SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 6 de mayo de 2010 *

En los asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08,

que tienen por objeto dos peticiones de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, presentadas por el Symvoulio tis Epikrateias (Grecia), mediante resoluciones de 15 de febrero de 2008, recibidas en el Tribunal de Justicia el 9 de abril de 2008, en los procedimientos entre

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

y

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Lengua de procedimiento: griego.

Ypourgos Epikrateias,

en el que participan:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, anteriormente Elliniki Technodomiki TEB AE,

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, anteriormente Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE,

Leonidas Bombolas (asunto C-145/08)

y

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

y

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

en el que participa:

Michaniki AE (asunto C-149/08),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de la Sala Tercera, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis y J. Malenovský, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de junio de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre del Club Hotel Loutraki AE, por los Sres. I.K. Theodoropoulos y S.A. Pappas, dikigoroi;

— en nombre de Athens Resort Casino AE Symmetochon y Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, anteriormente Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, por los Sres. P. Spyropoulos, K. Spyropoulos e I. Dryllerakis, dikigoroi;

— en nombre de Ellaktor AE, anteriormente Elliniki Technodomiki TEB AE, por la Sra. V. Niatsou, dikigoros;

— en nombre de Aktor ATE, por el Sr. K. Giannakopoulos, dikigoros;

— en nombre del Gobierno helénico, por las Sras. A. Samoni-Rantou y E.-M. Mamouna y N. Marioli, y por el Sr. I. Dionysopoulos, en calidad de agentes;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. M. Patakia y el Sr. D. Kukovec, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de octubre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de las disposiciones pertinentes, a la luz de las circunstancias de los asuntos en cuestión en el procedimiento principal, de 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), y 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), modificada por la Directiva 92/50 (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), así como de los principios generales del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos y, en particular, del principio de tutela judicial efectiva.

2 Estas peticiones se presentaron en litigios entre empresas privadas y personas físicas, por una parte, y el Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Consejo Nacional de Radiotelevisión; en lo sucesivo, «ESR»), autoridad que, de conformidad con la normativa nacional, tiene la facultad y el deber de controlar si las personas que tienen la condición de propietario, socio, accionista mayoritario, miembro de un órgano de administración o directivo de una empresa licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público incurren en determinadas incompatibilidades establecidas en dicha normativa y, por este hecho, deben quedar inmediatamente excluidas del procedimiento.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

3 A tenor del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50:

«[A efectos de la presente Directiva, se entenderá por] contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora […]

[…]»

4 El artículo 2 de esta Directiva dispone:

«Si un contrato público tiene por objeto, a la vez, productos, según se definen en la Directiva 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; EE 17/01, p. 29), y servicios, según se contemplan en los Anexos I A y I B de la presente Directiva, se regirá por esta última cuando el valor de los servicios sea superior al de los productos a los que se refiere el contrato.»

5 El artículo 3 de la misma Directiva establece:

«1. Las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de la presente Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios y al convocar concursos.

2. Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

[…]»

6 A tenor del artículo 8 de la Directiva 92/50:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.»

7 El artículo 9 de esta Directiva dispone:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 14 y 16.»

8 El artículo 14 forma parte del título IV de esta Directiva, el cual se refiere a las normas comunes en el sector técnico y trata de las especificaciones técnicas que deberán recogerse en los documentos generales o en los documentos correspondientes a cada contrato, y el artículo 16 forma parte del título V, que regula las normas comunes de publicidad.

9 El anexo I B de la Directiva 92/50, titulado «Servicios a los que se refiere el artículo 9», incluye:

«[…]

17 Servicios de hostelería y restaurante

[…]

26 Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos

27 Otros servicios».

10 Por último, el artículo 26 de la misma Directiva establece en su apartado 1 lo siguiente:

«Los prestadores de servicios podrán agruparse para presentar ofertas sin necesidad de adoptar una forma jurídica específica. No obstante, tras la adjudicación del contrato, el grupo adjudicatario podrá ser obligado a ello.»

11 El artículo 1 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 [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; EE 17/01, p. 9)], 77/62 […] y 92/50 […], 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.

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

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 [o de servicios] 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.»

12 En virtud del artículo 2 de esta Directiva:

«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.

[…]

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 una indemnización por 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.

[…]»

Normativa nacional

13 El Derecho helénico fue adaptado a lo dispuesto en la Directiva 89/665 mediante la Ley nº 2522/1997, relativa a la protección jurisdiccional previa a la adjudicación de un contrato público de obras, suministros o servicios (FEK A' 178).

14 El artículo 2 de esta Ley, bajo la rúbrica «Ámbito de la protección jurisdiccional», establece:

«1. Toda persona que tenga o haya tenido interés en la adjudicación de un contrato público de obras, suministro o servicios determinado, y que haya sufrido o pueda sufrir perjuicios derivados de la infracción de la normativa comunitaria o nacional, tiene derecho a solicitar protección jurisdiccional cautelar, la anulación o la declaración de nulidad del acto ilegal de la entidad adjudicadora y una indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto específicamente en los artículos siguientes:

[…]»

15 El artículo 4 de dicha Ley, bajo la rúbrica «Anulación o declaración de nulidad», dispone:

«1. El interesado tiene derecho a solicitar la anulación o la declaración de nulidad de toda acción u omisión de la entidad adjudicadora que infrinja una norma de Derecho comunitario o interno relativa al procedimiento previo a la celebración del contrato. […]

2. Si el Tribunal anula o declara la nulidad de un acto u omisión de la entidad adjudicadora después de la celebración del contrato, éste no resultará afectado, salvo que, antes de su celebración, el procedimiento de adjudicación del contrato se haya suspendido por una resolución que establezca medidas provisionales o mediante un auto cautelar. En tal caso, el interesado tiene derecho a exigir daños y perjuicios de conformidad con las disposiciones del artículo siguiente.»

16 El artículo 5 de la Ley 2522/1997, bajo la rúbrica «Solicitud de indemnización de daños y perjuicios», establece:

«1. El interesado que haya sido excluido de la participación o adjudicación de una obra pública, suministro o servicio, con infracción de una norma de Derecho comunitario o interno, tiene derecho a exigir una indemnización a la entidad adjudicadora, en aplicación de las disposiciones de los artículos 197 y 198 del Código Civil. No se aplicará ninguna disposición que excluya o limite dicha pretensión.

2. Para la concesión de la indemnización se requiere la previa anulación o declaración de nulidad de la acción u omisión ilegal por parte del órgano jurisdiccional competente. Podrán acumularse la demanda de daños y perjuicios y la demanda de declaración de nulidad, de conformidad con las disposiciones aplicables con carácter general.»

17 Los artículos 197 y 198 del Código Civil, a los que se remite el precepto anteriormente citado, establecen la responsabilidad «durante las negociaciones», concretamente, la obligación de abonar daños y perjuicios en caso de que los interesados incurran en gastos injustificados en un procedimiento destinado a la celebración de un contrato.

18 El Decreto Presidencial 18/1989 codifica la legislación sobre el Symvoulio tis Epikrateias (FEK A' 8). Su artículo 47, bajo la rúbrica «Interés legítimo», establece:

«1. Tendrá derecho a interponer recurso de nulidad la persona física o jurídica destinataria de un acto administrativo o cuyos intereses legítimos, incluidos los no económicos, resulten afectados por ese acto.

[…]»

19 La Ley nº 2206/1994, tiene por objeto la «Creación, organización, explotación y control de los casinos, etc.» (FEK A' 62). A tenor del artículo 1, apartado 7 de dicha Ley, con el título «Expedición de las licencias de casino»:

«Las licencias para las empresas de casino se concederán mediante resolución del Ministro de Turismo previa licitación pública internacional tramitada por una comisión de siete miembros.»

20 El artículo 3 de esta Ley, con el título «Funcionamiento de los casinos», dispone:

«El funcionamiento de los casinos estará sometido al control del Estado.

[…]»

21 El artículo 14, apartado 9, de la Constitución griega y su Ley de desarrollo 3021/2002 (FEK A' 143) introducen un régimen de restricciones aplicables a la celebración de

contratos públicos con personas que estén activas o posean participaciones en el sector de los medios de comunicación. Dicho régimen establece una presunción de incompatibilidad entre la condición de propietario, socio, accionista mayoritario o directivo de una empresa que desarrolle una actividad en el sector de los medios de comunicación y la de propietario, socio, accionista mayoritario o directivo de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confíe la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios. Esta incompatibilidad alcanza asimismo a las personas físicas que tengan entre sí, en determinado grado, una relación de parentesco.

22 La Ley nº 3201/2002 establece, en esencia, que, antes de adjudicar un contrato público y, en todo caso, antes de la firma del contrato, la entidad adjudicadora de que se trate debe, bajo sanción de nulidad del contrato público, solicitará al ESR la expedición de un certificado que acredite que no concurren las causas de incompatibilidad contempladas en dicha Ley. La resolución del ESR es vinculante para la entidad adjudicadora, pero contra ella pueden interponer recurso de anulación las personas que demuestren tener interés en ejercitar la acción, incluidas las autoridades públicas.

23 En su sentencia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999), puntos 1 y 2 del fallo, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien el Derecho de la Unión no se opone a una normativa que persiga los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, sí se opone, no obstante, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, al establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de incompatibilidad como la recogida en la normativa nacional en cuestión.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-145/08

24 Se desprende del auto de remisión que, mediante resolución de 10 de octubre de 2001, la Comisión interministerial competente decidió privatizar la sociedad Elliniko Kazino Parnithas AE (en lo sucesivo, «EKP»), filial de la sociedad Ellinika Touristika Akinita AE (en lo sucesivo, «ETA»), cuyas acciones pertenecen en su totalidad al Estado griego. El anuncio de licitación publicado en octubre de 2001 establecía una primera fase de preselección para determinar qué candidatos cumplían los requisitos establecidos. La mejor oferta, de entre las presentadas por los interesados, sería elegida en una fase posterior. El adjudicatario sería convocado para firmar el contrato. En la primera fase, fueron preseleccionadas las uniones temporales de empresas Koinopraxia Casino Attikis y Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Tras la publicación de un anuncio complementario en abril de 2002, los términos del contrato quedaron fijados como sigue:

El contrato es de carácter mixto e incluye:

— un compromiso referente a la transmisión por ETA del 49 % de las acciones de EKP a una «sociedad anónima con finalidad exclusiva» (en lo sucesivo, «AEAS») que debía ser constituida por el licitador finalmente seleccionado;

— un compromiso con arreglo al cual AEAS se obligaba a ejecutar un plan de desarrollo en un plazo de 750 días contado desde el momento en que obtuviera las autorizaciones necesarias. Este plan de desarrollo incluía la mejora de los locales del casino y la revalorización de las posibilidades que ofreciera su licencia de actividad, el acondicionamiento y la revalorización de los dos hoteles del complejo inmobiliario y el acondicionamiento de los terrenos circundantes, con una superficie de unas 280 hectáreas. La ejecución de estas obras era una parte del precio que debía abonarse por la adquisición del 49 % de las acciones de EKP;

— un compromiso entre ETA y AEAS por el que ésta adquiriría el derecho a nombrar a la mayoría de los administradores del consejo de administración de EKP y, en consecuencia, de administrar la sociedad con arreglo a lo estipulado en el contrato;

— un compromiso con arreglo al cual AEAS asumía la gestión del negocio de casino a cambio de una contraprestación, que sería abonada por ETA. En virtud de esta contraprestación, AEAS recibiría una suma que no podría exceder de un porcentaje decreciente de los beneficios anuales de explotación (que disminuiría del 20 % de los beneficios hasta 30 millones de euros al 5 % de los beneficios superiores a 90 millones de euros) y el 2 % del volumen de negocio;

— en su condición de gerente, AEAS debía administrar el negocio de casino de forma que se mantuviera constantemente un entorno lujoso que ofreciera servicios de alta gama con rentabilidad económica para EKP. Concretamente, los beneficios de la gestión, sin deducir los impuestos, no debían ser inferiores a un total de 105 millones de euros para los cinco primeros ejercicios financieros posteriores a la entrada en vigor del contrato. Los beneficios netos serían repartidos entre ETA y AEAS de forma proporcional al tanto por ciento del capital de EKP poseído por cada una de ellas;

— puesto que EKP es la única empresa de casino actualmente activa en la región del Ática, el contrato prevé que, en caso de que otro casino se establezca legalmente en esa demarcación geográfica en los diez años siguientes a la entrada en vigor del contrato, ETA estaría obligada a indemnizar a AEAS abonándole, en concepto de daños y perjuicios, una suma igual al 70 % del precio de la transacción. El importe de la indemnización se reduciría en una décima parte cada año a contar desde la entrada en vigor del contrato;

— en cuanto a la gestión del negocio de casino, el contrato se extinguiría diez años después de su entrada en vigor.

26 La unión temporal de empresas Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE presentó la mejor oferta en el procedimiento en cuestión, por lo que fue nombrada adjudicataria. Antes de la firma del contrato, ETA comunicó al ESR la identidad de los propietarios, socios, accionistas mayoritarios y directivos de la adjudicataria, con objeto de que se verificara que no concurrían en dichas personas las causas de incompatibilidad contempladas en el artículo 3 de la Ley 3021/2002. Mediante certificado expedido el 27 de septiembre de 2002, el ESR notificó que no existían causas de incompatibilidad entre las personas anteriormente señaladas.

27 Dicho documento del ESR fue objeto de un recurso de anulación interpuesto únicamente por tres de los siete miembros de la unión temporal de empresas licitadora Koinopraxia Kazino Attikis, que no resultó adjudicataria del contrato. Los demandantes alegaron que un miembro del grupo al que se había adjudicado el contrato se encontraba incurso en una de las causas de incompatibilidad establecidas en la normativa nacional y que, por este hecho, debía anularse la adjudicación.

28 El órgano jurisdiccional remitente señala que el contrato en cuestión es de tipo mixto, pues contiene, por una parte, un elemento relativo a la venta de acciones por parte de ETA al licitador que presentara la mejor oferta, elemento que, como tal, no se rige por las normas de la Unión sobre contratos públicos y, por otra, un elemento relativo a un

contrato de servicios, que se celebraría con el licitador que presentara la mejor oferta, el cual asume las obligaciones de gestión del negocio de casino. El elemento referente a la transmisión de las acciones constituye, según el órgano jurisdiccional remitente, la parte más importante de este contrato mixto. Por otra parte, dicho contrato incluye también una parte relativa a un contrato de obras, ya que el adjudicatario asume la obligación de ejecutar las obras a que se refiere el auto de remisión, en concepto de pago parcial de las acciones transmitidas. El órgano jurisdiccional remitente señala que esta parte tiene un carácter completamente accesorio en relación con la referente a los «servicios».

29 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede considerarse que el elemento de «servicios» del contrato en cuestión constituye un contrato de concesión de servicios públicos, que no está sometido a la normativa de la Unión. A este respecto, debería comprobarse en qué medida recaen sobre el adjudicatario los riesgos ligados a la organización y explotación de los servicios en cuestión, teniendo en cuenta, asimismo, que estos servicios tienen por objeto actividades que, de conformidad con las normas nacionales por las que se rigen, pueden ser objeto de derechos exclusivos y especiales.

30 En caso de que el Tribunal declare que el elemento del contrato controvertido referente a la gestión del casino constituye un contrato público de servicios, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el recurso de anulación interpuesto ante instancias nacionales está protegido por las garantías procesales establecidas en la Directiva 89/665, teniendo en cuenta que el objeto principal del contrato, a saber, la venta de acciones de EKP, no está comprendido en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre contratos públicos, y que los contratos que tienen por objeto dichos servicios, relacionados en el anexo I B de la Directiva 92/50, deben adjudicarse de conformidad con los artículos 14 y 16 de la misma, los cuales únicamente contienen obligaciones de procedimiento. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta no obstante si, a pesar de esta limitación de las obligaciones, el principio de igualdad de trato de los participantes en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, que la Directiva 89/665 pretende salvaguardar, se aplica igualmente en tales casos.

31 Si el Tribunal de Justicia considerase que un recurso de anulación como el del asunto principal está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si las normas del Derecho de la Unión se oponen a una norma procesal nacional, como la recogida en el artículo 47, apartado 1,

del Decreto Presidencial 18/1999, conforme a su interpretación por ese órgano jurisdiccional, según la cual los que participan en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituidos como unión temporal de empresas sólo pueden interponer recurso de anulación contra los actos pertenecientes a ese procedimiento si lo hacen todos conjuntamente, sin lo cual el recurso se declarará inadmisible.

32 El órgano jurisdiccional remitente se refiere, a este respecto, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2005, Espace Trianon y Sofibail (C-129/04, Rec. p. I-7805), apartado 22, de acuerdo con la cual una norma procesal nacional que exige que un recurso de anulación contra la resolución de una entidad adjudicadora de adjudicar un contrato público se interponga por la totalidad de los miembros que integran una unión temporal de empresas licitadora no limita la accesibilidad a tal recurso en contra de lo establecido en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665.

33 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, no obstante, si esta conclusión, que en esa sentencia se refería a un recurso de anulación contra la resolución de una entidad adjudicadora de adjudicar un contrato público, es también válida para toda forma de protección jurisdiccional reconocida por la citada Directiva y, en particular, para la reclamación de daños y perjuicios. Esta problemática se encuentra ligada al hecho de que, en el asunto que nos ocupa, el legislador nacional, en ejercicio de la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 89/665, supeditó la concesión de la indemnización de daños y perjuicios a que se anulara en primer término el acto tachado de ilegalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, de la Ley 2522/1997.

34 La combinación de este precepto con la norma procesal del artículo 47, apartado 1, del Decreto Presidencial 18/1989, conforme a su interpretación por el órgano jurisdiccional remitente, conduce a que, para cualquier miembro individual de una unión temporal de empresas que haya participado infructuosamente en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, resulte imposible no solamente obtener la anulación del acto lesivo para sus intereses, sino también recurrir al órgano jurisdiccional competente con el fin de conseguir la reparación del perjuicio sufrido de forma individual. Debe ponerse de relieve que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de anulación es el Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado), mientras que, para conocer de la reclamación de daños y perjuicios, es competente otro órgano jurisdiccional.

35 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente señala que la posibilidad de que cada uno de los miembros de la unión temporal de empresas solicite al tribunal competente la indemnización por daños y perjuicios dependerá, por lo tanto, de la voluntad de los demás integrantes de la agrupación de interponer un recurso de anulación, aun cuando el perjuicio que hayan sufrido los miembros de la agrupación, a título individual, a raíz de que no se les adjudicara el contrato, puede ser diferente según el volumen de gastos en que haya incurrido cada uno de ellos para participar en dicho contrato. En consecuencia, el interés de cada uno de los miembros de esa unión temporal en solicitar la anulación de una resolución también puede ser diferente. Por consiguiente, cabe preguntarse si, en tales circunstancias procesales, queda salvaguardado el principio de tutela judicial efectiva como pretende la Directiva 89/665.

36 El órgano jurisdiccional remitente indica, además, que, de acuerdo con las normas procesales nacionales generales sobre el derecho a la indemnización de los perjuicios causados por actos ilegales del Estado o de las personas jurídicas de Derecho público, corresponde asimismo al órgano jurisdiccional competente para el reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios controlar, de forma incidental, la legalidad del acto administrativo cuando conoce de la reclamación de indemnización, y no a otro órgano jurisdiccional, como ocurre en el caso de los recursos de anulación interpuestos en relación con procedimientos de contratación pública. Se pregunta, por lo tanto, si los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que dimanan del Derecho de la Unión son menos favorables que los que versan sobre la salvaguardia de derechos similares o análogos dimanantes de las normas nacionales.

37 El órgano jurisdiccional remitente señala, por último, que su interpretación actual del artículo 47, apartado 1, del Decreto Presidencial 18/1989, en el sentido de que únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas, actuando conjuntamente, está legitimada para solicitar la anulación de un acto perteneciente a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, constituye un cambio de orientación de su jurisprudencia reiterada de que los miembros podían interponer el recurso individualmente.

38 Al mismo tiempo, pone de relieve las circunstancias particulares del asunto principal, a saber, que, al principio, el recurso en cuestión fue interpuesto por la unión temporal de empresas como tal y por sus siete miembros ante la Sala Cuarta del Symvoulio tis Epikrateias. Dicha Sala declaró la inadmisibilidad del recurso con respecto a la unión temporal de empresas y a cuatro de sus miembros porque no habían facultado

debidamente a su abogado para ejercitar la acción y, respecto a los otros tres miembros de dicha unión temporal, remitió el asunto, habida cuenta de su importancia, al Pleno de ese órgano jurisdiccional. De este modo, dicha Sala Cuarta aplicó la jurisprudencia, reiterada hasta entonces, de que también era admisible el recurso interpuesto por algunos miembros de la unión temporal.

39 De todos modos, la resolución de inadmisión de dicha Sala Cuarta, en relación con el recurso de la unión temporal como tal y de cuatro de sus miembros ha adquirido firmeza, de modo que ya no cabe subsanación alguna en el procedimiento pendiente de resolución ante el Pleno del órgano jurisdiccional remitente. Éste se pregunta, por lo tanto, si ese cambio de orientación de su jurisprudencia respeta el principio de un proceso equitativo, que es un principio general del Derecho de la Unión e igualmente está recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), así como el principio de protección de la confianza legítima.

40 Habida cuenta de estas consideraciones, el Pleno del Symvoulio tis Epikrateias decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye un contrato de concesión, no regulado por la Directiva 92/50 […], un contrato mediante el cual la entidad adjudicadora encarga al adjudicatario la gestión de una empresa de casino y la realización de un plan de desarrollo –que consiste en la mejora de los locales del casino y en la explotación empresarial de las posibilidades de la licencia de dicho casino–, y en el que se incluye una cláusula según la cual la entidad adjudicadora asume la obligación de abonar al adjudicatario una indemnización si en la región en la que funciona el casino en cuestión se explotara legalmente otro casino?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial: ¿Está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 […] un recurso interpuesto por

quienes participaron en el procedimiento de adjudicación de un contrato público mixto, que prevé también la prestación de servicios comprendidos en el anexo I B de la Directiva 92/50 […], mediante el cual se alega la vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores (principio enunciado en el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva), o tal aplicación debe excluirse porque, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 92/50 […], sólo se aplican al procedimiento de adjudicación del mencionado contrato de prestación de servicios los artículos 14 y 16 de ésta?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial: Si se admite que, en principio, no es contraria al Derecho comunitario, en particular a las disposiciones de la Directiva 89/665 […], una norma nacional con arreglo a la cual sólo el conjunto de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que participó infructuosamente en un procedimiento de adjudicación de un contrato público puede interponer recurso contra el acto de adjudicación y no sus miembros a título individual, incluso cuando el recurso fue interpuesto inicialmente por todos los miembros de la unión temporal de empresas de manera conjunta, pero, finalmente, fue declarado inadmisible con respecto a algunos de ellos, ¿es necesario, para que dicho recurso sea declarado inadmisible, examinar, además, desde el punto de vista de la aplicación de la mencionada Directiva, si esos miembros conservan ulteriormente el derecho a reclamar a título individual ante otro órgano jurisdiccional nacional la indemnización de daños y perjuicios eventualmente prevista por una disposición de Derecho nacional?

4) Cuando la jurisprudencia reiterada de un órgano jurisdiccional nacional ha admitido que un miembro de una unión temporal de empresas puede interponer válidamente a título individual un recurso contra un acto, adoptado en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato público, ¿es compatible con las disposiciones de la Directiva 89/665 […] , interpretada a la luz del artículo 6 del [CEDH], como principio general del Derecho comunitario, la desestimación de un recurso por inadmisible debido a un cambio de orientación en esa jurisprudencia reiterada, sin que previamente se ofrezca al recurrente bien la posibilidad de subsanar la inadmisibilidad, bien, en cualquier caso, la posibilidad de formular sus observaciones en relación con dicha cuestión, conforme al principio de contradicción?»

Asunto C-149/08

41 La ciudad de Tesalónica inició un procedimiento de contratación pública para adjudicar la obra denominada «Construcción del ayuntamiento de Tesalónica y de un aparcamiento subterráneo». Mediante resolución de 1 de julio de 2004 de la junta municipal, el contrato fue adjudicado a la unión temporal de empresas constituida por las sociedades Aktor ATE, Themeliodomi AE y Domotechniki AE. Para la celebración del contrato, la entidad adjudicadora comunicó al ESR, de conformidad con la normativa nacional vigente, la identidad de las personas que tenían la condición de propietario, socio, accionista mayoritario o directivo de las sociedades integrantes de la mencionada unión temporal, con objeto de que se certificara que no existían, entre estas personas, causas de incompatibilidad de las contempladas en el artículo 3 de la Ley 3021/2002.

42 Después de constatar que un miembro del consejo de administración de la sociedad Aktor ATE estaba incurso en una causa de incompatibilidad de las contempladas en el mencionado precepto nacional, el ESR, mediante resolución de 1 de noviembre de 2004, denegó la expedición del certificado que era requisito necesario para la firma del contrato. La reclamación de la sociedad Aktor ATE contra esta resolución denegatoria del ESR fue desestimada por éste con fecha de 9 de noviembre de 2004. Contra ambas resoluciones denegatorias del ESR, sólo la sociedad Aktor ATE, de las tres sociedades que integraban la unión temporal a la que se había adjudicado el contrato, interpuso recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional remitente, basándose en la jurisprudencia de éste que consideraba admisibles los recursos interpuestos por los miembros de una unión temporal a título individual.

43 En estas circunstancias, el Symvoulio tis Epikrateias, asimismo en Pleno, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si se admite que, en principio, no es contraria al Derecho comunitario, en particular a las disposiciones de la Directiva 89/665 […], una norma nacional con arreglo a la cual sólo el conjunto de los miembros de una unión temporal de empresas

sin personalidad jurídica que participó infructuosamente en un procedimiento de adjudicación de un contrato público puede interponer recurso contra el acto de adjudicación y no sus miembros a título individual, incluso cuando el recurso fue interpuesto inicialmente por todos los miembros de la unión temporal de empresas de manera conjunta, pero, finalmente, fue declarado inadmisible con respecto a algunos de ellos, ¿es necesario, para que dicho recurso sea declarado inadmisible, examinar, además, desde el punto de vista de la aplicación de la mencionada Directiva, si esos miembros conservan ulteriormente el derecho a reclamar a título individual ante otro órgano jurisdiccional nacional la indemnización de daños y perjuicios eventualmente prevista por una disposición de Derecho nacional?

2) Cuando la jurisprudencia reiterada de un órgano jurisdiccional nacional ha admitido que un miembro de una unión temporal de empresas puede interponer válidamente a título individual un recurso contra un acto, adoptado en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato público, ¿es compatible con las disposiciones de la Directiva 89/665 […], interpretada a la luz del artículo 6 del [CEDH], como principio general del Derecho comunitario, la desestimación de un recurso por inadmisible debido a un cambio de orientación en esa jurisprudencia reiterada, sin que previamente se ofrezca al recurrente bien la posibilidad de subsanar la inadmisibilidad, bien, en cualquier caso, la posibilidad de formular sus observaciones en relación con dicha cuestión, conforme al principio de contradicción?»

44 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2008, los asuntos C-145/08 y C-149/08 fueron acumulados a efectos de las fases escrita y oral, así como de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones planteadas en el asunto C-145/08

45 Mediante sus cuestiones, referentes a la aplicabilidad de la Directiva 92/50 a un contrato como el debatido en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si la Directiva 89/665 puede aplicarse en el caso de autos, teniendo en cuenta que la aplicación de ésta tiene como presupuesto que sea aplicable una de las Directivas sobre contratos públicos mencionadas en el artículo 1 de dicha Directiva 89/665. Por lo tanto, procede examinar estas cuestiones conjuntamente y determinar si tal contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una de las Directivas mencionadas en el citado artículo.

46 Se desprende, tanto de las consideraciones detalladas y circunstanciadas del auto de remisión como de la calificación dada por el órgano jurisdiccional remitente a la transacción en cuestión en el litigio principal, que ésta es un contrato mixto.

47 En efecto, dicho contrato mixto está constituido, en esencia, por un compromiso relativo a la transmisión por ETA del 49 % de las acciones de EKP a AEAS (en lo sucesivo, «compromiso de venta de acciones»), por un compromiso con arreglo al cual AEAS asumía la gestión del negocio de casino a cambio de una remuneración (en lo sucesivo, «compromiso de servicios»), y por un compromiso en virtud del cual AEAS se obligaba a ejecutar un plan de mejora de los locales del casino y de los hoteles contiguos, así como de acondicionamiento de los terrenos circundantes (en lo sucesivo, compromiso de obras).

48 Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por

lo tanto, un todo indivisible –con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación–, la operación en cuestión debe examinarse en su conjunto de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 19; de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 23 a 26; de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartados 36 y 37; de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 47, y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, Rec. p. I-10355, apartados 28, 29, 57 y 61).

49 Esta conclusión es válida con independencia de que el compromiso que constituye el objeto principal de un contrato mixto esté o no comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

50 Por consiguiente, procede examinar si el contrato mixto en cuestión en el litigio principal constituye un todo indivisible y, de ser necesario, si, en su conjunto, a causa de su objeto principal, está comprendido en el ámbito de una de las Directivas que regulan los contratos públicos mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 89/665.

51 En primer lugar, hay que señalar que este contrato se inscribe en una operación de privatización parcial de una empresa pública de casino, acordada por la comisión interministerial competente de ámbito nacional, e iniciada mediante un anuncio de licitación único.

52 Resulta de los autos, en particular, de las condiciones del anuncio complementario publicado en abril de 2002, que el contrato mixto de que se trata en el litigio principal aparece como un contrato único que tiene por objeto, conjuntamente, la transmisión de acciones de EKP, la adquisición del derecho a nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de EKP, la obligación de asumir la gestión del negocio de casino y la de ofrecer servicios de alta gama, rentables económicamente, además de la obligación de realizar obras de acondicionamiento y mejora de los locales en cuestión y de los terrenos próximos.

53 Estas circunstancias revelaban la necesidad de celebrar dicho contrato mixto con un socio único que dispusiera a la vez de la capacidad económica necesaria para adquirir las acciones en cuestión y de experiencia profesional en la explotación de un casino.

54 En consecuencia, debe entenderse que los diferentes elementos de este contrato forman un todo indivisible.

55 En segundo lugar, resulta de los hechos verificados por el órgano jurisdiccional remitente que el objeto principal del contrato mixto era la venta, al licitador que presentara la mejor oferta, del 49 % de las acciones de EKP y que el compromiso de «obras» de esta transacción, así como el de «servicios», con independencia de si este último constituye un contrato público de servicios o una concesión de servicios, tenían carácter accesorio respecto al objeto principal del contrato. El órgano jurisdiccional remitente ha señalado asimismo que el compromiso de «obras» tenía carácter totalmente accesorio respecto al compromiso de «servicios».

56 Dicha apreciación queda confirmada por el contenido de los autos trasladados a este Tribunal.

57 En efecto, no cabe duda de que, en caso de adquisición del 49 % de las acciones de una empresa pública como EKP, esta operación es el objeto principal del contrato. Es preciso destacar que el rendimiento que AEAS obtiene como accionista parece claramente más importante que el que obtiene como prestador de servicios. Además, AEAS obtiene estos rendimientos sin limitación temporal, mientras que la actividad de gestión caduca al cabo de diez años.

58 Se desprende de las consideraciones precedentes que los diferentes compromisos del contrato mixto de que se trata en el litigio principal forman un todo indivisible, cuyo objeto principal es el compromiso de transmisión de acciones.

59 Sin embargo, la transmisión de acciones a un licitador en el ámbito de una operación de privatización de una empresa pública no está regulada por las Directivas sobre contratación pública.

60 Por lo demás, esto se recuerda oportunamente en el apartado 66 del Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM(2004) 327 final].

61 En el apartado 69 de su Libro Verde sobre la colaboración público-privada, arriba mencionado, la Comisión pone de relieve que hay que asegurarse de que dicha operación de capital no oculta, en realidad, la adjudicación a un socio privado de contratos que pueden ser calificados de contratos públicos o de concesiones. De todos modos, en este caso no hay en el expediente elemento alguno que haga dudar de la naturaleza de la transacción en cuestión en el litigio principal, como fue calificada por el órgano jurisdiccional remitente.

62 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, hay que concluir que un contrato mixto cuyo objeto principal es la adquisición por una empresa del 49 % del capital de una empresa pública y cuyo objeto accesorio, indisolublemente ligado a dicho objeto principal, se refiere a la prestación de servicios y a la ejecución de obras no está comprendido, en su conjunto, en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

63 Esta conclusión no impide que tal contrato deba observar las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, sobre todo en materia de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales. No obstante, no procede abordar en este caso la cuestión del respeto de tales normas y principios, ya que el resultado de dicho examen no puede conducir, en modo alguno, a aplicar la Directiva 89/665.

64 Por cuanto antecede, no procede responder a las otras cuestiones planteadas en el asunto C-145/08.

Sobre la primera cuestión planteada en el asunto C-149/08

65 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 89/665 se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual, conforme a su interpretación por ese órgano jurisdiccional, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas licitadora está legitimada para interponer un recurso contra la resolución de adjudicación de un contrato, adoptada por una entidad adjudicadora, de modo que los miembros de dicha unión temporal, a título individual, se verían privados no sólo de la posibilidad de que se anulara tal resolución de la entidad adjudicadora, sino también de la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos de forma individual como consecuencia de irregularidades acaecidas en el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión.

66 Con objeto de responder a esta cuestión, es preciso señalar que el acto cuya anulación se solicita ante el órgano jurisdiccional de remisión emana del ESR, que es una autoridad distinta de la entidad adjudicadora que tramitó el procedimiento de contratación pública de que se trata en el litigio principal.

67 Sin embargo, se desprende del tenor de la Directiva 89/665, comúnmente denominada «de recursos», que la protección que pretende garantizar se refiere a los actos u omisiones de las entidades adjudicadoras.

68 De este modo, en particular, resulta claramente de sus términos que el considerando quinto y el artículo 1, apartado 1, de esta Directiva se refieren a las medidas que deben

adoptarse respecto a las decisiones de las entidades adjudicadoras. Del mismo modo, con arreglo al apartado 3 de dicho artículo, los Estados miembros pueden exigir que la persona que desee utilizar un procedimiento de recurso haya informado de la presunta infracción previamente al poder adjudicador, con objeto de que éste pueda subsanarla. Además, el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, otorga a la Comisión la posibilidad de notificar al poder adjudicador de que se trate las razones por las cuales considera que se ha cometido una infracción en un procedimiento de contratación pública y de solicitar su corrección.

69 Por lo tanto, hay que concluir que los litigios referentes a las resoluciones de una autoridad como el ESR no se rigen por el sistema de recursos establecido por la Directiva 89/665.

70 Sin embargo, las resoluciones del ESR pueden tener repercusiones ciertas en el desarrollo, e incluso en el resultado, de un procedimiento de contratación publica, ya que pueden conducir a la exclusión de un licitador, o incluso de un adjudicatario, en el que concurra a título individual alguna de las incompatibilidades previstas por la normativa nacional correspondiente. Por lo tanto, dichas resoluciones no carecen de interés desde el punto de vista de la correcta aplicación del Derecho de la Unión en la materia.

71 En el presente asunto, se desprende de las indicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente que la resolución del ESR, que condujo a privar a la demandante en el litigio principal de la adjudicación del contrato público en cuestión, después de ser nombrada adjudicataria, se adoptó, en opinión de dicha demandante, infringiendo las disposiciones 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. 54), y los principios que dimanan del Derecho primario de la Unión.

72 Sin embargo, la demandante en el litigio principal sostiene que, por aplicación de la normativa nacional controvertida, no sólo se le impidió interponer recurso de anulación contra la resolución del ESR, en su opinión ilegal, que condujo a que se le excluyera del procedimiento en cuestión en el litigio principal, sino también solicitar

una indemnización por los perjuicios causados por dicha resolución. Por lo tanto, considera que fue privada de su derecho a una tutela judicial efectiva.

73 A este respecto, procede recordar que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión (véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37 y jurisprudencia citada).

74 De conformidad con una jurisprudencia reiterada, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartados 44 y 46 y jurisprudencia citada).

75 Respecto al principio de equivalencia, se desprende de las precisiones aportadas por el órgano jurisdiccional remitente que, de conformidad con el Derecho interno que regula con carácter general la indemnización de los perjuicios causados por actos ilegales del Estado o de las personas jurídicas de Derecho público, el tribunal competente para conceder la indemnización de daños y perjuicios también lo es para controlar, de forma incidental, la legalidad del acto administrativo lesivo, lo cual puede conducir, en la fase inicial de una demanda presentada individualmente por un particular, a la concesión de una indemnización si concurren los requisitos de fondo establecidos a estos efectos.

76 En cambio, en el ámbito de la contratación pública –contemplado por el Derecho de la Unión– ambos tipos de competencias, es decir, por una parte, la de anular o declarar la nulidad de un acto administrativo y, por otra, la de conceder la reparación del

perjuicio sufrido, corresponden a dos órganos jurisdiccionales distintos en el ordenamiento jurídico nacional cuestionado en el litigio principal.

77 De este modo, en el ámbito de los contratos públicos, la combinación del artículo 5, apartado 2, de la Ley 2522/1997, que supedita la concesión de la indemnización de daños y perjuicios a la previa anulación del acto lesivo, y del artículo 47, apartado 1, del Decreto Presidencial 18/1989, con arreglo al cual sólo el conjunto de los miembros de una unión temporal de empresas está legitimado para interponer recurso de anulación contra un acto perteneciente a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, conduce, como observa el órgano jurisdiccional remitente, no sólo a que los miembros de dicha unión temporal, a título individual, no puedan obtener la anulación del acto que les perjudica, sino a que tampoco puedan acudir al tribunal competente para solicitar la reparación del perjuicio que hayan sufrido individualmente, cuando esta imposibilidad no parece existir en otros ámbitos, en virtud de las normas de Derecho interno aplicables a las solicitudes de indemnización basadas en un perjuicio causado por un acto ilegal de una autoridad pública.

78 En cuanto al principio de efectividad, procede señalar que, con arreglo a la normativa nacional cuestionada en el litigio principal, un licitador –como la demandante en el litigio principal– se ve privado de toda posibilidad de reivindicar, ante el tribunal competente, la reparación del perjuicio que haya sufrido a raíz de una infracción del Derecho de la Unión por un acto administrativo que pueda haber influido en el desarrollo e incluso en el resultado del procedimiento de adjudicación del contrato público. Tal licitador se encuentra, de este modo, privado de la tutela judicial efectiva de los derechos que el Derecho de la Unión le reconoce en esta materia.

79 Como ha puesto de manifiesto la Abogado General en los apartados 107 a 116 de sus conclusiones, hay que poner de relieve, a este respecto, que estas circunstancias son distintas de las del asunto que concluyó con la sentencia Espace Trianon y Sofibail, antes citada. En efecto, mientras que este último asunto versaba sobre un recurso de anulación contra una resolución de adjudicación que había privado del contrato en cuestión a la unión temporal de empresas licitadora en su conjunto, el presente asunto se refiere, de hecho, a una demanda destinada a obtener la reparación del perjuicio sufrido, en opinión de la demandante, a causa de una resolución ilegal de una autoridad administrativa que había comprobado que existía una incompatibilidad, en el sentido de la normativa nacional correspondiente, en el caso del único licitador demandante.

80 Por cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión planteada en el asunto C-149/08 que el Derecho de la Unión, en particular el derecho a una tutela judicial efectiva, se opone a una normativa nacional, como la cuestionada en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora, que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables, y que pueda influir en su desarrollo.

81 A la vista de la respuesta anterior, no procede responder a la segunda cuestión planteada en el asunto C-149/08.

Costas

82 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. 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 Cuarta) declara:

1) Un contrato mixto cuyo objeto principal es la adquisición por una empresa del 49 % del capital de una empresa pública y cuyo objeto accesorio, indisolublemente ligado a dicho objeto principal, se refiere a la prestación de

servicios y a la ejecución de obras no está comprendido, en su conjunto, en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

2) El Derecho de la Unión, en particular el derecho a una tutela judicial efectiva, se opone a una normativa nacional, como la cuestionada en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora, que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables, y que pueda influir en su desarrollo.

Firmas