CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED presentadas el 20 de noviembre de 2003 [1]

I. Introducción

1. En el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuatro cuestiones prejudiciales que guardan relación con la interpretación 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, [2] 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 (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»). [3]

2. Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Siemens AG Österreich (en lo sucesivo, «Siemens») y ARGE Telekom & Partner (en lo sucesivo, «ARGE Telekom»), por una parte, y el Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungträger, como entidad adjudicadora (en lo sucesivo, «Hauptverband»), por otra.

3. El contexto fáctico y procesal del litigio en el que se plantean las cuestiones prejudiciales es complejo. En la parte III de las presentes conclusiones, trataré este punto. De este contexto se desprende que existe una duda razonable acerca de la admisibilidad de estas cuestiones prejudiciales que se han convertido parcial o totalmente en cuestiones hipotéticas ya que el litigio principal ha quedado sin objeto.

4. Si bien es cierto que la formulación de las cuestiones es complicada en sí, ofrece, en conexión con la exposición de motivos de la resolución de remisión, base suficiente para poder pronunciarse al respecto. Por consiguiente, las partes más relevantes de dicha resolución serán resumidas en la parte III de las presentes conclusiones. En esencia, el Bundesvergabeamt, como órgano jurisdiccional remitente, se pregunta si es adecuada o no la manera en que el legislador austriaco ha adaptado el Derecho interno a la Directiva 89/665 teniendo en cuenta las facultades (limitadas) de que dispone.

1 — Lengua original: neerlandés.
2 — DO L 395, p. 33.
3 — DO L 209, p. 1.

II. Marco jurídico

A. *El Derecho comunitario*

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

«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, 77/62/CEE y 92/50/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el artículo 2, apartado 7, 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.»

6. El artículo 2, apartados 1, 6, 7 y 8, de la Directiva 89/655 dispone:

«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.

[...]

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.

7. Los Estados miembros velarán para que las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado (actualmente artículo 234 CE) y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

7. El artículo 25 de la Directiva 92/50 dispone:

«En el pliego de condiciones, la entidad adjudicadora podrá solicitar al licitador que, en su caso, mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros. Dicha comunicación se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad del prestador de servicios principal.»

8. El artículo 32 de la Directiva 92/50 dispone:

«1. La capacidad de los prestadores de servicios para prestar los servicios podrá evaluarse teniendo en cuenta, especialmente, su capacidad técnica, eficacia, experiencia y fiabilidad.

2. Según la naturaleza, cantidad y utilización de los servicios que vayan a prestarse, podrá justificarse la capacidad técnica de los prestadores de servicios de una o varias de las siguientes maneras:

[...]

c) mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, independientemente de que estén integrados directamente en la empresa del prestador de servicios, en especial de los responsables del control de calidad;

[...]

h) en su caso, mediante una declaración de la parte del contrato que el prestador de servicios se proponga subcontratar.

3. La entidad adjudicadora especificará, en el anuncio de licitación o en la invitación a licitar, qué referencias desea recibir.

4. La información a que se refieren el artículo 31 y los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo deberá limitarse al objeto del contrato, y las entidades adjudicadoras tomarán en consideración los intereses legítimos de los prestadores de servicios en lo referente a la protección de los secretos técnicos o comerciales de su empresa.»

B. *El Derecho nacional*

9. El Derecho austriaco se adaptó a las Directivas 89/665 y 92/50 mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56, en su versión de BGBl. I, 2000/125; en lo sucesivo, «BVergG»).

10. El artículo 31 de la BVergG, relativo a las prestaciones de los subcontratistas, dispone:

«1. El expediente de contratación deberá contener cláusulas relativas a la admisibilidad de prestaciones efectuadas por empresas subcontratantes. Se prohíbe la

subcontratación de la totalidad del contrato, a excepción de los contratos de compra y de la subcontratación a empresas del mismo grupo. No se permitirá, en los casos de contratos de construcción inmobiliaria, la subcontratación de una parte predominante de las prestaciones que constituyen el objeto de la empresa. [...] La entidad adjudicadora deberá cerciorarse de que las empresas subcontratantes del adjudicatario ejecuten directamente la parte predominante del contrato que les haya sido confiado. En casos excepcionales, debidamente motivados, la entidad adjudicadora podrá prever en el expediente de contratación la subcontratación de una parte predominante del contrato. Además, sólo se permitirá la subcontratación de prestaciones parciales en la medida en que la empresa subcontratante disponga de la capacidad necesaria para la ejecución de la parte que le corresponda.

2. En el expediente de contratación, la entidad adjudicadora deberá mencionar la obligación del licitador de indicar en su oferta la parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar a terceros. Esta indicación no modificará la responsabilidad del adjudicatario.»

11. El artículo 40 de la BVergG —Revocación de la licitación durante el plazo de presentación de ofertas— establece:

«1. Dentro del plazo de presentación de las ofertas, se declarará desierta la licitación en caso de que existan razones imperiosas para ello, en particular cuando, antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, la entidad adjudicadora haya tenido conocimiento de elementos que, de haberlos conocido con anterioridad, habrían excluido tal licitación o habrían dado lugar a una licitación sustancialmente diferente.

2. La revocación deberá publicarse de la misma forma que se publicó la licitación.

3. Se informará de inmediato a los licitadores, así como a aquellos licitadores a los que ya se les haya hecho entrega del expediente de contratación, de la revocación y los motivos que la fundamentan.»

12. Los artículos 52, 53, 53 *bis*, 54, 55 y 56 de la BVergG —Evaluación de las ofertas— se resumen de la siguiente manera:

«Eliminación de ofertas

Artículo 52

1. Antes de seleccionar la oferta a la que se adjudicará el contrato, la entidad

adjudicadora, basándose en los resultados del examen, eliminará sin dilación las ofertas siguientes:

1) las ofertas de licitadores que no estén autorizados, que no dispongan de la capacidad económica, financiera y técnica necesaria o que no sean dignos de confianza;

[...]

8) las ofertas que no cumplan las normas de adjudicación, las ofertas defectuosas o incompletas, cuando las deficiencias no sean o no puedan ser subsanadas, así como las ofertas parciales, en caso de no estar permitidas;

9) las ofertas de aquellos licitadores que hayan celebrado con otros licitadores acuerdos perjudiciales para la entidad adjudicadora, contrarios a las buenas costumbres o que violen el principio de la libre competencia.

[...]

Selección de la oferta para su adjudicación; principio del mejor postor

Artículo 53

De las ofertas que queden tras la eliminación, el contrato se adjudicará a la oferta más favorable desde el punto de vista técnico y económico, siguiendo las pautas y criterios fijados en la licitación. (Principio del mejor postor). La decisión de adjudicación deberá [...] ir motivada por escrito.

Publicación de la adjudicación

Artículo 53 bis

1. La entidad adjudicadora comunicará inmediatamente, por escrito o por fax, a los restantes licitadores [...] el nombre del licitador al que se le adjudicará el contrato. Con vistas a lo dispuesto en el apartado 4, en este comunicado se podrán notificar a los licitadores no elegidos todos los motivos por los cuales su oferta fue rechazada.

2. La adjudicación no podrá tener lugar, so pena de nulidad, dentro de un plazo de espera de dos semanas a partir de la

publicación de la decisión de adjudicación a la que hace referencia el apartado 1 [...]. En caso de seguirse un procedimiento acelerado por motivos de urgencia, el plazo de espera podrá reducirse a una semana.

3. En el plazo de una semana y, en caso de seguirse un procedimiento acelerado por motivos de urgencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 69, en los tres días siguientes a la publicación de la decisión de adjudicación, los licitadores eliminados podrán solicitar por escrito que se aclaren los motivos por los que su oferta ha sido desestimada, así como las características y ventajas de la oferta seleccionada.

4. Inmediatamente después de la recepción de la solicitud —siempre que sea dentro del plazo— y en cualquier caso tres días antes de expirar el plazo de espera, la entidad adjudicadora informará a los licitadores excluidos del nombre del licitador seleccionado, así como del importe total por el que se ha adjudicado el contrato. Los licitadores eliminados también serán informados de las característicasy ventajas de la oferta seleccionada, en tanto en cuanto la publicación de estos datos no sea contraria al interés público o a los intereses comerciales legítimos de las empresas o no menoscabe la competencia leal y libre.

5. Cuando un licitador eliminado estime que la decisión de adjudicación del comitente infringe las disposiciones de la presente Ley y, por consiguiente, amenaza con ocasionarle un perjuicio, informará inmediatamente a la entidad adjudicadora de su intención de interponer un recurso, exponiendo los motivos para ello.

Adjudicación y contrato de ejecución

Artículo 54

1. Durante el plazo de adjudicación, la relación contractual se establecerá en el momento en el que el licitador reciba por escrito la confirmación de la selección de su oferta. Si se sobrepasa el plazo de adjudicación o si el contrato difiere de la licitación, la relación contractual no se establecerá hasta que el licitador acepte por escrito el contrato. Para confirmar su aceptación se ofrecerá al licitador un plazo apropiado.

2. [...]

Revocación de la licitación con posterioridad a la expiración del plazo para presentar ofertas

Artículo 55

1. La licitación deberá ser declarada desierta con posterioridad a la expiración del plazo para presentar ofertas cuando existan razones imperiosas para ello.

2. La licitación podrá declararse desierta cuando, tras la eliminación de ofertas con arreglo al artículo 52, quede una sola oferta.

3. Se entenderá que la licitación queda desierta cuando no se hayan presentado ofertas o se haya presentado una sola.

4. Los licitadores serán informados inmediatamente de la revocación y de sus motivos.

5. La revocación deberá publicarse de la misma forma que se publicó la licitación.

Conclusión del procedimiento de adjudicación

Artículo 56

1. El procedimiento de licitación concluye con la celebración de un contrato de suministro (adjudicación) o con la declaración de que la licitación queda desierta.

2. Se informará a cada licitador que no sea adjudicatario inmediatamente tras la finalización del procedimiento [...]»

13. El artículo 113 de la BVergG establece las competencias del Bundesvergabeamt. Esta disposición tiene el siguiente tenor:

«1. El Bundesvergabeamt será competente para pronunciarse en los procedimientos de recurso interpuestos a instancia de parte, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo siguiente.

2. Para poner fin a las infracciones de la presente Ley federal y de sus reglamentos de desarrollo, el Bundesvergabeamt

podrá ejercer, hasta la fecha de la adjudicación, las siguientes facultades:

1) dictar medidas provisionales, así como

2) anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora.

3. Tras la adjudicación del contrato o la terminación del procedimiento de licitación, el Bundesvergabeamt estará facultado para declarar que, como consecuencia de una infracción de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo, el contrato no se adjudicó a la proposición más ventajosa [...] En tal procedimiento, el Bundesvergabeamt también será competente para comprobar, a instancia de la entidad adjudicadora, si un candidato o licitador excluido habría tenido posibilidades reales de que se le adjudicara el contrato, de haberse observado la presente Ley federal y sus correspondientes Reglamentos.»

14. El artículo 117, apartados 1 y 3, de BVergG establece:

«1. Mediante resolución administrativa y teniendo en cuenta el dictamen emitido por la comisión de conciliación en el asunto de que se trate, el Bundesvergabeamt anulará la decisión de la entidad adjudicadora dictada en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato cuando dicha decisión:

1) sea contraria a las disposiciones de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo e

2) influya de modo decisivo en el resultado del procedimiento de adjudicación.

[...]

3. Después de la adjudicación del contrato, si concurren los requisitos del apartado 1, el Bundesvergabeamt se limitará a declarar si la ilegalidad alegada existe o no.»

15. De conformidad con el artículo 122, apartado 1, de la BVergG, «en caso de infracción culposa de la Ley federal o de sus reglamentos de desarrollo por los órganos de una entidad adjudicadora, un candidato o un licitador cuya oferta no haya sido aceptada tendrá derecho, frente al poder adjudicador al que le sean imputables los actos de los órganos de la entidad adjudi-

cadora, al reembolso de los gastos de elaboración de la oferta y de los demás gastos soportados como consecuencia de la participación en el procedimiento de adjudicación».

16. En virtud del artículo 125, apartado 2, de la BVergG, sólo será admisible una demanda de indemnización de daños y perjuicios, que deberá presentarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, si previamente se ha pronunciado el Bundesvergabeamt con arreglo al artículo 113, apartado 3. El órgano jurisdiccional civil que conozca de la demanda de indemnización de daños y perjuicios, así como las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt, quedarán vinculados por dicho pronunciamiento.

17. El artículo 5 de la Verwaltungsvollstreckungsgesetz (Ley sobre las vías de ejecución administrativas) establece:

«1. La obligación de tolerar, de abstenerse o de realizar un acto que por su naturaleza no pueda ser realizado por un tercero, se cumplirá so pena de multas o penas privativas de libertad que el órgano encargado de la ejecución impondrá al obligado.

2. La ejecución deberá comenzar con el apercibimiento de que en caso de infracción u omisión se aplicará la correspondiente sanción. La medida coercitiva deberá aplicarse inmediatamente tras producirse el primer incumplimiento o expirar el plazo fijado para realizar dicho acto sin que éste se haya producido. Asimismo, se conminará con la imposición de una medida más severa en caso de reincidencia o mayor demora. No se aplicará la medida coercitiva desde el momento en que se cumpla la obligación.

3. Las medidas coercitivas no podrán superar, en cada caso, la cantidad de 10.000 ATS o cuatro semanas, cuando se trate de penas privativas de libertad.

4. También se permitirá la ejecución por medio de multas como medida coercitiva contra personas jurídicas, sociedades de personas de Derecho mercantil y sociedades comerciales registradas, a excepción de organismos de Derecho público.»

18. El artículo 879 del Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) dispone:

«1. Serán nulos los contratos que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

2. En particular, serán nulos los siguientes contratos:

[...]»

III. Hechos y procedimiento

A. *Hechos y procedimientos ante los órganos nacionales*

19. El 21 de septiembre de 1999, el Hauptverband publicó en el suplemento del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* su intención de convocar un procedimiento de adjudicación en dos fases. La licitación tenía por objetivo la concesión de un contrato para la concepción, planificación y realización de un sistema electrónico de tratamiento de datos (sistema EDV) basado en tarjetas con un chip electrónico integrado, incluidas la entrega, la inicialización, la personalización, la distribución y la eliminación de las tarjetas. Además suponía la entrega, la instalación y el mantenimiento de los aparatos en toda Austria. Asimismo, incluía el apoyo al funcionamiento del sistema EDV, el apoyo para operar la central de llamadas y en todo lo relativo a la gestión de las tarjetas y demás servicios necesarios para el funcionamiento del sistema.

20. El 22 de febrero de 2000, el Hauptverband decidió invitar a cinco agrupaciones de candidatos para que presentaran sus ofertas y eliminar al sexto candidato. El apartado 1.9 del anuncio de licitación, de 21 de septiembre de 1999, así como el apartado 1.8 del documento «invitación a presentar ofertas», de 15 de marzo de 2000, admitían la subcontrata en las siguientes condiciones: «Sólo se admitirá la subcontratación de porcentajes del contrato con el límite máximo del 30 % de las prestaciones y siempre que el licitador o la agrupación de licitadores retenga las prestaciones características del contrato, es decir, la gestión del proyecto, la concepción del sistema, el desarrollo, la realización, la entrega y el funcionamiento de los componentes centrales del sistema global propios del proyecto, el desarrollo, la entrega y la gestión de las tarjetas según su ciclo de vida, así como del desarrollo de los terminales.»

21. Según la entidad adjudicadora, tal como se desprende de la resolución de remisión, esta disposición se adoptó como criterio de aptitud para garantizar una prestación de servicios sin errores. En efecto, la responsabilidad personal del suministrador de las tarjetas funciona como un estímulo para la prestación de un servicio sin errores. Así se garantiza que la entidad adjudicadora pueda ejercer una influencia efectiva.

22. En tres de las cuatro agrupaciones que se presentaron efectivamente (entre ellas

Siemens y ARGE Telekom) participaba el suministrador de tarjetas Austria Card, a la que se le atribuía aquella parte de la prestación denominada «entrega de las tarjetas». La única agrupación que no contaba con la participación de Austria Card la formaban las empresas EDS/ ORGA.

23. Conforme al artículo 53 *bis* de la BVergG, el Hauptverband, en calidad de entidad adjudicadora, mediante escrito de 18 de diciembre, comunicó a las tres agrupaciones que tenía la intención de adjudicar el contrato a EDS/ORGA.

24. Las tres agrupaciones eliminadas se dirigieron de inmediato a la Bundesvergabekontrollkommission para iniciar un procedimiento de arbitraje. Ésta rechazó el arbitraje en un caso e intentó llegar a un acuerdo, sin conseguirlo, en los otros dos. A continuación, las tres agrupaciones excluidas interpusieron recurso ante el Bundesvergabeamt. En él se solicitaba con carácter principal que se anulara la decisión por la cual la entidad adjudicadora concedía el contrato a la agrupación EDS/ORGA. Con carácter subsidiario se solicitaba que se ordenara al Hauptverband declarar desierta la licitación.

25. Mediante resolución de 19 de marzo de 2001, el Bundesvergabeamt (Sala Octava) declaró la inadmisibilidad de todas las pretensiones por falta de interés. Como fundamento, el Bundesvergabeamt expuso que la entidad adjudicadora debía excluir las ofertas de las recurrentes con arreglo al artículo 52, apartado 1, párrafo 9, de la BVergG, debido a que Austria Card formaba parte de las tres agrupaciones recurrentes. El eventual intercambio de información que esto hacía posible, así como las negociaciones sobre la estructuración de las ofertas, que Austria Card debía entablar necesariamente con las tres agrupaciones debían calificarse, según el Bundesvergabeamt, de acuerdo entre licitadores contrario al principio de libre competencia.

26. De los documentos obrantes en autos se deduce que dicha resolución del Bundesvergabeamt fue anulada por la sentencia del Verfassungsgerichtshof de 12 de junio de 2001, por haberse conculcado el derecho constitucional de las tres agrupaciones a entablar un procedimiento ante el juez nacional competente, en la medida en que, antes de tomar su decisión, el Bundesvergabeamt debía haber planteando al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial de si a un candidato, cuya oferta no ha sido excluida por la entidad adjudicadora, se le puede privar del derecho a iniciar un procedimiento ante la autoridad nacional competente.

27. El 28 y 29 de marzo de 2001, Debis, la tercera agrupación eliminada, y ARGE Telekom incoaron nuevamente sendos recursos ante el Bundesvergabeamt. Solicitaron que anulara la decisión del Haupt-

verband de no declarar desierta la licitación, y que dictara medidas provisionales para prohibir a la entidad adjudicadora que atribuyera el contrato durante al menos dos meses desde la interposición del recurso (en el caso de Debis) o hasta la sentencia del Bundesvergabeamt (en el caso de ARGE Telekom).

28. A raíz de estas demandas de medidas provisionales, mediante resolución de 5 de abril de 2001 el Bundesvergabeamt prohibió la adjudicación del contrato hasta el 20 de abril de 2001.

29. En sus peticiones, Debis y ARGE Telekom formularon alegaciones basadas, en parte, en el Derecho nacional y, en parte, en el Derecho comunitario, para corroborar su postura de que la licitación era ilícita. En su opinión, la licitación debía ser declarada desierta, porque de la decisión del Bundesvergabeamt de 19 de marzo de 2001 se desprendía que sólo quedaba una empresa que pudiera obtener la adjudicación. En efecto, en caso de que las ofertas de Siemens, ARGE Telekom y Debis fueran excluidas, sobre la base al artículo 52, apartado 1, de la BVergG, por violar el principio de libre competencia, de las disposiciones recogidas en el artículo 55, apartados 2 y 3, de la BVergG se inferiría que la licitación debía ser declarada desierta. De esa manera, pues, tan sólo quedaría un candidato (EDS/ORGA). Sostenían que, además, la licitación era contraria al Derecho comunitario ya que se había fijado un criterio de aptitud ilícito en el punto 1.8 de la invitación a presentar ofertas de 15 de marzo de 2000. En ella se excluía la posibilidad de subcontratar más del 30 % del total del contrato así como, en cualquier caso, todos sus elementos típicos y, en particular, la entrega y gestión del ciclo vital de las tarjetas. Esto obligó a los recurrentes a admitir a Austria Card como miembro de la agrupación que ya estaba formada. Si no hubiera sido por el mencionado punto 1.8 de las condiciones de licitación, los recurrentes podrían haber hecho uso de los servicios de un subcontratista. En su opinión, este requisito es contrario al Derecho comunitario. Se remiten a la sentencia Holst Italia [4] del Tribunal de Justicia, de 2 de diciembre de 1999. De ésta se desprende, en su opinión, que debe permitirse que terceros que tengan la capacidad necesaria realicen la prestación objeto de la licitación.

30. Mediante resolución de 20 de abril de 2001, el Bundesvergabeamt (Sala Novena) acogió los recursos de Debis y ARGE Telekom y, en virtud del artículo 113, apartado 2, punto 2, de la BVergG, anuló la decisión del Hauptverband de no declarar desierta la licitación. Para fundamentar su decisión, el Bundesvergabeamt se basó en que debía declarar desierta la licitación porque su pliego de condiciones contenía una disposición fundamental que era ilícita. Concretamente, la prohibición de subcontratación establecida por el Hauptverband infringía el derecho, que el licitador deduce del Derecho comunitario, de recurrir a subcontratistas para probar su capacidad, tal como el Tribunal de Justicia desarrolló en la sentencia Holst Italia. [5]

4 — C-176/98, Rec. p. I-8607.
5 — Citada en la nota 4 *supra*.

31. Pese a esta resolución, el 23 de abril de 2001 el Hauptverband decidió adjudicar inmediatamente el contrato a EDS/ORGA, con lo que se perfeccionó el contrato. De acuerdo con la resolución de 5 de abril de 2001, las medidas provisionales decretadas expiraron el 20 de abril de 2001 y, a pesar de la petición formulada al efecto, no fueron prorrogadas. En su resolución de 20 de abril de 2001, el Bundesvergabeamt sólo incluía una indicación difícilmente comprensible sobre la «anulación de una falta de revocación». De esto último, el Hauptverband dedujo que no se había decidido de manera jurídicamente vinculante que su decisión de adjudicar el contrato al mejor postor no fuera válida o debiera ser anulada.

32. Además, el Hauptverband tomó la decisión de impugnar la resolución del Bundesvergabeamt, de 20 de abril de 2001, ante el Verfassungsgerichtshof. De los documentos obrantes en autos se desprende que el Verfassungsgerichtshof rechazó en primer lugar, mediante resolución de 22 de mayo de 2001, la petición de suspender la resolución del Bundesvergabeamt y, posteriormente, mediante resolución de 2 de marzo de 2002, anuló dicha resolución.

33. El 30 de abril de 2001, Siemens interpuso un recurso ante el Bundesvergabeamt que pretendía la anulación de varias decisiones del Hauptverband relacionadas con la decisión de adjudicar el contrato a EDS/ORGA. Siemens consideró que la anulación de la decisión del Hauptverband de no dejar desierta la licitación convocada en 1999 tenía como consecuencia que la decisión del Hauptverband de adjudicar el contrato fuese ilícita, ya que se trataba de un segundo procedimiento de adjudicación no anunciado. Además de esto, Siemens solicitó medidas provisionales. El 11 de mayo de 2001, el Bundesvergabeamt desestimó esta demanda y reservó las demás pretensiones a la resolución del asunto principal.

34. Asimismo, el 17 de mayo de 2001, ARGE Telekom solicitó la adopción de medidas provisionales y la anulación de diferentes decisiones que el Hauptverband había tomado en relación con su decisión de no declarar desierto el procedimiento de adjudicación.

35. El 18 de mayo de 2001, Siemens volvió a presentar una demanda de medidas provisionales y solicitó la anulación de las decisiones del Hauptverband de no declarar desierto el procedimiento de adjudicación, de adjudicar el contrato a EDS/ORGA, de enviar un escrito de adjudicación y, de esa manera, ejecutar el contrato con EDS/ORGA sin haber publicado válidamente la decisión de adjudicación.

36. Mediante resolución de 9 de julio de 2001, el Bundesvergabeamt desestimó las demandas de medidas provisionales de ARGE Telekom y de Siemens y reservó las demás pretensiones a la resolución del litigio principal.

37. El Bundesamt (Sala Novena) consideró que para pronunciarse sobre las demandas de Siemens de 30 de abril y 18 de mayo de 2001, así como sobre la demanda de ARGE Telekom de 17 de mayo de 2001 era necesaria una interpretación más detallada de algunas disposiciones de la Directiva 89/665. Por ello, mediante resolución de 11 de julio de 2001, planteó las cuestiones prejudiciales que se recogen a continuación.

B. *Las cuestiones prejudiciales y la explicación al respecto*

«1) ¿Deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 89/665 [...], en particular el artículo 2, apartado 1, letra b), eventualmente en relación con el artículo 2, apartado 7, en el sentido de que una decisión de un órgano nacional competente en los procedimientos de recurso, en el sentido del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665 [...], cuyo objeto consista en la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora de no declarar desierto el procedimiento de licitación, tiene como efecto jurídico producir de inmediato la terminación de dicho procedimiento de licitación sin que la entidad adjudicadora deba realizar acto alguno, cuando el ordenamiento jurídico interno no ofrezca ninguna base jurídica que permita una ejecución eficaz y coercitiva frente a la entidad adjudicadora de la resolución del órgano competente para los procedimientos de recurso?

2) ¿Resulta de las disposiciones de la Directiva 89/665 [...], en particular del artículo 2, apartado 7, eventualmente en relación con las disposiciones de la Directiva 92/50 [...], en particular con el artículo 25 y el artículo 32, apartado 2, letra c), o de cualquier otra disposición de Derecho comunitario, en particular habida cuenta del principio del efecto útil que informa la interpretación del Derecho comunitario, que una disposición de la licitación, que por prohibir subcontratar elementos esenciales del contrato, a pesar de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia [Holst Italia, antes citada], impide al licitador acreditar, utilizando como prueba el contrato celebrado con el subcontratista, que dispone efectivamente de los medios de terceros, y le priva, por lo tanto, del derecho a invocar los medios de terceros para acreditar su capacidad, y que efectivamente dispone de los medios de terceros, es hasta tal punto manifiestamente contraria al Derecho comunitario que debe considerarse que un contrato celebrado a resultas de tal licitación debe considerarse nulo, en particular cuando el ordenamiento jurídico interno contiene, en cualquier caso, disposiciones que determinan la nulidad de los contratos contrarios a la ley?

3) ¿Se deriva de las normas la Directiva 89/665 [...], en particular del artículo 2, apartado 7, o de cualquier otra disposición de Derecho comunitario, habida cuenta, en particular, del principio del efecto útil que informa la interpretación del Derecho comunitario, que un contrato celebrado vulnerando los términos de la resolución de un organismo nacional responsable de los procedimientos de recurso, en el sentido del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665 [...], cuyo objeto consiste en la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora de no declarar desierto el procedimiento de licitación, es nulo, en particular cuando el ordenamiento jurídico interno contiene, en cualquier caso, disposiciones que establecen la nulidad de los contratos contrarios a las buenas costumbres o a la ley y cuando, por otra parte, el ordenamiento jurídico interno no ofrece base jurídica alguna para ejecutar de manera eficaz y coercitiva la resolución del organismo competente para conocer de los procedimientos de recurso contra la entidad adjudicadora?

4) a) ¿Deben interpretarse las normas de la Directiva 89/665 [...], en particular el artículo 2, apartado 1, letra b), en relación eventualmente con el artículo 2, apartado 7, en el sentido de que, cuando el ordenamiento jurídico interno no contiene ninguna otra base jurídica que permita ejecutar de manera eficaz y coercitiva frente a la entidad adjudicadora la resolución del organismo competente para conocer de los recursos, dicho organismo está facultado, en virtud del artículo 2, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 2, apartado 7, para obligar a la entidad adjudicadora, mediante una orden conminatoria susceptible de ejecución forzosa, a anular la decisión ilegal aunque en los procedimientos de recurso que pueden interponer los licitadores, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 [...], el ordenamiento jurídico interno permita únicamente a los organismos competentes para conocer de los recursos dictar con respecto a las decisiones de las entidades adjudicadoras sentencias de anulación que no pueden ser objeto de ejecución forzosa?

4) b) En el caso de que deba darse una respuesta afirmativa a la letra a) de la cuarta cuestión, el órgano competente para conocer de los recursos, ¿está facultado en virtud del artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665 [...], en relación con otras disposiciones del Derecho comunitario, para apercibir de multas coercitivas a las entidades adjudicadoras o para imponerles multas determinadas en equidad, o para apercibir a los miembros de los órganos de dirección de las entidades adjudicadoras de la imposición de multas y penas privativas de libertad con el fin de asegurar la ejecución de las órdenes conminatorias en el caso de que las entidades adjudicadoras o los miembros de los órganos de dirección de las mismas no se atengan a las órdenes conminatorias del órgano competente para conocer de los recursos?»

38. En su resolución de remisión el Bundesvergabeamt dio una explicación detallada de las cuestiones prejudiciales anteriormente recogidas. Los elementos principales de la misma pueden resumirse de la siguiente manera.

39. Para explicar la primera cuestión, el Bundesvergabeamt señala, entre otras cosas, que las resoluciones que dictó conforme al artículo 113, apartado 2, punto 2, de la BVergG no contienen órdenes conminatorias frente a la entidad adjudicadora que puedan ser ejecutadas a instancia del recurrente vencedor. Al respecto, las competencias del Bundesvergabeamt difieren de las competencias de los organismos nacionales equiparables, por ejemplo, en el ámbito de Derecho mercantil, Derecho urbanístico y Derecho fluvial y marítimo. Éstas sí pueden adoptar decisiones directamente ejecutables. Lo anterior implica que la situación jurídica de las partes interesadas, en el marco de la normativa en materia de adjudicación es mucho más débil que en otros ámbitos jurídicos. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el resultado que se desprende de la legislación nacional es compatible con las exigencias del Derecho comunitario, tal y como aparecen recogidas, en particular, en el artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665.

40. Con respecto a la segunda cuestión, el Bundesvergabeamt señala que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en su resolución de 20 de abril de 2001, partió de la idea de que, para demostrar sus capacidades, cada licitador tiene derecho a invocar las capacidades de sus subcontratistas, siempre que pueda probar que puede disponer efectivamente de los medios de los mismos. Por consiguiente, el Bundesvergabeamt opina que puede suponer que una disposición relativa a las condiciones de licitación, que desde el principio prohíbe recurrir en gran parte a subcontratistas, contradice las disposiciones comunitarias y que un procedimiento de adjudicación en el que se impone semejante condición no se puede llevar hasta su fin, sino que debe ser declarado desierto.

Ciertamente, en el ámbito de la contratación pública, el Derecho comunitario no contiene ninguna disposición que determine explícitamente hasta qué punto las adjudicaciones ilícitas dan lugar a la nulidad de los contratos celebrados con base en la misma. Por tanto, la cuestión de la validez del contrato puede entenderse como una cuestión de Derecho interno.

Sin embargo, semejante resultado, cotejado con el principio de eficacia del Derecho comunitario, no sería satisfactorio. En efecto, una entidad adjudicadora que no se atiene a las disposiciones del Derecho comunitario ni acata las decisiones del órgano de recurso puede frustrar la consecución de los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario sin que, en la práctica, tenga que temer ninguna sanción, cuando, como en el presente caso, el ordenamiento jurídico interno no puede garantizar la ejecución forzosa de las resoluciones del órgano que conoce de los recursos.

En este contexto, el Bundesvergabeamt considera pertinente que se dilucide si un contrato, que es el resultado de un procedimiento de licitación en el que se han conculcado preceptos del Derecho comunitario, debe considerarse ilegal o contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, nulo desde el punto de vista del Derecho civil.

41. En relación con las dos primeras cuestiones, el Bundesvergabeamt señala además que en caso de que un contrato celebrado debiera considerase nulo, aún sería competente para declarar la nulidad de las decisiones de la entidad adjudicadora [y, en cualquier caso, para adoptar otras medidas, si el Tribunal de Justicia respondiera afirmativamente a las cuestiones 4 a) y 4 b)], pues la nulidad del contrato implica que también deba considerarse nula la adjudicación. Por consiguiente, según el órgano jurisdiccional remitente, es necesaria una interpretación más detallada del Derecho comunitario para determinar las competencias del órgano jurisdiccional nacional para declarar la validez de la adjudicación y, por ende, del correspondiente contrato celebrado.

42. En relación a la tercera cuestión, el Bundesvergabeamt alega que, con la celebración del contrato, el Hauptverband, como entidad adjudicadora, no sólo ha violado las disposiciones materiales del Derecho comunitario relativas a la contratación pública sino que también ha ignorado intencionadamente la decisión del organismo controlador nacional en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665. Tal postura debe considerarse contraria a las buenas costumbres con las correspondientes consecuencias para la validez del contrato.

43. Con relación a las cuestiones 4 a) y 4 b), el Bundesvergabeamt aclara que las disposiciones nacionales no garantizan la ejecución efectiva de las resoluciones del órgano de recurso, puesto que el Derecho nacional no prevé la ejecución forzosa de la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora. Bien es cierto que el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva concede a los Estados miembros una amplia facultad de elección a la hora de atribuir las facultades a los órganos competentes para conocer de los recursos, pero si el resultado de esto fuera que las disposiciones comunitarias en materia de licitación carecen de efectividad, según el órgano jurisdiccional remitente se debería considerar la aplicación directa de las facultades de dicho órgano previstas en la Directiva. A la luz de lo anterior, el Bundesvergabeamt se pregunta además si los medios coercitivos previstos en el Derecho nacional bastan para imponer el adecuado cumplimiento del Derecho comunitario.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

44. En la resolución de remisión el Bundesvergabeamt solicitó al Tribunal de Justi-

cia tratar estas cuestiones prejudiciales siguiendo el procedimiento acelerado al que hace referencia el artículo 104 *bis* a del Reglamento de Procedimiento. Un procedimiento acelerado podría evitar que la entidad adjudicadora pudiera frustrar la aplicación del Derecho comunitario alegando hechos ya consumados, tal y como aclaró en su momento el Tribunal de Justicia. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones planteadas, una rápida decisión podría evitar grandes daños ya que, cuando se dictó la resolución de remisión, aún no se había iniciado la ejecución del contrato entre el Hauptverband y EDS/ORGA.

45. Mediante auto de 13 de septiembre de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia desestimó esta petición por el motivo de que de las circunstancias esbozadas por el órgano jurisdiccional remitente no se deducía una urgencia extraordinaria para responder a las cuestiones planteadas.

46. El 9 de agosto de 2001, se recibió la petición de decisión prejudicial en la Secretaría del Tribunal de Justicia. ARGE Telekom, el Hauptverband, EDS/ORGA, el Gobierno austriaco y la Comisión presentaron observaciones escritas de conformidad con el artículo 20 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia. En la vista oral, celebrada el 18 de septiembre de 2003, el Hauptverband, el Gobierno austriaco y la Comisión aclararon sus posturas.

V. Apreciación

A. *Observaciones previas*

47. La génesis de la resolución de remisión expuesta detalladamente en los puntos 19 hasta 37 *supra*, así como las aclaraciones del tribunal remitente sobre sus cuestiones prejudiciales dan pie a hacer algunas observaciones preliminares.

48. Desde el momento en que el Hauptverband, como entidad adjudicadora, informó, conforme al artículo 53 de la BVergG, a los licitadores que quedaban de su intención de adjudicar el contrato a EDS/ORGA, se celebraron tres series de procedimientos de recurso ante el Bundesvergabeamt:

1) En una primera serie de procedimientos, los recurrentes en el litigio principal solicitaron que se anulase la decisión del Hauptverband de adjudicar el contrato en cuestión a EDS/ORGA y que se declarase desierto el procedimiento de licitación. Sus recursos no prosperaron, pues no se acordó

su admisibilidad y fueron desestimados mediante resolución de 19 de marzo de 2001.

2) En una segunda serie de procedimientos, los licitadores no seleccionados solicitaron al Bundesvergabeamt, entre otras cosas, que declarase nula la decisión —ficticia— del Hauptverband de no revocar, como entidad adjudicadora, el procedimiento de adjudicación. Estaban obligados a seguir este camino, ya que, tal como el Hauptverband y el Gobierno austriaco subrayaron en sus escritos y en sus observaciones orales, no cabía la posibilidad de impugnar por segunda vez ante el Bundesvergabeamt la propia decisión de adjudicación. Esta segunda demanda de los licitadores descartados prosperó. Mediante resolución de medidas provisionales de 5 de abril de 2001, se prohibió al Hauptverband proceder a la adjudicación del contrato hasta el día 20 de abril de 2001. A continuación, mediante resolución de 20 de abril de 2001, el Bundesvergabeamt declaró la nulidad de la decisión ficticia de no revocar el procedimiento de adjudicación. Sin embargo, esta resolución no evitó que unos días después se celebrara el contrato entre la entidad adjudicadora y EDS/ORGA.

3) A esto le sigue una tercera serie de procedimientos con los que los licitadores excluidos perseguían en esencia la declaración de nulidad de las decisiones tomadas por el Hauptverband tras su elección de EDS/ORGA como el «mejor postor», es decir, sin tener en cuenta la resolución del Bundesvergabeamt, de 20 de abril de 2001, en la que se resolvía que el procedimiento de adjudicación debía ser declarado desierto. En el marco de esta tercera serie de procedimientos, el Bundesvergabeamt planteó las presentes cuestiones prejudiciales. De la resolución de remisión se desprende que, en el presente litigio, las partes recurrentes basaron sus demandas esencialmente en dos tesis:

— la decisión de adjudicación de 18 de diciembre de 2000 era inválida *ab initio,* ya que no se había dado la necesaria aprobación del llamado comité de las tarjetas;

— todas las decisiones que habían llevado a la celebración del contrato entre el Hauptverband y EDS/ORGA eran nulas, ya que habían sido tomadas en el marco de un procedimiento de adjudicación inválido.

49. Es un hecho probado que entre el Hauptverband y EDS/ORGA se celebró un contrato que puso fin a la segunda fase del procedimiento de adjudicación comenzado el 22 de febrero de 2000. Según el Derecho austriaco, el órgano jurisdiccional civil es el

único competente para pronunciarse sobre la validez de este contrato y sobre una posible demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de aquél.

50. Del contenido de las cuestiones planteadas, en relación con su detallada explicación, puede deducirse que el Bundesvergabeamt duda de si las facultades que tiene concedidas son suficientes para garantizar una ejecución eficaz de la Directiva 89/665, teniendo en cuenta que un procedimiento de adjudicación que éste consideró contrario al Derecho comunitario ha desembocado, sin embargo, en la adjudicación y celebración de un contrato para la ejecución de una obra de grandes proporciones.

51. En la medida en que el trasfondo de las cuestiones ha motivado al órgano jurisdiccional remitente para cuestionar, una vez implícitamente y otra más explícitamente, la compatibilidad como tal del sistema legal austriaco en materia de contratos públicos con la Directiva 89/665, sobrepasa de esa manera el marco establecido por el artículo 234 CE relativo al procedimiento prejudicial, que limita el procedimiento de cooperación entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia a la interpretación del Derecho comunitario con el fin de adoptar una decisión en el litigio principal.

52. Por consiguiente, procede examinar si la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales planteadas puede ser útil de cara a la solución del litigio principal.

53. Tomando también esto en consideración, procede apreciar en primer lugar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

B. *Sobre la admisibilidad*

54. En sus observaciones escritas y en la exposición de sus argumentos en la vista oral, el Hauptverband, el Gobierno austriaco y la Comisión alegaron, aunque por motivos muy diferentes, la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

55. La Comisión duda de si el órgano remitente es o no un órgano jurisdiccional, ya que, en la resolución de remisión, éste reconoció que sus resoluciones no contienen «órdenes conminatorias a la entidad adjudicadora, susceptibles de ejecución forzosa». Por consiguiente, se pregunta si las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt son admisibles, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en especial sus sentencias en los asuntos Victoria Film [6] y Salzmann, [7] según las cuales el órgano jurisdiccional nacional sólo es competente como autoridad remitente con arreglo al artículo 234 CE si ante él está pendiente un litigio y si debe adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya en una decisión de carácter jurisdiccional.

6 — Sentencia de 12 de noviembre de 1998 (C-134/97, Rec. p. I-7023), apartado 14.

7 — Sentencia de 14 de junio de 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421), apartado 14.

56. El Gobierno austriaco opina que las cuestiones son inadmisibles ya que están formuladas de manera que se hacen incomprensibles para quienes no están familiarizados con las normas sustantivas y de procedimiento del Derecho austriaco en materia de contratación pública. Opina que puede exigirse al órgano jurisdiccional nacional remitente que las cuestiones prejudiciales, que tengan por objeto materias complicadas y fundamentales relativas a la sistemática del ordenamiento jurídico nacional, sean formuladas de manera clara y comprensible, también para quienes no estén familiarizados con el ordenamiento jurídico nacional en cuestión.

57. El Hauptverband considera que las cuestiones planteadas son inadmisibles porque la resolución de remisión da una descripción incompleta de los hechos del litigio principal. En el presente asunto, la resolución se refiere no sólo a uno, sino a tres procedimientos de fondo diferentes. Además, en su resolución de remisión el Bundesvergabeamt omitió mencionar los procedimientos pendientes ante el Verfassungsgerichtshof y el Handelsgericht Wien.

58. Además, según el Hauptverband, el Bundesvergabeamt no es competente para plantear cuestiones prejudiciales, puesto que tras su resolución de 19 de marzo de 2001 ya no cabe la posibilidad de plantear ante él mismo un recurso de apelación contra la decisión de adjudicación. Por ello, el Bundesvergabeamt ya no es competente para pronunciarse ni sobre la validez de la decisión ni sobre las decisiones que el Hauptverband tomó al respecto posteriormente. Finalmente, el Bundesvergabeamt carece de toda competencia para apreciar la validez o la invalidez de un contrato civil celebrado tras finalizar el procedimiento de adjudicación.

59. Por último, en la vista oral, el Gobierno austriaco y el Hauptverband señalaron las consecuencias de la sentencia del Verfassungsgerichtshof, de 2 de marzo de 2002, para la admisibilidad de la solicitud de decisión prejudicial. En esta sentencia se declaró nula la resolución del Bundesvergabeamt de 20 de abril de 2001. El Verfassungsgericht estimó que, obviamente, es imposible declarar nula una decisión si implica no hacer algo. Por consiguiente, la petición al respecto de las agrupaciones que no resultaron adjudicatarias debería haberse declarado inadmisible. Dado que el Bundesvergabeamt había examinado el fondo del asunto basándose en una petición inadmisible, se apropió de una facultad que no le corresponde. De este modo se conculca el derecho del Hauptverband a un procedimiento ante el órgano jurisdiccional legalmente determinado.

60. El Gobierno austriaco y el Hauptverband alegan que con esta sentencia del Verfassungsgerichtshof las cuestiones planteadas ante el Tribunal de Justicia pierden su importancia en relación con el litigio principal, al menos en parte, en tanto en cuanto guardan relación explícita o implícitamente con la resolución del Bundesvergabeamt de 20 de abril de 2001 y, por tanto, se convierten en hipotéticas. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esto las hace inadmisibles. En todo

caso, esto es aplicable a la cuestión 1 y, posiblemente también, a las cuestiones 3, 4 a) y 4 b).

61. En cuanto al primer motivo alegado por la Comisión en contra de la admisibilidad de las cuestiones, la respuesta puede ser breve. Recientemente, en su sentencia en el asunto GAT, [8] el Tribunal de Justicia declaró explícitamente que las decisiones del Bundesvergabeamt sí tienen carácter jurisdiccional y que, por tanto, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por dicho órgano. Además, a este respecto el Tribunal de Justicia señaló que del artículo 125, apartado 2, de la BVergG se desprende que un pronunciamiento del Bundesvergabeamt con arreglo al artículo 113, apartado 3, de la BVergG no sólo constituye un requisito de admisibilidad para cualquier demanda de indemnización de daños y perjuicios que se interponga ante un órgano jurisdiccional civil por infracción culposa de las mencionadas disposiciones, sino que además es vinculante tanto para las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt como para el órgano jurisdiccional civil que conoce del asunto. Por tanto, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesvergabeamt.

62. En mi opinión, tampoco surte efecto el segundo motivo de inadmisibilidad alegado por el Gobierno austriaco. De la detallada resolución de remisión y de la explicación en ella contenida sí puede deducirse cuáles eran las intenciones del órgano jurisdiccional al plantear estas cuestiones, si bien es cierto que su formulación *prima facie* no siempre es tan clara. Por otra parte, parece que el Gobierno austriaco no reconoce con esta objeción —que, en particular, hace referencia al Derecho nacional— que el procedimiento recogido en el artículo 234 CE no tiene por objeto la interpretación y la validez del Derecho nacional, sino la del Derecho comunitario, en el presente asunto, particularmente, la interpretación de una serie de disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/50. [9]

63. La tercera objeción, alegada por el Hauptverband contra la admisibilidad de lo planteado surte más efecto, entre otras cosas, a la luz de mis observaciones preliminares recogidas en los puntos 48 a 53 *supra*. Si bien es cierto que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si la resolución de remisión es conforme o no a las normas sustantivas y de procedimiento nacionales [10] y le corresponde también determinar [11] y apreciar [12] los hechos relevantes y su valoración, sin embargo, esta facultad no es ilimitada. Si de la resolución de remisión, de los documentos obrantes en autos, así

8 — Sentencia de 19 de junio de 2003, (C-315/01, Rec. p. I-6351), apartados 25 a 29.

9 — Véase, entre otras, la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Inzirillo (63/76, Rec. p. 2057), apartado 6.

10 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de marzo de 1978, Oehlsläger (104/77, Rec. p. 791), apartado 4, y de 28 de enero de 1999, Wilkens (C-181/96, Rec. p. I-399), apartado 33.

11 — Véanse, entre otras, las sentencias de 5 de octubre de 1999, Lirussi y Bizzarro (C-175/98 y C-177/98, Rec. p. I-6881), apartados 37 y 38; de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 18, y de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, Rec. p. I-10155), apartado 43.

12 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de julio de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673), apartado 14, y Canal Satélite Digital (citada en la nota 11 *supra*), apartado 43.

como de las observaciones orales y escritas se puede deducir que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas no puede influir evidentemente en la solución del litigio principal y, por tanto, tienen carácter hipotético, también según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, [13] no procederá pronunciarse sobre ellas.

64. Por consiguiente, se deberá examinar a la luz de lo anterior si las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente son o no relevantes para la resolución del litigio principal.

65. Tal y como se ha señalado en los puntos 48 a 51 *supra,* el Hauptverband celebró un contrato con EDS/ORGA sin dar cumplimiento a la resolución del Bundesvergabeamt que anulaba la decisión —ficticia— del Hauptverband de no revocar el procedimiento de adjudicación. Ahora, en el litigio principal, las partes demandantes esgrimen, entre otras cosas, que todas las decisiones del Hauptverband que finalmente condujeron a la celebración del contrato son nulas ya que, en su opinión, fueron tomadas en el marco de un procedimiento de licitación ilícito.

66. Ahora que está claro que, conforme al Derecho austriaco, no corresponde al Bundesvergabeamt sino al órgano jurisdiccional civil apreciar la validez jurídica del contrato celebrado el 23 de abril de 2002 entre el Hauptverband y EDS/ORGA, la respuesta a las cuestiones planteadas, en principio, no puede contribuir a resolver el litigio principal.

67. Con arreglo a la legislación austriaca, el juez de lo civil es el órgano competente para evaluar los contratos que se han celebrado tras la adjudicación de un contrato. En consonancia con el artículo 2, apartado 6, última frase, de la Directiva 89/665, las competencias de este órgano jurisdiccional se limitan a la concesión de indemnizaciones de daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción de las normas de contratación.

68. Ahora que parece claro que, en la situación en que se basa el litigio principal, esta decisión de adjudicación tomada por la entidad adjudicadora no ha sido anulada por el Bundesvergabeamt y que para su ejecución se han celebrado uno o más contratos a raíz de la adjudicación, debe suponerse que únicamente el juez de lo civil es competente para evaluar los contratos resultantes del presente procedimiento de adjudicación.

69. En nuestra opinión, a la luz de lo expuesto anteriormente, se debe suponer que son puramente hipotéticas las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt,

13 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello (244/80, Rec. p. 3045), apartado 21; de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Rec. p. I-3193), apartado 26, e Inspire Art (citada en la nota 11 *supra*), apartado 47.

que preguntan en esencia si las facultades que le han sido conferidas por la BVergG cumplen las exigencias mínimas establecidas en el artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665.

70. Por otra parte, el carácter hipotético de las cuestiones también se ve reflejado en su propio contenido. Leídas en conjunto entrañan, como se ha señalado anteriormente en el punto 51 *supra,* una invitación al Tribunal de Justicia para, sin apenas relación con el verdadero litigio principal, cotejar con el Derecho comunitario aplicable el sistema de protección jurídica contenido en la normativa nacional de licitación en su conjunto. Con ello, el juez remitente olvida que el procedimiento recogido en el artículo 234 CE confía al Tribunal de Justicia la función de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas. [14]

71. Como último elemento en la apreciación sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas, deberán tenerse en cuenta los efectos de la sentencia del Verfassungsgerichtshof de 2 de marzo de 2002.

72. Como se desprende de la resolución de remisión, el Bundesvergabeamt planteó las cuestiones, en particular, porque, según el Derecho austriaco, no era susceptible de ejecución su resolución de 20 de abril de 2001, que declaraba nula la decisión —ficticia— de la entidad adjudicadora de no declarar desierto el procedimiento de adjudicación del contrato. Este aspecto aparece reflejado indiscutiblemente en el tenor de las cuestiones 1, 3, 4 a) y 4 b). Dado que el Verfassungsgerichtshof anuló precisamente la resolución de 20 de abril de 2001, ya que el Bundesvergabeamt no era competente para tomar semejante decisión, se ha perdido el fundamento de las cuestiones directamente relacionadas con dicha resolución. De ese modo, independientemente de los argumentos alegados anteriormente que abogan a su favor, se han hecho puramente hipotéticas.

73. Aunque la cuestión 2 no alude directamente a la resolución de 20 de abril de 2001, en mi opinión, la mencionada decisión del Verfassungsgerichtshof sí guarda relación con la misma. En efecto, en el fondo, la motivación de la —anulada— resolución de 20 de abril de 2001 se basa en la suposición de que el procedimiento de adjudicación del contrato sería inválido ya que contenía un requisito de licitación presuntamente contrario al Derecho comunitario, tal y como el Tribunal de Justicia lo interpretó en el asunto Holst Italia. [15] Pues bien, la cuestión 2 se centra en esta

14 — Véase la reciente sentencia Inspire Art (citada en la nota 11 *supra*), apartado 45.

15 — Citado en la nota 4 *supra*.

suposición. Sea cual fuera la veracidad de la misma, el Tribunal de Justicia no tiene porqué abordarla, puesto que está contenida en una decisión del Bundesvergabeamt que ya no puede tener influencia alguna en el litigio principal.

74. A la luz de lo expuesto anteriormente, concluyo que las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto por el Bundesvergabeamt no son relevantes para la solución del litigio principal y, por tanto, debe declarase su inadmisibilidad por ser puramente hipotéticas.

C. *Sobre el fondo*

75. Con carácter estrictamente subsidiario, para el caso de que el Tribunal de Justicia no siga mi conclusión de que todas las cuestiones planteadas son inadmisibles, sino sólo las que directamente se ven afectadas por la sentencia del Verfassungsgerichtshof de 2 de marzo de 2002, a saber, las cuestiones 1, 3, 4 a) y 4 b), examinaré la cuestión 2.

76. A este respecto, la Comisión señaló, en mi opinión justificadamente, que la premisa en la que se basa la cuestión es errónea, a saber, que de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Holst Italia [16] resulta que la condición recogida en el punto 1.8 de las condiciones de licitación, de 15 de marzo de 2000, sobre la admisión de servicios de subcontratistas es contraria al Derecho comunitario.

77. Efectivamente, la Directiva 92/50, aplicable al presente procedimiento de adjudicación, no contiene ninguna disposición de la que se pueda inferir que la prohibición de subcontratación esté prohibida como tal. Del artículo 25 de la citada Directiva se desprende que la entidad adjudicadora podrá solicitar al licitador que, en su caso, mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros. Además, el artículo 32, apartado 2, letra h), de la Directiva establece que, según la naturaleza, cantidad y utilización de los servicios que vayan a prestarse, el prestador de servicios podrá justificar su capacidad técnica, entre otras opciones, mediante una declaración de la parte del contrato que él se proponga subcontratar.

78. Como la Comisión, el Gobierno austriaco y el Hauptverband señalaron acertadamente al apreciar la admisibilidad de una prohibición de subcontratación, debe distinguirse entre dicha prohibición con respecto a la apreciación de la aptitud de los

16 — Citado en la nota 4 *supra*.

licitadores y una prohibición con respecto a la ejecución del contrato ya adjudicado.

79. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Holst Italia, [17] citada por el Bundesvergabeamt, guarda relación con la fase de apreciación y de selección del procedimiento de adjudicación.

En el apartado 26 de dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró al respecto: «Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él.»

En el apartado 31, el Tribunal de Justicia concluyó: «[...] que la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato [...]»

80. Interpreto esta sentencia de la siguiente manera: los potenciales candidatos de una licitación no pueden ser excluidos porque no puedan reunir por sí mismos todas las capacidades necesarias para la ejecución de un contrato. Tal prohibición, sobre todo en relación con contratos más importantes y técnicamente complicados, podría conducir a que el número de candidatos se viera de antemano limitado de forma significativa. Esto menoscabaría la finalidad de la Directiva 92/50. Sin embargo, con el fin de garantizar la adecuada ejecución del contrato adjudicado, el comitente puede exigir al licitador que, en caso de recurrir a las capacidades de otras entidades, asegure la disponibilidad de los medios de las mismas.

81. Sin embargo, de los términos del punto 1.8 de las condiciones de licitación, citadas en el punto 20 *supra,* se desprende que este requisito no se refiere a la fase de evaluación y selección del procedimiento de adjudicación, sino a la fase en la que se celebra el contrato para la ejecución del mismo.

82. Con respecto a esta fase, no es contraria a la Directiva 95/50 una prohibición o limitación de subcontratación, mediante la cual el comitente persigue evitar que la

17 — Citado en la nota 4 *supra.*

ejecución de partes fundamentales del contrato sea encargada a entidades cuyas aptitudes y capacidades no han podido ser verificadas en el curso del procedimiento de adjudicación. Como se desprende de su letra, el artículo 25 de esta Directiva se aplica expresamente a la fase de evaluación y selección del procedimiento de adjudicación. Esta disposición persigue dar a la entidad adjudicadora una idea de las capacidades de las entidades en cuestión, necesaria para una evaluación acertada de las ofertas recibidas. De lo anterior no puede inferirse ningún argumento para prohibir la subcontratación en la fase en la que, tras la adjudicación, se celebra el contrato de ejecución con el licitador seleccionado.

83. De esto se desprende que es errónea en sí la premisa en la que se fundamenta la resolución del Bundesvergabeamt de 20 de abril de 2001, a saber, que el punto 1.8 de los requisitos de licitación es contrario al Derecho comunitario y que, por tanto, el procedimiento de adjudicación debería ser declarado desierto en su totalidad.

84. Si bien es cierto que el órgano jurisdiccional remitente no solicitó en sus cuestiones una verificación de su interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Holst Italia, [18] a mi juicio, el Tribunal de Justicia difícilmente puede consentir una interpretación evidentemente errónea de su jurisprudencia. Lo mismo puede afirmarse, *a fortiori,* si constituye el fundamento de la resolución del órgano jurisdiccional remitente a la que hacen referencia sus cuestiones prejudiciales y si, por la misma razón, puede convertirlas en hipotéticas.

85. Por otra parte, independientemente de la premisa de la resolución de 20 de abril de 2001, la validez y, eventualmente, la anulación de los contratos celebrados —en el supuesto que haya tenido lugar una adjudicación que tenía un requisito de licitación contrario al Derecho comunitario o que se haya proseguido a pesar de la resolución de un órgano competente en materia de recursos al que hace referencia el artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665— deben apreciarse conforme al Derecho nacional aplicable.

86. Entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Alcatel [19] y las conclusiones del Abogado General Alber que precedieron al asunto Comisión contra República de Austria [20] corroboran esta interpretación.

18 — Citado en la nota 4 *supra.*

19 — Sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671), apartado 49.

20 — Conclusiones de 19 de enero de 1999 que precedieron a la sentencia de 28 de octubre de 1999 (C-328/96, Rec. p. I-7479), apartado 48.

VI. Conclusión

87. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia:

— Declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia mediante resolución de remisión del Bundesvergabeamt de 11 de julio de 2001.

— Con carácter subsidiario, declarar inadmisibles las cuestiones 1, 3, 4 a) y 4 b) y responder a la cuestión 2 de la siguiente manera:

«Si ha tenido lugar un procedimiento de adjudicación que tenía un requisito de licitación contrario al Derecho comunitario o si se prosigue con la adjudicación de la licitación a pesar de una decisión tomada con relación a dicha incompatibilidad por un órgano que conoce del procedimiento de recurso, al que hace referencia el artículo 2, apartado 8, 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, la validez y, eventualmente, la anulación de los contratos ya celebrados deberán apreciarse conforme al Derecho nacional aplicable.»