



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 28 de noviembre de 2018*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Procedimientos de recurso — Directiva 89/665/CEE — Artículo 1, apartado 3 — Directiva 92/13/CEE — Artículo 1, apartado 3 — Derecho de recurso supeditado al requisito de que se haya presentado una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato»

En el asunto C-328/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Liguria, Italia), mediante resolución de 8 de febrero de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 31 de mayo de 2017, en el procedimiento entre

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,

Atc Esercizio SpA,

Atp Esercizio Srl,

Riviera Trasporti SpA,

Tpl Linea Srl

y

Atpl Liguria — Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,

Regione Liguria,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

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

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

Secretario: Sr. R. Schiano, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de abril de 2018;

* Lengua de procedimiento: italiano.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek, J. Vlácil y T. Müller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. M.J. García-Valdecasas Dorrego, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara y P. Ondrůšek, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 5 de julio de 2018;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartados 1 a 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).
- 2 La presente petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA y Tpl Linea Srl (en lo sucesivo «Amt y otros») y la Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (Agencia Regional para el Transporte Público Local, Italia; en lo sucesivo, «Agencia»), en relación con la decisión de esta de iniciar un procedimiento informal de licitación para la adjudicación del servicio de transporte público en el territorio de la Regione Liguria (región de Liguria, Italia; en lo sucesivo, «Región»).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 89/665

- 3 El artículo 1 de la Directiva 89/665, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece:

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

[...]

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2004/18], 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.

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

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

[...]»

- 4 El artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, que trata de los «requisitos de los procedimientos de recurso», dispone:

«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;

[...]».

Directiva 92/13

- 5 Bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14), en su versión modificada por la Directiva 2007/66 (en lo sucesivo, «Directiva 92/13»), establece:

«Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

Directiva 2004/17

- 6 El artículo 1 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1), dedicado a las «Definiciones», disponía en su apartado 3, letra b):

«*Concesión de servicios*: un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de [la] prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago.»

- 7 El artículo 5 de esta Directiva, titulado «Servicios de transporte», establecía lo siguiente en su apartado 1:

«La presente Directiva se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.»

- 8 El artículo 18 de la referida Directiva, titulado «Concesiones de obras o de servicios», era del siguiente tenor:

«La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.»

Reglamento n.º 1370/2007

- 9 El artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo (DO 2007, L 315, p. 1), que lleva por título «Adjudicación de contratos de servicio público», está redactado en los siguientes términos:

«1. Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas [2004/17] y [2004/18], respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas [2004/17] o [2004/18].

[...]

7. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que las decisiones adoptadas de conformidad con los apartados 2 a 6 puedan revisarse eficaz y rápidamente, a petición de una persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato particular y que haya sido perjudicada o corra el riesgo de ser perjudicada por una supuesta infracción, cuando dichas decisiones han infringido el Derecho [de la Unión] o normas nacionales de aplicación de dicho Derecho.

[...]»

Derecho italiano

- 10 El artículo 100 del codice di procedura civile (Código de Enjuiciamiento Civil), en su versión aplicable al litigio principal, dispone que «para interponer una demanda o para oponerse a la misma será necesario tener un interés en el ejercicio de la acción».
- 11 A tenor de lo dispuesto en el artículo 39, apartado 1, del anexo I, del decreto legislativo n. 104 — Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo n.º 104, por el que se aprueba el Código de Enjuiciamiento Contencioso-Administrativo), de 2 de julio de 2010 (suplemento ordinario de la GURI n.º 156, de 7 de julio de 2010), «a cuanto no esté regulado en el presente Código se aplicarán las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que resulten compatibles o sean expresión de principios generales».
- 12 El artículo 3 *bis* del decreto-ley n. 138 (Decreto-ley n.º 138), de 13 de agosto de 2011 (GURI n.º 188, de 13 de agosto de 2011), modificado y convalidado mediante la Ley n.º 148, de 14 de septiembre de 2011 (en lo sucesivo, «Decreto-ley n.º 138/2011»), establece que, como regla general, los servicios públicos locales deberán explotarse a escala provincial.
- 13 En virtud de los artículos 9, apartado 1, y 14, apartado 1, de la Legge regionale n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) [Ley regional n.º 33 (Reforma del sistema de transporte público regional y local)], de 7 de noviembre de 2013 (en lo sucesivo, «Ley regional n.º 33/2013»), el servicio de transporte público en el territorio de la Región debía adjudicarse en un único lote que abarcase todo el territorio de la Región, con posibilidad de ampliación al transporte ferroviario.
- 14 Con efectos desde el 12 de agosto de 2016, la legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33] (Ley regional n.º 19, por la que se modifica la Ley regional n.º 33), de 9 de agosto de 2016 (en lo sucesivo «Ley regional n.º 19/2016»), modificó los artículos 9 y 14 de la Ley regional n.º 33/2013. La Ley regional n.º 19/2016 establece que, en adelante, los servicios de transporte terrestre y marítimo ya no deberán adjudicarse en un único lote que abarque todo el territorio de la Región, sino en cuatro lotes referidos a cuatro ámbitos territoriales homogéneos.

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 15 Amt y otros han interpuesto un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Liguria, Italia) por el que solicitan la anulación de diversos actos mediante los que la Agencia inició un procedimiento informal de licitación para la adjudicación del servicio de transporte público en el territorio de la Región.
- 16 Estas sociedades, que hasta entonces gestionaban servicios de transporte público local a escala provincial o interprovincial, impugnan en su origen las formas de apertura y de desarrollo del procedimiento de licitación. Su recurso se dirige especialmente contra el anuncio de selección de los operadores económicos, en el que la Agencia precisó que, en adelante, el servicio de transporte público regional se adjudicaría en un solo lote referido a todo el territorio de la Región.
- 17 Amt y otros no presentaron oferta al considerar que no serían capaces de prestar, cada una de ellas por separado, el servicio de transporte a escala de la Región. Sin embargo, han interpuesto recurso ante el órgano jurisdiccional remitente al objeto de impugnar la decisión de la Agencia, en su condición de poder adjudicador, de adjudicar el contrato de que se trata en el litigio principal en un único lote referido a todo el territorio regional. Estas sociedades estiman que dicha decisión infringe el artículo 3 *bis* del Decreto-ley n.º 138/2011 —conforme al cual los servicios públicos locales deben explotarse, como regla general, a escala provincial—, aunque también diversos artículos de la Constitución italiana y los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.

- 18 En apoyo de su recurso, Amt y otros sostienen que un operador económico que impugna, en su origen, los términos de un procedimiento de licitación en el que no ha participado dispone de un derecho de recurso derivado de los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 cuando, a la vista de la normativa relativa a la licitación, existe la certeza o una altísima probabilidad de que no podrá obtener la adjudicación del contrato.
- 19 Según el órgano jurisdiccional remitente, si el ámbito territorial se hubiera fijado a escala provincial, Amt y otros habrían tenido unas elevadas probabilidades de obtener la adjudicación del contrato en cuestión, puesto que prestaban el servicio de transporte público regional cuando, con anterioridad a la convocatoria del procedimiento de licitación controvertido, este se organizaba a escala provincial. En cambio, al establecer que dicho procedimiento solo constaría de un único lote referido a todo el territorio regional, el anuncio de licitación redujo prácticamente a cero la probabilidad de que se seleccionase la oferta de alguna de las demandantes en el litigio principal.
- 20 Por tanto, el órgano jurisdiccional remitente, al estimar que debería reconocerse a estas sociedades un derecho de recurso, planteó a la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional, Italia), mediante auto n.º 95, de 21 de enero de 2016, una cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 9, apartado 1, y 14, apartado 1, de la Ley regional n.º 33/2013.
- 21 Sin embargo, antes de que la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) se pronunciara, la Región adoptó la Ley regional n.º 19/2016. Esta Ley modificó las disposiciones sobre cuya constitucionalidad existían dudas, y estableció que los servicios de transporte terrestre y marítimo ya no deberán adjudicarse en un único lote referido a todo el territorio de la Región, sino en cuatro lotes correspondientes a cuatro ámbitos territoriales homogéneos. Además, los lotes que hayan de adjudicarse deberán definirse de manera que garanticen la mayor participación posible en la licitación. Según el órgano jurisdiccional remitente, el legislador regional dio respuesta a las objeciones formuladas por Amt y otros mediante la adopción de la Ley n.º 19/2016.
- 22 No obstante la modificación de los artículos 9 y 14 de la Ley regional n.º 33/2013, la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), conforme al principio *tempus regit actum*, examinó su constitucionalidad.
- 23 En su sentencia n.º 245, de 22 de noviembre de 2016, la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) declaró inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad, señalando que, «según reiterada jurisprudencia contencioso-administrativa, una empresa que no participe en el procedimiento de licitación no puede impugnar dicho procedimiento ni la adjudicación a favor de terceras empresas porque su posición jurídica sustancial no es suficientemente diferenciada, al basarse en un mero interés fáctico [...]».
- 24 No obstante, esta regla admite excepciones cuando la empresa demandante impugna, en particular, cláusulas del anuncio de licitación que la excluyen directamente o cláusulas que imponen obligaciones manifiestamente incomprensibles o totalmente desproporcionadas o que hacen imposible la presentación de una oferta.
- 25 En su sentencia n.º 245, la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) consideró que «el caso objeto de examen en el presente asunto no está comprendido en estos supuestos excepcionales, como se desprende de la propia motivación del auto de remisión, que afirma que las cláusulas impugnadas incidirían sobre las probabilidades de adjudicación a favor de las recurrentes, que “se reducirían hasta prácticamente desaparecer”, mientras que en una licitación de ámbito provincial y subdivida en lotes estas “tendrían muchísimas probabilidades de obtener la adjudicación del servicio, aunque tan solo fuera por la ventaja que constituye el hecho de haberlo gestionado precedentemente”. De tal motivación no resulta la existencia de un impedimento real y efectivo para participar en la licitación,

sino tan solo la hipótesis de un eventual perjuicio, que puede ser impugnado por quienes hayan participado en el procedimiento, con carácter exclusivo a su término, en caso de que no se les haya adjudicado el contrato».

- 26 El órgano jurisdiccional remitente señala que, según la interpretación que en esta sentencia de la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) se hace del requisito procesal del interés en ejercitar la acción, un recurso interpuesto por una empresa que no ha participado en la licitación es inadmisibile cuando existan probabilidades muy elevadas —aunque no la certeza absoluta— de que, como consecuencia de la forma en que el poder adjudicador ha presentado y estructurado la licitación —en particular recurriendo a la división en lotes— o de la normativa aplicable, dicha empresa no podrá obtener la adjudicación del contrato. Dicho órgano jurisdiccional deduce de ello que la posibilidad de tener acceso a la tutela judicial queda supeditada, de forma casi sistemática, al hecho de que se haya participado en la licitación, que entraña de por sí importantes cargas, incluso en el supuesto de que la empresa pretenda impugnar la legalidad de la propia licitación por restringir esta de manera excesiva la competencia.
- 27 A pesar de que la Agencia decidió no proseguir la tramitación del procedimiento de licitación tras adoptarse la Ley n.º 19/2016, el órgano jurisdiccional remitente desea preguntar al Tribunal de Justicia si los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias del litigio principal, confieren un derecho de recurso a un operador económico que no ha presentado una oferta porque existía la certeza o una altísima probabilidad de que no podría obtener la adjudicación del contrato en cuestión.
- 28 Dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta del Tribunal de Justicia resulta decisiva para determinar la admisibilidad del recurso de que conoce y, por lo tanto, la imposición de las costas en el litigio principal.
- 29 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Liguria) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 1, apartados 1 a 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva [89/665] a una normativa nacional que únicamente permite impugnar los actos de un procedimiento de licitación a aquellos operadores económicos que hayan solicitado participar en dicha licitación, aun cuando la demanda judicial esté dirigida a revisar en su origen el procedimiento, por resultar de la normativa de la licitación una altísima probabilidad de no obtener la adjudicación?»

Sobre la cuestión prejudicial

Sobre la admisibilidad

- 30 En sus observaciones escritas, tanto los Gobiernos italiano y español como la Comisión Europea han sostenido que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile por ser hipotética la cuestión planteada, ya que el litigio principal perdió su objeto una vez el poder adjudicador hubo indicado que no se proseguiría la tramitación del procedimiento de licitación. El Gobierno italiano ha alegado que la petición de decisión prejudicial también es inadmisibile por cuanto sigue habiendo dudas acerca de la naturaleza del contrato que la Agencia pretendía celebrar con el otro contratante al término del procedimiento de licitación, que acabó siendo declarado desierto.

Sobre el carácter hipotético de la cuestión prejudicial

- 31 Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del reparto de las funciones jurisdiccionales que el artículo 267 TFUE establece entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, el juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto, así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de dictarse, está mejor situado para apreciar, a la luz de las particularidades del asunto y con pleno conocimiento de causa, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (véanse en particular, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 2000, *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, apartado 21, y de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, apartado 28).
- 32 Por consiguiente, cuando estas cuestiones se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, apartado 44).
- 33 De ello se desprende que la presunción de pertinencia de que disfrutaban las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales solo puede destruirse en casos excepcionales, cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en dichas cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, apartado 61; de 7 de septiembre de 1999, *Beck y Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, apartado 22, y de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, apartado 29).
- 34 En efecto, solo cabe declarar la inadmisión de una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional en los supuestos en los que, o bien resulte que el procedimiento del artículo 267 TFUE ha sido desviado de su finalidad y se utiliza en realidad para hacer que el Tribunal de Justicia se pronuncie en un litigio artificial, o bien sea evidente que el Derecho de la Unión no puede aplicarse, ni directa ni indirectamente, a los hechos del procedimiento principal (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360, apartado 40, y de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, apartado 26).
- 35 Es innegable que, en el caso de autos, la cuestión de si las demandantes en el litigio principal tenían derecho, en virtud del Derecho de la Unión, a interponer recurso contra la licitación publicada por la Agencia debía condicionar la admisibilidad del recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente. Ciertamente, el objeto principal del recurso ha desaparecido como consecuencia de la decisión de la Agencia de no proseguir la tramitación de la licitación tras adoptarse la Ley n.º 19/2016.
- 36 Sin embargo, a diferencia de las circunstancias del asunto en que se dictó el auto del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, *Reinke* (C-336/08, no publicado, EU:C:2010:604), en el litigio principal no se ha fallado sobre el fondo.
- 37 Por último, aunque el examen de si, en las circunstancias del litigio principal, unos operadores económicos que conscientemente decidieron no participar en el procedimiento de licitación disponían de un derecho de recurso en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 o del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 tenga como única finalidad que el órgano jurisdiccional remitente pueda resolver sobre el reparto de las costas en el litigio principal, es innegable que se trata de una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión a la que el Tribunal de Justicia debe dar respuesta para preservar la aplicación uniforme de este Derecho.

38 A este respecto, procede declarar admisible la petición de decisión prejudicial.

Sobre la falta de identificación de la naturaleza del contrato en cuestión en el litigio principal

39 Es cierto que, como sostiene el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, la resolución de remisión no permite determinar con certeza si la licitación convocada por la Agencia tenía por objeto adjudicar una concesión de servicios de transporte o un contrato de servicio público. En el primer supuesto, el interés en ejercitar la acción de las demandantes en el litigio principal debería apreciarse a la luz del artículo 5, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007, mientras que, en el segundo supuesto, debería serlo atendiendo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13.

40 Sin embargo, sin que sea necesario determinar la naturaleza de dicho contrato, lo que corresponde de oficio al órgano jurisdiccional remitente, basta con señalar, al igual que el Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 y el artículo 5, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 establecen unos regímenes de recurso análogos al régimen correspondiente de la Directiva 89/665, a la que se refiere la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

41 En estas circunstancias, habida cuenta de que el derecho a la tutela judicial goza de una protección equivalente en los tres instrumentos de Derecho derivado que se mencionan en el anterior apartado, la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada no diferirá según la calificación del contrato de que se trata en el litigio principal.

42 Por consiguiente, también a este respecto procede declarar admisible la petición de decisión prejudicial.

Sobre el fondo

43 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si tanto el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 como el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite a unos operadores económicos interponer recurso contra las decisiones del poder adjudicador referidas a un procedimiento de licitación en el que han decidido no participar por resultar de la normativa aplicable a este procedimiento una altísima probabilidad de no obtener la adjudicación del contrato en cuestión.

44 En virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a garantizar que los procedimientos de recurso previstos por esta Directiva sean accesibles, «como mínimo», a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales de transposición de este Derecho (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, apartado 25, y de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 23).

45 Por lo tanto, los Estados miembros no están obligados a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que pueden exigir que la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de junio de 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, apartado 18, y de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, apartado 26).

- 46 La participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación (sentencia de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, apartado 27).
- 47 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, resultaría excesivo exigir que presente, antes de poder utilizar los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 contra esas características, una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido cuando las posibilidades de que se le adjudique el contrato son nulas debido a la existencia de las citadas características (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, apartados 28 y 29).
- 48 En la sentencia de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), la consideración de que eran nulas las posibilidades de que Grossmann Air Service obtuviera el contrato estaba relacionada con la circunstancia, recordada en el apartado 17 de dicha sentencia, de que no disponía de aviones de gran tamaño, de modo que, por definición, no podía prestar todos los servicios solicitados por el poder adjudicador.
- 49 Las conclusiones que se extraen de la sentencia de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), son aplicables *mutatis mutandis* en el presente asunto.
- 50 En efecto, tanto de la jurisprudencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) como de la sentencia n.º 245/2016 de la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) resulta que, como excepción a la regla, puede reconocerse interés en ejercitar la acción al operador económico que no ha presentado oferta «en los supuestos en los que se impugne la inexistencia de licitación o, en su caso, la falta de convocatoria de la misma o aquellos en los que se impugnen cláusulas del anuncio de licitación directamente excluyentes o, en último término, cláusulas que impongan cargas manifiestamente incomprensibles o totalmente desproporcionadas o que hagan imposible la presentación de la oferta».
- 51 Por consiguiente, es preciso señalar que las exigencias derivadas tanto del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 como del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 se cumplen cuando un operador que no ha presentado oferta dispone de un derecho de recurso en caso de que considere que ciertas características recogidas en los documentos relativos a la licitación imposibilitan la presentación de una oferta.
- 52 No obstante, es necesario recordar que no puede interponerse dicho recurso, so pena de perjudicar a los objetivos de rapidez y eficacia contemplados tanto en la Directiva 89/665 como en la Directiva 92/13, después de que el poder adjudicador haya adoptado la decisión de adjudicación del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, apartado 37).
- 53 Además, habida cuenta de que solo con carácter excepcional puede reconocerse el derecho de recurso al operador que no ha presentado una oferta, no puede considerarse excesivo exigir que este demuestre que las cláusulas de la licitación imposibilitan la presentación de una oferta.

- 54 Sin embargo, si bien este grado de exigencia de la prueba no es en sí contrario al Derecho de la Unión en materia de contratación pública, no puede excluirse que, a la vista de las circunstancias particulares del litigio principal, su aplicación pueda entrañar una violación del derecho de recurso que las demandantes en el litigio principal tienen en virtud tanto del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 como del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13.
- 55 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar de manera pormenorizada, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes que caracterizan el contexto en que se inscribe el asunto de que conoce, si la aplicación concreta de la legislación italiana relativa a la legitimación procesal, tal y como la interpretan el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) y la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), puede afectar al derecho de las demandantes en el litigio principal a la tutela judicial efectiva.
- 56 No obstante, el Tribunal de Justicia, sobre la base de los elementos que figuran en los autos de que dispone, puede aportar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones útiles para la apreciación que le incumbe efectuar.
- 57 A este respecto, ha de tenerse en cuenta en primer lugar que Amt y otros prestaban el servicio de transporte público regional antes de que el poder adjudicador convocase el procedimiento de licitación y posteriormente decidiera no proseguir su tramitación. En segundo lugar, dado que la Ley regional n.º 33/2013 precisaba que el servicio de transporte público regional se adjudicaría en adelante en un único lote referido a todo el territorio de la Región, mientras que el artículo 3 *bis* del Decreto-ley n.º 138/2011 dispone que, como regla general, los servicios públicos locales deben explotarse a escala provincial, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador regional expuso los motivos por los que consideraba preferible que el servicio de transporte pasara de organizarse a escala provincial a hacerlo a escala regional. Por último, habida cuenta de la libertad del poder adjudicador en cuanto a la apreciación de sus necesidades, no puede descartarse *a priori* que la elección de la Región de organizar los servicios de transporte a escala regional fuera legítima, por ejemplo porque respondiera a consideraciones económicas como la voluntad de crear economías de escala.
- 58 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que tanto el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 como el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite a unos operadores económicos interponer recurso contra las decisiones del poder adjudicador referidas a un procedimiento de licitación en el que han decidido no participar por resultar de la normativa aplicable a este procedimiento una altísima probabilidad de no obtener la adjudicación del contrato en cuestión.

No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar de manera pormenorizada, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes que caracterizan el contexto en que se inscribe el asunto de que conoce, si la aplicación concreta de esta normativa puede afectar al derecho de los operadores económicos de que se trata a la tutela judicial efectiva.

Costas

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

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

Tanto el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, como el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite a unos operadores económicos interponer recurso contra las decisiones del poder adjudicador referidas a un procedimiento de licitación en el que han decidido no participar por resultar de la normativa aplicable a este procedimiento una altísima probabilidad de no obtener la adjudicación del contrato en cuestión.

No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar de manera pormenorizada, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes que caracterizan el contexto en que se inscribe el asunto de que conoce, si la aplicación concreta de esta normativa puede afectar al derecho de los operadores económicos de que se trata a la tutela judicial efectiva.

Firmas