# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 19 de junio de 2003 *

En el asunto C-249/01,

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

**Werner Hackermüller**

y

**Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),**

**Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),**

una decisión prejudicial sobre la interpretación del 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 (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),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. J.-P. Puissochet, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen (Ponente) y V. Skouris, la Sra. F. Macken y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mischo;
Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre del Sr. Hackermüller, por el Sr. P. Schmautzer, Rechtsanwalt;

— en nombre de Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) y de Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), por los Sres. J. Olischar y M. Kratky, Rechtsanwälte;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por el Sr. M. Fiorilli, avvocato dello Stato;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. M. Nolin, en calidad de agente, asistido por el Sr. R. Roniger, Rechtsanwalt;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Sr. Hackermüller, del Gobierno austriaco y de la Comisión, expuestas en la vista de 16 de enero de 2003;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 25 de febrero de 2003;

dicta la siguiente

## Sentencia

1 Mediante resolución de 25 de junio de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de junio siguiente, el Bundesvergabeamt planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del 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 (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 Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Hackermüller, ingeniero-arquitecto, y las sociedades Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) y Wiener Entwicklugsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (en lo sucesivo, «partes demandadas») en relación con la decisión de éstas de no seleccionar la oferta que el Sr. Hackermüller había realizado en el marco de un contrato público de servicios.

## Marco jurídico

### *Normativa comunitaria*

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

«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 Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665:

«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 fue adaptado 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, «BVergG»).

6 El artículo 113 de la BvergG determina las competencias del Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicaciones) estableciendo lo siguiente:

«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. [...]»

7 El artículo 115, apartado 1, de la BvergG dispone:

«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.»

## El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

8 Las partes demandadas convocaron una licitación con el fin de reunir proyectos de construcción y parámetros para decidir sobre la adjudicación de contratos de planificación general para la construcción de la nueva facultad de ingeniería industrial de la TU-Wien. La primera fase del procedimiento consistió en un concurso que tenía por objeto «la invitación pública a realizar manifestaciones de interés con presentación de ideas».

9 Varios interesados, entre ellos el Sr. Hackermüller y la sociedad Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (en lo sucesivo, «Lechner»), respondieron al anuncio de licitación mediante la presentación de proyectos. Durante la segunda fase del procedimiento —fase de negociación— el Beratungsgremium (comité asesor) aconsejó continuar en breve plazo el procedimiento con Lechner. Mediante escrito de 10 de febrero de 1999, los otros cuatro licitadores admitidos a participar en el procedimiento de negociación, entre los que se encontraba el Sr. Hackermüller, fueron informados de que el Beratungsgremium no había recomendado la realización de su proyecto.

10 El 29 de marzo de 1999, el Sr. Hackermüller interpuso un recurso ante el Bundesvergabeamt, con arreglo al artículo 113, apartado 2, de la BVergG, con el fin, entre otros, de que fuera declarada la nulidad, por una parte, de la decisión por la que el Beratungsgremium o las partes demandadas seleccionaron la oferta de otro licitador al considerarla la más ventajosa y aconsejaron seguir en breve plazo el procedimiento de negociación con este último y, por otra parte, de la decisión por la que, a su juicio, la selección de las ofertas se realizó sin observar los criterios fijados en el anuncio de licitación.

11 Mediante resolución de 31 de mayo de 1999, el Bundesvergabeamt desestimó en su totalidad las pretensiones del Sr. Hackermüller con arreglo al artículo 115, apartado 1, de la BVergG, por falta de legitimación activa, ya que consideró que su oferta debería haber sido descartada en la primera fase del procedimiento, en virtud del artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG.

12 En apoyo de su decisión, el Bundesvergabeamt expuso, en primer lugar, que del artículo 115, apartado 1, de la BVergG se desprende que un empresario sólo tiene acceso al procedimiento de recurso si puede sufrir un perjuicio u otro inconveniente. Asimismo, recordó que, en virtud el artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG, antes de seleccionar la oferta que resulte adjudicataria, la entidad adjudicadora debe descartar inmediatamente, sobre la base del examen de las ofertas que haya realizado, las que incumplan las condiciones de la licitación, sean incompletas o contengan errores, si estas deficiencias no han sido subsanadas o no pueden serlo.

13 El Bundesvergabeamt señaló a continuación que el punto 1.6.7 del anuncio de licitación hace referencia expresa al artículo 36, apartado 4, de la Wettbewerbsordnung der Architekten (Código de competencia de los arquitectos; en lo sucesivo, «WOA»), que establece que, en caso de que concurra una causa de exclusión con arreglo al artículo 8 de la WOA, el proyecto de que se trate deberá ser rechazado. El apartado 1, letra d), de esta última disposición excluye de la participación en concursos de arquitectos, entre otras, a las personas que incluyan en los documentos presentados alguna indicación que permita identificar al autor del proyecto.

14 Por último, después de comprobar que el Sr. Hackermüller había indicado su nombre bajo el epígrafe «organización prevista de la planificación general», de modo que habría debido descartarse su proyecto conforme al artículo 52, apartado 1, punto 8, de la BVergG en relación con el artículo 36, apartado 4, de la WOA, el Bundesvergabeamt declaró que dicho proyecto ya no podía ser tenido en cuenta para la adjudicación del contrato público y que, en consecuencia, al no poder resultar perjudicado por eventuales violaciones del principio de la oferta más ventajosa y de las normas del procedimiento de negociación, el Sr. Hackermüller carecía de legitimación para alegar las irregularidades invocadas en su recurso.

15 El 7 de julio de 1999, el Sr. Hackermüller interpuso ante el Verfassungsgerichtshof un recurso de anulación contra la resolución del Bundesvergabeamt de 31 de mayo de 1999. En su sentencia de 14 de marzo de 2001 (B 1137/99-9), el Verfassungsgerichtshof declaró que, habida cuenta de la interpretación amplia que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso realizar del concepto de legitimación para iniciar un procedimiento de recurso a efectos del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 (véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 46, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartados 34 y 35), parece dudoso que los requisitos de interposición del recurso establecidos en el artículo 115, apartado 1, de la BVergG, en relación con su artículo 52, apartado 1, puedan ser interpretados en el sentido de que un licitador que no ha sido descartado por la entidad adjudicadora pueda ser excluido del acceso al procedimiento de recurso mediante una decisión de desestimación de su solicitud de tutela jurídica adoptada por el órgano responsable de este procedimiento, al comprobar este último, con carácter preliminar, la existencia de una causa que habría justificado la exclusión del licitador. Asimismo, anuló la resolución del Bundesvergabeamt de 31 de mayo de 1999 por violación del derecho constitucional a un procedimiento ante el juez determinado por la ley.

16 En estas circunstancias, el Bundesvergabeamt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que los procedimientos de recurso deben ser accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse la disposición antes citada en el sentido de que un licitador ha resultado perjudicado o puede verse perjudicado —de modo que

ha de poder acceder al procedimiento de recurso— por la infracción que alega, que en el presente asunto es la decisión de la entidad adjudicadora de considerar mejor la oferta presentada por un competidor, aun cuando, si bien su oferta no ha sido descartada por la entidad adjudicadora, el órgano que conoce del procedimiento de recurso declara que la oferta del licitador debería haber sido rechazada forzosamente por dicha entidad?»

## Sobre la primera cuestión

17 A este respecto, basta recordar que, en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva 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 de adaptación al citado Derecho.

18 De lo anterior resulta que esta disposición no obliga a los Estados miembros a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que les permite exigir que, además, la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega.

19 Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 no se opone a que los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva sólo sean accesibles a las personas que desean obtener la adjudicación de un contrato público determinado si éstas se han visto o pueden verse perjudicadas por la infracción que alegan.

## Sobre la segunda cuestión

20 Dado que la segunda cuestión se formuló para el supuesto en que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 deba ser interpretado en el sentido de que permite supeditar el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva al requisito de que la infracción alegada haya perjudicado o pueda perjudicar al demandante, procede responder a dicha cuestión.

21 A la vista de los hechos del litigio principal, debe interpretarse que mediante esta cuestión se desea saber si a un licitador que quiere impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa se le puede denegar el acceso a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665, debido a que su oferta debería haber sido descartada previamente por la entidad adjudicadora por otras razones y que, por este motivo, dicho licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega.

22 A este respecto, es preciso 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 concreto, las sentencias Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74).

23 Pues bien, es preciso señalar que se pondría en entredicho la plena consecución del objetivo que persigue la Directiva 89/665 si el órgano responsable de los procedimientos de recurso previstos por esta Directiva pudiera denegar el acceso

a dichos procedimientos a un licitador que alega la ilegalidad de la decisión de la entidad adjudicadora que no consideró que su oferta fuera la más ventajosa, debido a que la propia entidad adjudicadora cometió el error de no descartar dicha oferta antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta.

24 En efecto, no cabe ninguna duda de que la decisión mediante la cual la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a esta selección constituye una decisión contra la cual debe ser posible la interposición de un recurso, en virtud del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, ya que esta disposición es aplicable a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que están sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 37, y de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki, C-57/01, Rec. p. I-1091, apartado 68) y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y el contenido de dichas decisiones (véanse, en particular, las sentencias Alcatel Austria y otros, apartado 35, y HI, apartado 49, antes citadas).

25 En consecuencia, si la oferta del licitador hubiera sido descartada por la entidad adjudicadora en una fase anterior a la de la selección de la mejor oferta, debería habérsele permitido impugnar la legalidad de la decisión de exclusión de su oferta mediante los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665, como persona que se ha visto perjudicada o que puede verse perjudicada por dicha decisión.

26 En estas circunstancias, el hecho de que el órgano responsable de los procedimientos de recurso deniegue el acceso a dichos procedimientos a un licitador que se encuentra en una situación como la del Sr. Hackermüller tendría el efecto de privarle no solamente de su derecho de recurso respecto a la decisión cuya ilegalidad alega, sino también del derecho a impugnar la fundamentación del motivo de exclusión invocado por dicho órgano para denegarle la condición de persona que se ha visto o que puede verse perjudicada por la ilegalidad alegada.

27 Si bien es cierto que, con el fin de paliar esta situación, se reconoce al licitador el derecho a impugnar la fundamentación de dicho motivo de exclusión en el marco del procedimiento de recurso promovido por éste para impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora que no consideró que su oferta fuera la más ventajosa, no cabe excluir que, al final de este procedimiento, el órgano que conoce del recurso llegue a la conclusión de que dicha oferta debería efectivamente haberse descartado previamente y que el recurso del licitador debe ser desestimado debido a que, por esta circunstancia, no se ha visto o no puede verse perjudicado por la infracción que alega.

28 No obstante, a falta de una decisión de exclusión de la oferta del licitador adoptada por la entidad adjudicadora en la fase adecuada del procedimiento de adjudicación, debe considerarse que la forma de proceder descrita en el apartado anterior es la única que puede garantizar a dicho licitador el derecho a impugnar la fundamentación del motivo de exclusión sobre la base del cual el órgano responsable de los procedimientos de recurso tiene previsto declarar que no se ha visto o que no puede verse perjudicado por la decisión cuya ilegalidad alega y, por consiguiente, la única que puede asegurar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos en todas las fases del procedimiento de adjudicación.

29 A la luz de las anteriores consideraciones, procede contestar a la segunda cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 se opone a que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva para impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta debería haber sido descartada previamente por dicha entidad adjudicadora por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega. En el marco del procedimiento de recurso que puede así instar dicho licitador, debe permitírsele impugnar la fundamentación del motivo de exclusión sobre la base del cual el órgano responsable de los procedimientos de recurso tiene previsto declarar que no se ha visto o que no puede verse perjudicado por la decisión cuya ilegalidad alega.

## Costas

30 Los gastos efectuados por los Gobiernos austriaco e italiano y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este 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 25 de junio de 2001, declara:

1) **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 92/50/CEE**

del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se opone a que los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva sólo sean accesibles a las personas que desean obtener la adjudicación de un contrato público determinado si éstas se han visto o pueden verse perjudicadas por la infracción que alegan.

2) El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, se opone a que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva para impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta debería haber sido descartada previamente por dicha entidad adjudicadora por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega. En el marco del procedimiento de recurso que puede así instar dicho licitador, debe permitírsele impugnar la fundamentación del motivo de exclusión sobre la base del cual el órgano responsable de los procedimientos de recurso tiene previsto declarar que no se ha visto o que no puede verse perjudicado por la decisión cuya ilegalidad alega.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 19 de junio de 2003.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Sexta

J.-P. Puissochet