89/665.

37 Véase, en ese sentido, el auto de 15 de octubre de 2015, Naderhirm (C-581/14, no publicado, EU:C:2015:707), apartado 35.

38 Véase, en ese sentido, el auto de 15 de octubre de 2015, Naderhirm (C-581/14, no publicado, EU:C:2015:707), apartado 37.

lo anterior se desprende que, si se acredita que no ha sido posible declarar la ilegalidad de la decisión del poder adjudicador por un motivo ajeno al comportamiento del demandante, el órgano jurisdiccional nacional competente debe excluir la norma que aplica el principio de precedencia del contencioso sobre la legalidad con respecto al contencioso sobre la indemnización.

## 2. *Sobre la inexistencia de justificación*

65. Al examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de una norma que impide invocar un motivo de Derecho que no ha sido alegado en el escrito de demanda, he considerado que el objetivo de celeridad que persigue la Directiva 89/665 permite justificar la aplicación de esa norma en el marco del procedimiento de control de la legalidad de las decisiones adoptadas en materia de contratación pública, dado que contribuye a la buena administración de la justicia y consolida la exigencia de seguridad jurídica que debe prevalecer en los recursos que tienen por objeto privar de efectos a un contrato.

66. Dicho esto, como ha señalado el Tribunal de Justicia, «el grado de exigencia de seguridad jurídica en relación con los requisitos de admisibilidad no es idéntico para las demandas por daños y perjuicios y para los recursos que tienen por objeto privar de efectos a un contrato. En efecto, privar de eficacia a un contrato público adjudicado a raíz de un procedimiento de licitación pone fin a la existencia y eventualmente a la ejecución de dicho contrato, lo que constituye una intervención sustancial de la autoridad administrativa o judicial en las relaciones contractuales entre los particulares y los organismos estatales. Una decisión de este tipo puede, por tanto, causar una perturbación considerable y pérdidas económicas no solo al adjudicatario del contrato público afectado, sino también al poder adjudicador y, en suma, a la sociedad, beneficiaria final de la realización de las obras o de la prestación de los servicios objeto del contrato público de que se trate. Como se desprende de los considerandos 25 y 27 de la Directiva [2007/66/CE],<sup>39</sup> el legislador de la Unión ha dado una mayor importancia a la exigencia de seguridad jurídica en relación con los recursos que tienen por objeto privar de eficacia a un contrato que con las demandas de indemnización por daños y perjuicios».<sup>40</sup>

67. Por otra parte, una articulación de los procedimientos como la controvertida en el litigio principal no puede demorar el fin del procedimiento de adjudicación ni vulnerar la seguridad jurídica. En efecto, la decisión de exclusión cuya ilegalidad es la causante del perjuicio que se invoca devino firme tras desestimarse de forma definitiva tanto el recurso contra la resolución de la Comisión arbitral como el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia del Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) dictada en ese mismo procedimiento.

68. Por consiguiente, autorizar al juez que conoce del procedimiento de indemnización por daños y perjuicios para que declare la ilegalidad de la decisión que ocasionó el perjuicio invocado basándose en un motivo que no fue examinado en el procedimiento de anulación no puede tener como consecuencia privar de efectos al acto controvertido.

69. Por otra parte, esa posibilidad no puede equipararse a que el juez que conoce del procedimiento de indemnización ponga en entredicho la fuerza de cosa juzgada porque la demanda de indemnización por daños y perjuicios no tenga el mismo objeto que el recurso de anulación y este último litigio no verse sobre la misma cuestión jurídica. Por el contrario, en circunstancias análogas, el Tribunal de

<sup>39</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO 2007, L 335, p. 31).

<sup>40</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), apartados 39 y 40.

Justicia ya ha considerado que el principio de seguridad jurídica no puede justificar una norma nacional que impide al juez nacional extraer todas las consecuencias de la infracción de una disposición del Tratado debido a la existencia de una resolución judicial nacional con fuerza de cosa juzgada.<sup>41</sup>

### 3. Aplicación al caso de autos

70. Conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la infracción de la normativa sobre adjudicación de contratos públicos constituye uno de los remedios garantizados por el Derecho de la Unión.<sup>42</sup> Pues bien, parafraseando la formulación empleada por el Tribunal de Justicia en el apartado 43 de su sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), la articulación de las normas procesales aplicables al litigio principal podría dar lugar a que la persona perjudicada fuera privada no solamente de la posibilidad de que se anule la decisión del poder adjudicador sino también de todos los remedios previstos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665.

71. Por lo tanto, es preciso llegar a una conclusión similar en este caso. El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta se opone a un régimen como el controvertido en el litigio principal que vulnera ese derecho al impedir que se pueda presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios a raíz de la prohibición de tomar en consideración un motivo jurídico que el justiciable no pudo conocer, sin mediar falta o negligencia por su parte, antes de la interposición de su recurso de anulación, o, retomando los términos de la sentencia de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318), que no ha tenido la oportunidad efectiva de formular ante un órgano jurisdiccional nacional.

72. En el presente asunto, la infracción del Derecho de la Unión que invoca Hochtief por primera vez ante el Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Superior de la Capital) se basa en la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), que no estuvo «disponible» en lengua húngara hasta después de la incoación del procedimiento ante la Comisión arbitral.<sup>43</sup>

73. Queda pues por determinar si una empresa como Hochtief, sociedad alemana con domicilio social en Alemania, realmente no podía tener conocimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia antes de que esta fuera traducida al húngaro. Es indudable que también hay que tener en cuenta que la información relativa a la disponibilidad de la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127) en lengua húngara fue facilitada en lengua alemana por la Secretaría del Tribunal de Justicia a raíz de una petición formulada en ese mismo idioma por Hochtief. Sin embargo, al tratarse de una cuestión de hecho, incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si Hochtief tuvo la *oportunidad efectiva* de invocar ese motivo ante la Comisión arbitral (o ante el

41 Véase, en ese sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742), apartado 45.

42 Sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 43.

43 A diferencia de lo que sostuvo Hochtief durante la vista celebrada el 30 de abril, la alegación basada en la sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127), me parece muy distinta a la que se formuló inicialmente en el escrito de demanda. En efecto, el problema jurídico que se plantea en la citada sentencia guarda relación con el derecho de defensa y no con el problema de la incompatibilidad de la oferta en cuanto tal.

órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso en caso de que la Comisión arbitral no tenga la condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE<sup>44</sup>). En caso contrario, su demanda de indemnización por daños y perjuicios debería ser admitida a pesar de que no se haya declarado la nulidad de la decisión del poder adjudicador.

## VI. Conclusión

74. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) del siguiente modo:

- «1) El Derecho de la Unión no se opone a una norma procesal nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización por daños y perjuicios a la declaración previa y definitiva de la ilegalidad de la decisión de un poder adjudicador por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto en el sentido del artículo 2, apartado 6, 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.
- 2) El artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 no se opone a que los Estados miembros prevean supuestos en los que la falta de anulación previa no constituya un motivo de inadmisibilidad de la demanda de indemnización por daños y perjuicios basada en la irregularidad de la decisión de un poder adjudicador.
- 3) El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización por daños y perjuicios por infracción de una norma jurídica en materia de contratación pública a la declaración previa de la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate cuando el solicitante de la indemnización no haya tenido la oportunidad efectiva de invocar ante un órgano jurisdiccional nacional el motivo que desea alegar en apoyo de su demanda de indemnización por daños y perjuicios.»

<sup>44</sup> El carácter de «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, depende de un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano de que se trate, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del referido órgano de normas jurídicas y su independencia (véanse, en particular, la sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, apartado 23, y, para una aplicación reciente de dicha doctrina, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, apartado 17). Cabe destacar que el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de declarar en varias ocasiones que órganos como la Comisión arbitral deben recibir la consideración de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, al cumplir los requisitos antes citados. A este respecto, véanse, además de las dos sentencias anteriormente citadas, las sentencias de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52); de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567); de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379); de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801); de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235); de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347); de 27 de octubre de 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), y de 8 de junio de 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).