

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 9 de diciembre de 2010*

En el asunto C-568/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Rechtbank Assen (Países Bajos), mediante resolución de 17 de diciembre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de diciembre de 2008, en el procedimiento entre

Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie,

Van Spijker Infrabouw BV,

De Jonge Konstruktie BV

y

Provincie Drenthe,

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. A. Arabadjiev, A. Rosas, A. Ó Caoimh y la Sra. P. Lindh, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;
Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV y De Jonge Konstruktie BV, por el Sr. H. Hoogwout, advocaat;
- en nombre de Provincie Drenthe, por los Sres. M. Mutsaers y A. Hoekstra-Borzymowska, advocaten;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. C. Wissels y el Sr. Y. de Vries, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Konstantinidis y S. Noë, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de septiembre de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartados 1 y 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 (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, (DO L 209, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, van Spijker Infrabouw BV y de Jonge Konstruktie BV (en lo sucesivo, «Combinatie») y la Provincie Drenthe (provincia de Drenthe; en lo sucesivo, «Provincie»), en relación con la adjudicación de un contrato público de obras.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

- 3 A tenor del quinto considerando de la Directiva 89/665:

«Considerando que, dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar; que la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas».

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

«1. Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurrid[a]s 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, con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.

[...]

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».

5 El artículo 2, apartados 1 a 6, de la Directiva 89/665 está redactado de la siguiente manera:

«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.

2. Los poderes establecidos en el apartado 1 podrán conferirse a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso.

3. Por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran.

4. Los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable, al estudiar si procede adoptar medidas provisionales, pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no conceder estas medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas.

5. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclamare 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.

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.»

- 6 En virtud, respectivamente, del artículo 36 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 1), y del artículo 33 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), se derogaron las Directivas 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5), y 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 13, p. 1).

- 7 El artículo 82 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), establece que quedan derogadas la Directiva 92/50, excepto su artículo 41, y las Directivas 93/36 y 93/37. En adelante, las referencias al conjunto de Directivas derogadas se entenderán hechas a la Directiva 2004/18.

- 8 A tenor del artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005 (DO L 333, p. 28), dicha Directiva se aplicaba, entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, a los contratos públicos cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA»), era igual o superior a 5.278.000 euros.

- 9 El artículo 9, apartado 5, letra a), de la Directiva 2004/18 dispone:

«Cuando una obra prevista o un proyecto de compra de servicios pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes.

[...]»

Normativa nacional

- 10 En la época de los hechos que originaron el procedimiento principal, el Reino de los Países Bajos no había adoptado ninguna medida específica para transponer al Derecho nacional la Directiva 89/665, al considerar que la legislación neerlandesa en vigor ya respondía a las exigencias de dicha Directiva.
- 11 Como se desprende de los documentos aportados a los autos, la contratación pública corresponde al ámbito del Derecho privado, la adjudicación de un contrato público constituye un acto de Derecho privado y las decisiones previas a la adjudicación de un contrato público adoptadas por los órganos administrativos se consideran actos preparatorios de Derecho privado. El juez civil es competente para conocer de los litigios en materia de contratación pública, tanto por lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares como al procedimiento sobre el fondo. La competencia del juez contencioso-administrativo queda excluida a menos que una Ley disponga lo contrario.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 12 Se desprende de la resolución de remisión que la Provincia decidió renovar dos puentes levadizos en el tramo de navegación Erica-Ter Apel en el municipio de Emmen (Países Bajos). Este tramo tiene gran importancia a nivel internacional. La Unión Europea concedió una subvención en apoyo de este proyecto a condición de que las obras se realizaran en un plazo determinado, que se había fijado a 1 de julio de 2008.
- 13 El contrato de renovación de los puentes levadizos fue objeto de un procedimiento de licitación pública a nivel europeo. El anuncio de licitación de 13 de julio de 2007 se publicó en el *Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea*.
- 14 Los licitadores debían cumplir determinados requisitos, en particular, en materia de competencia profesional, integridad y solvencia. Otros requisitos se referían a la propia presentación de ofertas, en particular en relación con las pruebas que debían aportarse. El criterio de adjudicación del contrato era el del precio más bajo.
- 15 El anuncio de licitación fue modificado mediante un anuncio de 23 de julio de 2007.
- 16 Las ofertas debían presentarse antes del 19 de septiembre de 2007, día en que se abrieron las plicas y la Provincia levantó acta de esta operación. En dicha acta se indicó, en particular, que cuatro licitadores habían presentado una oferta y que la más baja, por un precio de 1.117.200 euros, era la de Machinefabriek Emmen BV (en lo sucesivo, «MFE»), mientras que la oferta de Combinatie, por un precio de 1.123.400 euros, quedó en el segundo puesto.

- 17 Mediante escrito de 2 de octubre de 2007, la Provincie notificó a Combinatie que tenía la intención de adjudicar el contrato a MFE por haber ofrecido el precio más bajo, sin proporcionar ninguna otra explicación.
- 18 Combinatie protestó contra esta decisión, mediante escrito de 9 de octubre de 2007, alegando que albergaba serias dudas de que MFE cumpliera los requisitos de adjudicación del contrato. Dicho escrito dio lugar a una conversación telefónica con los servicios provinciales durante la cual se discutió si una empresa cesionaria podía invocar las referencias de la empresa a la que sucede.
- 19 El 18 de octubre de 2007, Combinatie inició un procedimiento de urgencia contra la Provincie ante el juez de medidas cautelares del Rechtbank Assen, al que solicitó que declarara que MFE había presentado una oferta inválida, que Combinatie había ofrecido el precio más bajo, y que la Provincie debía atribuir el contrato a esta última en caso de proceder a la adjudicación.
- 20 Mediante escrito de 1 de noviembre de 2007, la Provincie notificó a todos los licitadores que había acordado retirar la licitación debido a que, a raíz del examen que sus servicios habían hecho del procedimiento de adjudicación, había resultado que este procedimiento adolecía de vicios tan sustanciales que no era posible llevarlo adelante. Según dicho escrito, los principales vicios eran los siguientes. En primer lugar, el requisito de la experiencia se había reducido del 60 % al 50 % del precio del contrato de que se trata y el requisito del volumen de negocios se había reducido del 150 al 125 % de dicho precio. En segundo lugar, el período de referencia para el cálculo del volumen de negocios se había ampliado de 3 a 5 años. En tercer lugar, el criterio de la experiencia se había modificado de modo que ya no coincidía completamente con el fijado inicialmente. Por último, en cuarto lugar, estas modificaciones habían sido comunicadas a través del sitio de Internet www.aanbestedingskalender.nl, y no del sitio de Internet en el que se había publicado el anuncio de licitación, a saber, www.ted.europa.eu. En este mismo escrito, la Provincie indicaba que estudiaba la posibilidad de repetir el procedimiento de licitación.

- 21 Combinatie consideró que el escrito de 1 de noviembre de 2007 no era motivo suficiente para desistir de su demanda de medidas cautelares pero, no obstante, sí modificó sus pretensiones.
- 22 El 9 de noviembre de 2007, MFE intervino en el procedimiento cautelar, tal y como la Provincie le había aconsejado, solicitando al juez de medidas cautelares que le adjudicara el contrato.
- 23 Mediante auto de 28 de noviembre de 2007, el juez de medidas cautelares del Rechtbank Assen consideró que MFE había argumentado de manera convincente, mediante los documentos aportados en el procedimiento de adjudicación y comentados en la vista, que se podía atribuir las obras realizadas en el pasado por Machinefabriek Hidding BV, que en 2005 se convirtió en Synmet Engineering & Production BV. El juez de medidas cautelares también comprobó que MFE cumplía los requisitos establecidos por la Provincie en el anuncio de licitación y que había proporcionado a tiempo la información necesaria, que la firma de la declaración modelo K presentada por el representante de MFE debía considerarse suficiente y que MFE había presentado la oferta de precio más bajo.
- 24 El juez de medidas cautelares declaró que la Provincie no había sido coherente al fijar los requisitos relativos al volumen de negocios y a la experiencia y que se habían introducido modificaciones sustanciales en la licitación. Destacó, no obstante, que las modificaciones se habían introducido en una fase inicial del procedimiento de licitación, que nada indicaba que se hubieran introducido estas modificaciones para favorecer a alguno de los licitadores ni que terceros hubieran presentado una oferta después de la modificación del proyecto. En estas circunstancias, el juez de medidas cautelares consideró que las modificaciones no tenían importancia suficiente para concluir que el procedimiento de licitación no había sido suficientemente transparente.

- 25 El juez de medidas cautelares consideró que, de acuerdo con los principios de igualdad de trato, de confianza legítima y de buena fe precontractual, en esa fase del procedimiento de licitación, ya no le resultaba posible a la Provincie adjudicar el mismo contrato de obras, a través de un segundo procedimiento de licitación, a otra empresa que no fuera la que cumplía los requisitos establecidos en la primera licitación.
- 26 Por consiguiente, el juez de medidas cautelares prohibió a la Provincie adjudicar el contrato a otra empresa que no fuera MFE y declaró dicho auto provisionalmente ejecutable.
- 27 El 3 de diciembre de 2007, la Provincie adjudicó el contrato a MFE.
- 28 El 11 de diciembre de 2007, Combinatie solicitó, mediante recurso incidental presentado ante el Gerechtshof Leeuwarden, que se suspendiera el auto del juez de medidas cautelares de 28 de noviembre de 2007.
- 29 Mediante sentencia interlocutoria de 30 de enero de 2008, el Gerechtshof Leeuwarden desestimó esta petición por entender que MFE tenía un interés razonable en que se ejecutara el auto adoptado por el juez de medidas cautelares.
- 30 Le Gerechtshof Leeuwarden señaló que el contrato que se firmó mientras tanto entre la Provincie y MFE debía considerarse celebrado válidamente y que, salvo casos excepcionales, el mero hecho de que el procedimiento de adjudicación adoleciera de vicios no permitía impugnar dicha validez. Dicho Gerechtshof concluyó que el único recurso que le quedaba a Combinatie, en caso de que se declarase una violación del Derecho de contratación pública, era el recurso de indemnización.
- 31 El 19 de diciembre de 2007, Combinatie aún interpuso recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares, solicitando la anulación de este y la adjudicación del contrato. Tras tomar conocimiento de la sentencia interlocutoria del Gerechtshof Leeuwarden de 30 de enero de 2008, Combinatie desistió de dicho recurso y decidió

demandar a la Provincia ante el Rechtbank Assen con el fin de obtener una indemnización. El emplazamiento tuvo lugar el 29 de febrero de 2008.

- 32 En el marco de este recurso, el Rechtbank Assen considera que la decisión de 1 de noviembre de 2007, de la Provincia, de revocar su decisión de adjudicación de 2 de octubre de 2007 y de repetir el procedimiento de licitación es la única aplicación correcta del Derecho de contratación pública. A su juicio, la Provincia no podía reducir el requisito de la experiencia de 60 % a 50 % y el del volumen de negocios de 150 % a 125 %, no podía ampliar el período de referencia de 3 a 5 años para calcular el volumen de negocios y debería haber publicado las modificaciones que de este modo había introducido en la licitación en el mismo sitio de Internet donde había publicado el anuncio de licitación. El Rechtbank Assen declara que esta apreciación le conduce a adoptar una resolución definitiva que sustituye al auto adoptado por el juez de medidas cautelares. El Rechtbank Assen sostiene que, dado que el contrato ya ha sido adjudicado y que las obras ya han comenzado, incluso probablemente ya hayan terminado, la única posibilidad es la de acordar eventualmente una indemnización por daños y perjuicios a Combinatie.
- 33 El Rechtbank Assen se pregunta si la Provincia debe responder de este acto ilícito, habida cuenta de las circunstancias y de la estructura legal de la protección jurídica en las que dicho acto se cometió. A juicio de dicho órgano jurisdiccional, cabría encontrar una justificación en los intereses sociales alegados por la Provincia, en el auto del juez de medidas cautelares, así como en la decisión del legislador neerlandés de instituir tal régimen de protección jurídica.
- 34 En estas circunstancias, el Rechtbank Assen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) a) ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartados 1 y 6, de la Directiva 89/665/CEE en el sentido de que dichos artículos no se cumplen

cuando se dificulta la protección jurídica que el juez nacional debe garantizar en litigios sobre la adjudicación de contratos públicos de Derecho comunitario, dado que el ordenamiento jurídico, en el que tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como la jurisdicción civil pueden resultar competentes con respecto a una misma decisión y sus consecuencias, permite que estos órganos jurisdiccionales adopten paralelamente resoluciones contradictorias?

- b) En este contexto, ¿es lícito que el Tribunal de lo contencioso-administrativo se limite a apreciar el asunto y a resolver sobre la decisión de adjudicación y, en caso afirmativo, por qué y/o en qué condiciones?

 - c) En este contexto, ¿es lícito que la Algemene wet bestuursrecht, que en términos generales regula los recursos ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo, prohíba interponer recurso ante dicho órgano judicial cuando se trata de decisiones para que la administración adjudicadora celebre un acuerdo de adjudicación con uno de los licitadores y, en caso afirmativo, por qué y/o en qué condiciones?

 - d) En este contexto, ¿es relevante la respuesta que se dé a la segunda cuestión?
- 2) a) ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartados 1 y 6, de la Directiva 89/665/CEE en el sentido de que dichos artículos se oponen a un sistema en el que, para obtener una resolución en un plazo muy breve, solo existe un único procedimiento, caracterizado por perseguir, en principio, la rápida adopción de una medida de orden, por la inexistencia del derecho de los abogados a intercambiar conclusiones, por la [no] admisión, por regla general, de pruebas que no sean documentales y por la falta de aplicación de la normativa en materia de prueba?

- b) En caso negativo, ¿vale también lo anterior cuando la resolución judicial no conlleva el establecimiento definitivo de las relaciones jurídicas ni forma parte de un procedimiento de toma de decisiones por el que se establecen definitivamente dichas relaciones?

- c) ¿Resulta relevante que la resolución judicial solo vincule a las partes procesales, mientras que también puede haber otras partes interesadas?

- 3) ¿Resulta compatible con la Directiva 89/665 CEE el hecho de que un juez de medidas cautelares ordene a la administración adjudicadora adoptar una decisión de adjudicación que posteriormente, en un procedimiento sobre el fondo del asunto, es declarada contraria al Derecho comunitario en materia de contratación pública?

- 4) a) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿debe considerarse que la administración adjudicadora es responsable de ello y, en caso afirmativo, en qué sentido?

- b) ¿Vale lo anterior en caso de respuesta afirmativa a la cuestión?

- c) En caso de que la administración adjudicadora esté obligada a reparar los daños sufridos, ¿establece el Derecho comunitario criterios para fijar y cuantificar estos daños y, en caso afirmativo, cuáles son?

- d) En caso de que la administración adjudicadora no pueda ser considerada responsable, ¿permite el Derecho comunitario imputar la responsabilidad a otra persona y cuál es el fundamento jurídico de dicha imputación?

- 5) Si, con arreglo al Derecho nacional y/o en virtud de las respuestas a las cuestiones planteadas más arriba en la práctica resulta imposible o extremadamente difícil hacer efectiva la responsabilidad, ¿cómo debe proceder el juez nacional?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observación preliminar

- 35 En virtud de su artículo 1, apartado 1, la Directiva 89/665 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305, sustituida esta por la Directiva 93/37, y esta última, a su vez, por la Directiva 2004/18.
- 36 A tenor de su artículo 7, apartado c), la Directiva 2004/18 se aplicaba, tanto en la fecha de publicación del anuncio de licitación como en la fecha de adjudicación del contrato de que se trata en el litigio principal, a los contratos públicos de obras cuyo valor estimado, sin incluir el IVA, fuera igual o superior a 5.278.000 euros.
- 37 Según la resolución de remisión, el precio de la oferta elegida en el procedimiento que dio lugar al litigio principal era de 1.117.200 euros, IVA incluido.
- 38 Por consiguiente, surge la cuestión de si el contrato de que se trata en el litigio principal está o no comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

- 39 El 8 de diciembre de 2009, el Tribunal de Justicia dirigió al órgano jurisdiccional remitente una solicitud de aclaraciones, basada en el artículo 104, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, con el fin de precisar el valor estimado del contrato de que se trata en el litigio principal y, en particular, si este contrato forma parte de una obra en el sentido del artículo 9, apartado 5, letra a), de dicha Directiva, de forma que debiera tomarse en consideración el valor global estimado de dicha obra.
- 40 Mediante escrito de 28 de enero de 2010, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de febrero de 2010, el órgano jurisdiccional remitente indicó que el contrato de que se trata en el litigio principal tiene por objeto unas obras que forman parte de un proyecto más amplio, a saber, la renovación del tramo navegable Erica-Ter Apel, por un importe estimado de 6.100.000 euros.
- 41 De esta respuesta es posible deducir que el contrato de que se trata en el litigio principal forma parte de una obra, en el sentido del artículo 9, apartado 5, letra a), de la Directiva 2004/18, cuyo importe global supera el umbral de aplicación de esta. Por tanto, procede considerar que dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de la referida Directiva y, por consiguiente, en el de la Directiva 89/665.

Sobre la primera cuestión

- 42 Según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (véanse, en especial, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59, y de 2 de abril de 2009, *Elshani*, C-459/07, Rec. p. I-2759, apartado 40).

- 43 No obstante, el Tribunal de Justicia ha considerado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma del Derecho de la Unión, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias, antes citadas, *Bosman*, apartado 61, y *Elshani*, apartado 41).
- 44 Como resulta de la resolución de remisión, la primera cuestión se basa en la premisa de que, con arreglo al Derecho nacional, tanto el juez contencioso-administrativo como el juez civil pueden ser competentes respecto a una misma decisión adoptada con ocasión de la adjudicación de un contrato público, lo que podría conducir a resoluciones judiciales contradictorias.
- 45 Ahora bien, se desprende de las observaciones sometidas al Tribunal de Justicia por el Gobierno neerlandés y por la Comisión de las Comunidades Europeas que, en Derecho neerlandés, el juez civil dispone por regla general de una competencia exclusiva para conocer de los litigios en materia de contratación pública. Según dichas observaciones, el juez contencioso-administrativo es competente en la materia si una ley particular así lo establece y, en tal caso, dispone de una competencia exclusiva. En Derecho neerlandés está excluido que un juez contencioso-administrativo y un juez civil sean a la vez competentes respecto a un mismo litigio en materia de contratación pública.
- 46 El Tribunal de Justicia, al dictar una resolución en el marco de un procedimiento prejudicial, no puede pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales (véanse las sentencias de 13 de octubre de 1976, *Saieva*, 32/76, Rec. p. 1523, apartado 7; de 9 de octubre de 1984, *Heineken Brouwerijen*, 91/83 y 127/83, Rec. p. 3435, apartado 10, y de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins* y otros, C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 13).

- 47 Sin embargo, según consta en autos, no hay en el litigio principal ningún riesgo de resoluciones contradictorias debido a la intervención de un juez contencioso-administrativo, puesto que todos los procedimientos se han desarrollado ante los órganos del orden jurisdiccional civil.
- 48 Según la información de que dispone el Tribunal de Justicia, la interpretación del Derecho de la Unión solicitada en la primera cuestión no guarda relación alguna con el objeto del litigio principal.
- 49 Por consiguiente, la primera cuestión debe considerarse inadmisibile.

Sobre la segunda cuestión

- 50 Mediante su segunda cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 89/665 se opone a un sistema en el que, para obtener una resolución en un plazo muy breve, solo existe un único procedimiento, caracterizado por perseguir la rápida adopción de una medida de orden, por la inexistencia del derecho de los abogados a intercambiar conclusiones, por la no admisión, por regla general, de pruebas que no sean documentales y por la falta de aplicación de la normativa en materia de prueba.
- 51 Procede recordar, como precisa el quinto considerando de la Directiva 89/665, que la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos requiere un tratamiento urgente de las infracciones del Derecho de la Unión.

- 52 Para lograr este objetivo, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 dispone que, en los Estados miembros, deben poder recurrirse de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, las decisiones que hayan podido infringir el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.
- 53 Más concretamente, el artículo 2, apartado 1, letra a), de dicha Directiva exige a los Estados miembros que prevean los poderes necesarios 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».
- 54 Del artículo 2, apartado 2, de la misma Directiva, que dispone que los poderes establecidos en el artículo 2, apartado 1, podrán conferirse a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso, se desprende en particular que los Estados miembros pueden conferir la facultad de adoptar medidas provisionales y la de conceder una indemnización por daños y perjuicios a organismos distintos.
- 55 El artículo 2, apartado 3, de la Directiva 89/665 establece que, por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran. De ello resulta que esta Directiva permite a los Estados miembros establecer, en su normativa nacional, que puedan solicitarse medidas suspensivas, en su caso, en procedimientos distintos de los que tratan sobre el fondo de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.
- 56 El artículo 2, apartado 4, de dicha Directiva, que precisa que la decisión de no conceder medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas, también admite la posibilidad de un procedimiento sobre el fondo distinto del procedimiento por el que se concedan las medidas provisionales.

- 57 Por tanto, procede considerar que la Directiva 89/665 deja a los Estados miembros una facultad discrecional en la elección de las garantías procedimentales que contempla y de las correspondientes formalidades.
- 58 Es preciso señalar que, habida cuenta de que las características del proceso cautelar de que se trata en el litigio principal son inherentes a los procedimientos dirigidos a adoptar, lo antes posible, medidas provisionales, dichas características son de por sí conformes a lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665.
- 59 De lo anterior resulta que la Directiva 89/665 no se opone a un sistema en el que, para obtener una resolución en un plazo muy breve, solo existe un único procedimiento, caracterizado por perseguir la rápida adopción de una medida de orden, por la inexistencia del derecho de los abogados a intercambiar conclusiones, por la no admisión, por regla general, de pruebas que no sean documentales y por la falta de aplicación de la normativa en materia de prueba.
- 60 Mediante su segunda cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si lo anterior también es válido cuando la resolución judicial no conlleva el establecimiento definitivo de las relaciones jurídicas ni forma parte de un procedimiento de toma de decisiones por el que se establecen definitivamente dichas relaciones.
- 61 Por su naturaleza, una medida provisional no establece definitivamente las relaciones jurídicas. Además, los efectos producidos por el procedimiento de toma de decisiones en el que se integra esta medida se derivan del ordenamiento jurídico interno del correspondiente Estado. Por consiguiente, la Directiva 89/665 no se opone a la adopción de tal medida.
- 62 Mediante su segunda cuestión, letra c), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si resulta relevante que la resolución judicial solo vincule a las partes procesales, mientras que también puede haber otras partes interesadas.

- 63 Esta parte de la cuestión se basa en un supuesto que no se cumple en el litigio principal. En efecto, en el marco de este litigio, el proceso cautelar no se limitó a la parte recurrente y a la parte recurrida, a saber, Combinatie y la Provincia. Por el contrario, un tercer interesado, a saber, MFE, pudo intervenir para defender sus intereses, y demás con éxito.
- 64 En consecuencia, no procede responder a esta parte de la cuestión.
- 65 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, debe responderse a la segunda cuestión que el artículo 1, apartados 1 y 3, y el artículo 2, apartados 1 y 6, de la Directiva 89/665 no se oponen a un sistema en el que, para obtener una resolución en un plazo muy breve, solo existe un procedimiento, caracterizado por perseguir la rápida adopción de una medida de orden, por la inexistencia del derecho de los abogados a intercambiar conclusiones, por la no admisión, por regla general, de pruebas que no sean documentales, por la falta de aplicación de la normativa en materia de prueba y por el hecho de que la resolución judicial no conlleva el establecimiento definitivo de las relaciones jurídicas ni forma parte de un procedimiento de toma de decisiones por el que se establecen definitivamente dichas relaciones.

Sobre la tercera cuestión

- 66 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un juez de medidas cautelares ordene a la administración adjudicadora adoptar una decisión de adjudicación de un contrato público, la cual posteriormente, en un procedimiento sobre el fondo del asunto, es declarada contraria a la Directiva 2004/18.

- 67 Como se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.
- 68 La tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se basa en la premisa de que, en el asunto principal, el juez de medidas cautelares ordenó a la administración adjudicadora atribuir a MFE el contrato de que se trata.
- 69 Según consta en la resolución de remisión, esta premisa es inexacta. Como observa el órgano jurisdiccional remitente, el juez de medidas cautelares prohibió a la Provincie adjudicar el contrato a otra empresa que no fuera MFE. Ahora bien, no se desprende de los datos que obran en autos que el juez de medidas cautelares impusiera a la Provincie atribuir el contrato a MFE.
- 70 A este respecto, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, Combinatie, el Gobierno neerlandés y la Comisión alegaron que, respecto al curso que debía darse al auto de medidas cautelares de 28 de noviembre de 2007, la Provincie podía tomar varias decisiones que no fueran la de adjudicar a MFE el contrato de que se trata en el litigio principal.
- 71 Además, de las respuestas recibidas por el Tribunal de Justicia resulta que la Provincie habría podido renunciar a adjudicar el contrato o a someter el asunto a un órgano jurisdiccional que conociera sobre el fondo, o incluso a recurrir el auto de medidas cautelares de 28 de noviembre de 2007, o, por último, a esperar, antes de adjudicar el contrato, a que Combinatie hubiera interpuesto un eventual recurso contra dicho auto de medidas provisionales.
- 72 Por lo que se refiere a esta cuarta posibilidad, se desprende de los autos que Combinatie interpuso efectivamente un recurso, el 11 de diciembre de 2007, contra el auto de medidas provisionales, mientras que la Provincie había adjudicado el contrato a MFE el 3 de diciembre de 2007.

- 73 De lo anterior se sigue que en el litigio principal no se cumple el supuesto de que un juez de medidas cautelares haya ordenado a la administración adjudicadora adoptar una decisión de adjudicación de un contrato público.
- 74 Para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente es, por tanto, necesario reformular la tercera cuestión. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, de hecho, si la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez de medidas cautelares, para adoptar una medida provisional, haga una interpretación de la Directiva 2004/18 que, a continuación, sea calificada de errónea por el juez que conozca del fondo.
- 75 Como se ha destacado en los apartados 52 a 54 de la presente sentencia, la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos cautelares para recurrir decisiones en materia de contratación pública que hayan violado el Derecho de la Unión o normas nacionales de transposición del citado Derecho.
- 76 El artículo 2, apartado 2, de dicha Directiva prevé que la tramitación de dichos procedimientos de recurso pueda atribuirse a organismos distintos de los que son responsables de los recursos sobre el fondo, como un recurso de indemnización.
- 77 Habida cuenta de la posibilidad de establecer tal sistema, no puede excluirse que el juez de medidas provisionales y el juez que conoce del fondo del asunto, a los que se somete sucesivamente un mismo litigio, hagan una interpretación divergente de las normas del Derecho de la Unión aplicables. Por una parte, el juez de medidas provisionales debe pronunciarse en el marco de un procedimiento de urgencia en el que tanto el recibimiento a prueba como el examen de los motivos de las partes son necesariamente más escuetos que en el marco del procedimiento sobre el fondo. Por otra parte, la intervención del juez de medidas provisionales, contrariamente a la del juez que conoce del fondo, no va dirigida a terciar definitivamente entre las pretensiones que se le someten, sino a proteger provisionalmente los intereses de que se trata, en su caso, ponderándolos.

- 78 El legislador de la Unión ha reconocido la naturaleza específica de la misión del juez de medidas provisionales en el artículo 2, apartados 1, letra a), y 4, de la Directiva 89/665, destacando especialmente el carácter temporal de las medidas tomadas por el juez de medidas provisionales.
- 79 Es inherente al sistema de recursos previsto por esta Directiva que el juez que conoce del fondo del asunto pueda hacer una interpretación del Derecho de la Unión y, en particular, de la Directiva 2004/18, diferente a la del juez de medidas provisionales. Tal diferencia de apreciación no implica que un sistema jurisdiccional como el controvertido en el litigio principal no responda a las exigencias de la Directiva 89/665.
- 80 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez de medidas cautelares, para adoptar una medida provisional, haga una interpretación de la Directiva 2004/18 que, a continuación, sea calificada de errónea por el juez que conoce del fondo del asunto.

Sobre la cuarta cuestión

- 81 Mediante su cuarta cuestión, letras a) y b), el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si se debe considerar responsable a una administración adjudicadora en caso de que haya tomado una decisión de adjudicación de un contrato público, a raíz de una orden en este sentido de un juez de medidas provisionales, y de que posteriormente, en un procedimiento sobre el fondo del asunto, esta decisión sea declarada contraria a la normativa de la Unión en materia de contratación pública.
- 82 Estas cuestiones se basan en el supuesto de que, en el litigio principal, el juez de medidas cautelares haya ordenado a la administración adjudicadora atribuir el contrato de que se trata a un operador determinado.

83 Ahora bien, como ya se ha expuesto en los apartados 69 a 73 de la presente sentencia, este supuesto no se cumple en el litigio principal.

84 En estas circunstancias, no procede responder a la cuarta cuestión, letras a) y b).

85 Mediante su cuarta cuestión, letra c), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el caso de que la administración adjudicadora esté obligada a reparar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, el Derecho de la Unión proporciona criterios para determinar y cuantificar estos daños y, en caso afirmativo, cuáles son.

86 El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 indica claramente que los Estados miembros deben prever la posibilidad de conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, pero no contiene ninguna precisión ni sobre las condiciones para considerar responsable a un poder adjudicador ni sobre la determinación del importe de la indemnización a cuyo pago puede verse condenado.

87 Esta disposición constituye una concretización del principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables. Según una jurisprudencia desarrollada tras la adopción de la Directiva 89/665, pero desde entonces reiterada, este principio es inherente al ordenamiento jurídico de la Unión. El Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (sentencias de 19 noviembre 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90,

Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartados 31 y 51, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Rec. p. I-2119, apartados 19 y 20).

- 88 Por ahora, por lo que se refiere a recursos en materia de contratación pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha enunciado criterios más precisos para determinar y cuantificar los daños.
- 89 Por lo que se refiere a la legislación de la Unión, debe señalarse que la Directiva 89/665 fue ampliamente modificada por la Directiva 2007/66/CE 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 (DO L 335, p. 31), adoptada después de la fecha de los hechos que originaron el litigio principal. No obstante, en tal ocasión, el legislador de la Unión no adoptó disposiciones sobre este particular.
- 90 A falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública (véanse, por analogía, las sentencias de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 46, y de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros, C-314/09, Rec. p. I-8769, apartado 33), siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 98).
- 91 Como se desprende de reiterada jurisprudencia, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible

en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz* y *Rewe-Zentral*, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5; de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 43; de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 46, y de 8 de julio de 2010, *Bulicke*, C-246/09, Rec. p. I-7003, apartado 25).

⁹² Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión, letra c), que, por lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización siempre que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido. A falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

⁹³ Habida cuenta de esta respuesta, no procede responder a la cuarta cuestión, letra d).

Sobre la quinta cuestión

⁹⁴ Mediante la quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta cómo debe proceder el juez nacional si en la práctica resulta imposible o extremadamente difícil hacer efectiva la responsabilidad.

- 95 Habida cuenta de las respuestas dadas a las cuestiones anteriores y a la vista de los autos, nada indica que tal sea el caso en el asunto principal.
- 96 Por consiguiente, esta cuestión no requiere respuesta.

Costas

- 97 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 Segunda) declara:

- 1) El artículo 1, apartados 1 y 3, y el artículo 2, apartados 1 y 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, no se oponen a un sistema en el que, para obtener una resolución en un plazo muy breve, solo existe un procedimiento, caracterizado por perseguir la rápida adopción de una medida de orden, por la inexistencia del derecho de los abogados a intercambiar conclusiones, por la no admisión, por regla general, de pruebas que no sean documentales, por la falta de aplicación de la normativa en materia de prueba y por el hecho de que la resolución judicial no conlleva el establecimiento definitivo de las relaciones jurídicas ni forma parte de un**

procedimiento de toma de decisiones por el que se establecen definitivamente dichas relaciones.

- 2) **La Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el juez de medidas cautelares, para adoptar una medida provisional, haga una interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, que, a continuación, sea calificada de errónea por el juez que conoce del fondo del asunto.**

- 3) **Por lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización siempre que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido. A falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.**

Firmas