

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 12 de febrero de 2004 *

En el asunto C-230/02,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG

y

Republik Österreich,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 1, apartado 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

* Lengua de procedimiento: alemán.

materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. V. Skouris, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, y los Sres. C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet y R. Schintgen (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, por el Sr. P. Schmutzner, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, representada por el Sr. P. Schmutzger; del Gobierno austriaco, representado por la Sra. M. Winkler, en calidad de agente, y de la Comisión, representada por el Sr. J.C. Schiefferer, en calidad de agente, expuestas en la vista de 10 de septiembre de 2003;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de octubre de 2003;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante resolución de 14 de mayo de 2002, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de junio siguiente, el Bundesvergabeamt planteó, con arreglo al artículo 234 CE, tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 1, apartado 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 L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

- 2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Grossmann»), y la Republik Österreich, representada por el Ministerio federal de Hacienda (en lo sucesivo, «Ministerio»), en relación con un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 establece:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [...], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

4 A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665:

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

- a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;
- b) para 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) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

Normativa nacional

- 5 El Derecho austriaco se adaptó a la Directiva 89/665 mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56; en lo sucesivo, «BVerG»). La BVerG prevé la constitución de la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de adjudicaciones; en lo sucesivo, «B-VKK») y del Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicaciones).
- 6 El artículo 109 de la BVerG establece las competencias de la B-VKK. Contiene las disposiciones siguientes:

«1. La Bundes-Vergabekontrollkommission será competente:

- 1) hasta la adjudicación del contrato público, para conciliar las divergencias de opinión entre la entidad adjudicadora y uno o varios candidatos o licitadores relativas a la aplicación de la presente Ley federal o de sus reglamentos de desarrollo;

[...]

6. La solicitud de intervención de la Bundes-Vergabekontrollkommission formulada de conformidad con el apartado 1, punto 1, deberá presentarse ante la dirección de este organismo lo más rápidamente posible después de tener conocimiento de la divergencia de opinión.

7. En el caso de que la intervención de la Bundes-Vergabekontrollkommission no sea a solicitud de la entidad adjudicadora, deberá informar sin demora a ésta de su intervención.

8. La entidad adjudicadora no podrá adjudicar el contrato público en un plazo de cuatro semanas contadas a partir de [...] la información prevista en el apartado 7, so pena de nulidad de la adjudicación. [...]»

7 El artículo 113 de la BVergG define las competencias del Bundesvergabeamt. Dispone:

«1. El Bundesvergabeamt será competente para resolver a instancia de parte en el procedimiento de recurso con arreglo a las disposiciones contenidas en el capítulo siguiente.

2. El Bundesvergabeamt será competente hasta la fecha de la adjudicación, con el fin de remediar las infracciones de la presente Ley federal y de sus reglamentos de desarrollo, para

1) dictar medidas provisionales, así como

2) anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora.

3. Tras la adjudicación del contrato o el término de la licitación, el Bundesvergabeamt será competente para determinar si la adjudicación no se hizo al mejor postor a causa de una infracción de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo. [...]»

8 El artículo 115, apartado 1, de la BVergG prevé lo siguiente:

«El empresario que alegue un interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Ley federal podrá impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora recaída en el procedimiento de licitación, siempre que la ilegalidad alegada le haya ocasionado o amenace ocasionarle un perjuicio.»

9 De conformidad con el artículo 122, apartado 1, de la BVergG, «en caso de infracción culposa de la Ley federal o de sus reglamentos de desarrollo por los órganos de una entidad adjudicadora, un candidato o licitador cuya oferta no haya sido aceptada tendrá derecho, frente al poder adjudicador al que le sean imputables los actos de los órganos de la entidad adjudicadora, al reembolso de los gastos de elaboración de la oferta y de los demás gastos soportados como consecuencia de la participación en el procedimiento de adjudicación».

10 En virtud del artículo 125, apartado 2, de la BVergG, sólo será admisible una demanda de indemnización por daños y perjuicios, que deberá presentarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, si antes de dicha demanda se ha pronunciado

el Bundesvergabeamt con arreglo al artículo 113, apartado 3. El órgano jurisdiccional civil que conozca de la demanda de indemnización por daños y perjuicios, así como las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt, quedan vinculados por dicho pronunciamiento.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 11 El 27 de enero de 1998, el Ministerio convocó una licitación relativa a la prestación de «servicios de transporte aéreo no regulares para el Gobierno austriaco y sus delegaciones con jets privados y aviones». Grossmann participó en el procedimiento de adjudicación de este contrato presentando una oferta.
- 12 El 3 de abril de 1998, el Ministerio decidió anular esta primera licitación con arreglo al artículo 55, apartado 2, de la BVergG, que establece que «podrá revocarse la licitación cuando, después de descartar ofertas en virtud del artículo 52, subsista una única oferta».
- 13 El 28 de julio de 1998, el Ministerio convocó una nueva licitación sobre servicios de transporte aéreo no regulares para el Gobierno austriaco y sus delegaciones. Grossmann obtuvo la documentación relativa a esta licitación pero no presentó ninguna oferta.
- 14 Mediante escrito de 8 de octubre de 1998, el Gobierno austriaco informó a Grossmann de su intención de adjudicar el contrato a Lauda Air Luftfahrt AG (en lo sucesivo, «Lauda Air»). Grossmann recibió este escrito al día siguiente. El contrato con Lauda Air se celebró el 29 de octubre de 1998.

- 15 Mediante escrito de 19 de octubre de 1998, enviado por correo el 23 de octubre siguiente y recibido por el Bundesvergabeamt el 27 de octubre de 1998, Grossmann interpuso un recurso solicitando la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora de adjudicar el contrato a Lauda Air. En apoyo de su recurso, Grossmann alegaba esencialmente que la licitación se había concebido desde un principio para ajustarse a un solo licitador, Lauda Air.
- 16 Mediante resolución de 4 de enero de 1999, el Bundesvergabeamt desestimó el recurso de Grossmann con arreglo a los artículos 115, apartado 1, y 113, apartados 2 y 3, de la BVergG, debido a que Grossmann no había alegado tener un interés jurídico en obtener la adjudicación del contrato en su conjunto y a que, en cualquier caso, tras la adjudicación del contrato el Bundesvergabeamt ya no es competente para anularlo.
- 17 En relación con la falta de interés, el Bundesvergabeamt señaló, por una parte, que, al no disponer de aviones de gran tamaño, Grossmann no podía prestar todos los servicios solicitados y, por otra, que ésta había renunciado a presentar una oferta en el segundo procedimiento de adjudicación del contrato controvertido.
- 18 Grossmann interpuso ante el Verfassungsgerichtshof (Austria) un recurso de anulación contra la resolución del Bundesvergabeamt. Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2001, el Verfassungsgerichtshof anuló esta resolución por violación del derecho constitucional a un procedimiento ante el juez predeterminado por la ley, debido a que el Bundesvergabeamt había actuado erróneamente al no plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la interpretación del artículo 115, apartado 1, de la BVergG que había realizado.
- 19 En su resolución de remisión, el Bundesvergabeamt explica que las disposiciones del artículo 109, apartados 1, 6 y 8, de la BVergG pretenden garantizar que no

pueda celebrarse ningún contrato mientras dure el procedimiento de conciliación. Añade que, si no se alcanza ningún acuerdo amistoso en dicho procedimiento, un empresario todavía puede solicitar, antes de la celebración del contrato, la anulación de cualquier decisión de la entidad adjudicadora, incluida la decisión de adjudicación del contrato, mientras que, después de dicha adjudicación, el Bundesvergabeamt es competente únicamente para declarar que el citado contrato no se adjudicó al mejor postor en razón de una infracción de la BVergG o de sus reglamentos de desarrollo.

- 20 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en este caso, es cierto que recibió el recurso interpuesto por Grossmann, que solicitaba la anulación de la decisión de adjudicación del contrato a Lauda Air, antes de que se celebrase el contrato entre ésta y la entidad adjudicadora, pero que el Bundesvergabeamt no pudo tramitarlo, dentro del plazo establecido, hasta después de la celebración del citado contrato. Este órgano jurisdiccional destaca asimismo que el recurso no se remitió por correo hasta el 23 de octubre de 1998, aunque la entidad adjudicadora había informado a Grossmann de su intención de adjudicar el contrato a Lauda Air mediante escrito de 8 de octubre de 1998, recibido por Grossmann al día siguiente.
- 21 El Bundesvergabeamt pone así de manifiesto que Grossmann dejó pasar catorce días entre el momento en el que se le notificó la decisión de adjudicación (el 9 de octubre de 1998) y la interposición de su recurso ante dicho órgano jurisdiccional (el 23 de octubre de 1998), sin presentar una solicitud de conciliación ante la B-VKK (solicitud que habría iniciado el plazo de cuatro semanas previsto en el artículo 109, apartado 8, de la BVergG, durante el cual la entidad adjudicadora no puede adjudicar el contrato) o, de fracasar el procedimiento de conciliación, sin haberle solicitado la concesión de medidas provisionales y la anulación de la decisión de adjudicación. Así pues, según el órgano jurisdiccional remitente, se plantea la cuestión de si Grossmann tiene legitimación activa en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, puesto que no presentó ninguna oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido, al no estar en condiciones de prestar los servicios de que se trata debido, según ella, a que los documentos de la licitación contenían disposiciones discriminatorias en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de dicha Directiva.

- 22 En tales circunstancias, el Bundesvergabeamt resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que cualquier empresario que haya presentado una oferta en un procedimiento de licitación o haya solicitado participar en el mismo esté necesariamente legitimado para interponer un recurso?

En caso de respuesta negativa a esta cuestión:

2) ¿Debe interpretarse la disposición [...] antes citada en el sentido de que un empresario sólo tiene, o tenía, un interés en un determinado contrato público si, además de participar en el procedimiento de licitación, adopta todas las medidas de que dispone con arreglo a la legislación nacional para evitar que se adjudique el contrato a la oferta de otro licitador?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, en relación con el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 [...], en el sentido de que un empresario también está legitimado para interponer un recurso contra una licitación que considera ilegal o discriminatoria cuando no tiene capacidad para prestar todo el servicio licitado y, por ello, no presentó ninguna oferta en dicho procedimiento de licitación?»

Sobre las cuestiones primera y tercera

- 23 A la luz de los hechos del procedimiento principal, tal como han sido relatados por el órgano jurisdiccional remitente, ha de entenderse que las cuestiones primera y tercera, que procede examinar conjuntamente, preguntan esencialmente si los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato.
- 24 Para apreciar si una persona en una situación como la contemplada en dichas cuestiones, así reformuladas, tiene legitimación activa a efectos del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, procede examinar sucesivamente las dos circunstancias de que no participase en el procedimiento de adjudicación del contrato cuestionado en el procedimiento principal y tampoco interpusiese un recurso contra la licitación antes de la adjudicación del contrato.

Sobre la falta de participación en el procedimiento de adjudicación del contrato

- 25 A este respecto, es necesario recordar que, 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 ésta sean accesibles «como mínimo» a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que adaptan el Derecho interno a aquél.

- 26 De lo anterior resulta que 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 (véase la sentencia de 19 de junio de 2003, Hackermüller, C-249/01, Rec. p. I-6319, apartado 18).
- 27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, 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.
- 28 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, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.
- 29 En efecto, por una parte, sería excesivo exigir que una empresa supuestamente perjudicada por las cláusulas discriminatorias existentes en la documentación de la licitación, antes de poder utilizar los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 contra esas características, presente una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido, cuando sus posibilidades de que se le adjudique este contrato son nulas debido a la existencia de las citadas características.

- 30 Por otra parte, del tenor del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se desprende claramente que los procedimientos de recurso que corresponde organizar a los Estados miembros con arreglo a dicha Directiva deben permitir, entre otras cosas «anular [...] las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias [...]». En consecuencia, debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra tales características discriminatorias, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato.

Sobre la falta de recurso contra la licitación

- 31 En el presente asunto, Grossmann reprocha a la entidad adjudicadora que impusiese, respecto a un contrato relativo a servicios aéreos irregulares, exigencias que únicamente estaría en condiciones de satisfacer una compañía aérea que ofreciese vuelos regulares, lo que tuvo como consecuencia reducir el número de candidatos que pudieran prestar todos los servicios solicitados.
- 32 No obstante, se desprende de los autos que Grossmann no interpuso recurso directamente contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijaban las características de la licitación, sino que esperó a la notificación de la decisión de adjudicación del contrato a Lauda Air para interponer ante el Bundesvergabeamt un recurso solicitando la anulación de esta decisión.
- 33 A este respecto, el Bundesvergabeamt recuerda en su resolución de remisión que, en virtud del artículo 115, apartado 1, de la BVergG, un empresario puede interponer un recurso contra una decisión de la entidad adjudicadora cuando alegue un interés en celebrar un contrato en el marco de un procedimiento de contratación pública y la ilegalidad alegada le haya ocasionado o pueda ocasionarle un perjuicio.

- 34 Por tanto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta esencialmente si el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que una persona que no sólo no ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público, sino que tampoco ha interpuesto recurso alguno contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de la licitación, ha perdido su interés en obtener dicho contrato y, por consiguiente, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la citada Directiva.
- 35 Esta cuestión debe examinarse a la luz de la finalidad de la Directiva 89/665.
- 36 A este respecto, procede recordar que, como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véanse, en especial, las sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartados 33 y 34; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74, y de 19 de junio de 2003, Fritsch, Chiari & Partner y otros, C-410/01, Rec. p. I-6413, apartado 30).
- 37 Pues bien, es necesario señalar que no corresponde a los objetivos de rapidez y eficacia de la Directiva 89/665 el hecho de que una persona no interponga un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de una licitación, que, sin embargo, considera discriminatorias en su detrimento, puesto que éstas le impiden participar adecuadamente en el

procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata, y espere a la notificación de la decisión de adjudicación de dicho contrato para impugnarla ante el órgano competente, alegando precisamente el carácter discriminatorio de dichas características.

- 38 En efecto, este comportamiento, en la medida en que puede retrasar sin razón objetiva la incoación de los procedimientos de recurso cuyo establecimiento fue impuesto a los Estados miembros por la Directiva 89/665, puede perjudicar a la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.
- 39 En tales circunstancias, la negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 a una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato ni ha interpuesto un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de la licitación no puede menoscabar el efecto útil de dicha Directiva.
- 40 Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones primera y tercera que los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato.

Sobre la segunda cuestión

- 41 A la luz de los hechos del procedimiento principal, tal como han sido relatados por el órgano jurisdiccional remitente, procede entender que la segunda cuestión pregunta esencialmente si el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación, como la B-VKK.
- 42 A este respecto, basta con recordar que, en los apartados 31 y 34 de la sentencia Fritsch, Chiari & Partner y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 permite expresamente a los Estados miembros determinar las modalidades con arreglo a las cuales deben garantizar que los procedimientos de recurso previstos por la citada Directiva sean accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por la supuesta infracción, ello no los autoriza, sin embargo, a interpretar el concepto de «interés en obtener un determinado contrato público» de modo que pueda menoscabar el efecto útil de dicha Directiva. Pues bien, el hecho de supeditar el acceso a los procedimientos de recurso previstos por ésta a la sumisión previa del asunto a una comisión de conciliación, como la B-VKK, es contrario a los objetivos de rapidez y eficacia de la citada Directiva.
- 43 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación, como la B-VKK establecida por la BVergG.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt mediante resolución de 14 de mayo de 2002, declara:

- 1) Los artículos 1, apartado 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre

coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato.

- 2) El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación, como la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de adjudicaciones) establecida por la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-gesetz) 1997 (Ley federal austriaca de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos).

Skouris

Gulmann

Cunha Rodrigues

Puissochet

Schintgen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 12 de febrero de 2004.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris