Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 23 de abril de 2015 [1]

Asunto C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
contra
Airgest SpA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italia)]

«Directiva 89/665/CEE — Contratos públicos — Recurso de anulación contra el acto de adjudicación del contrato público — Recursos incidentales dirigidos a impugnar la participación en el contrato público de licitadores no seleccionados — Norma jurisprudencial nacional según la cual el juez nacional sólo puede pronunciarse sobre el fondo del recurso principal si el recurso incidental es improcedente — Carácter vinculante de los principios enunciados por el Pleno del órgano supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa nacional, incluso en el supuesto de no conformidad con el Derecho de la Unión — Sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Artículo 267 TFUE — Primacía — Interpretación conforme»

I. **Introducción**

1. La presente petición de decisión prejudicial se refiere, por una parte, a la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, [2] modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, [3] (en lo sucesivo, «Directiva 89/665») y, por otra parte, a la interpretación del artículo 267 TFUE y de los principios de primacía del Derecho de la Unión y de interpretación conforme.

2. En efecto, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Consejo de Justicia administrativa de la región siciliana, Italia), tratan de dos problemas jurídicos diferenciados. La primera cuestión prejudicial se refiere al alcance de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), mientras que la segunda interroga acerca de la interpretación del artículo 267 TFUE en el supuesto de una legislación nacional que obligue a un órgano jurisdiccional a remitir el asunto al Pleno en caso de duda sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de un principio jurídico enunciado por éste.

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 395, p. 33.
3 — DO L 335, p. 31.

II. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

3. El artículo 1 de la Directiva 89/665, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», dispone:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva.

A los efectos de la presente Directiva se entiende por contratos los contratos públicos, acuerdos marco, concesiones de obras públicas y sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán 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 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

[...]».

4. El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Requisitos de los procedimientos de recurso», establece en su apartado 1 lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para:

[...]

b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales [...]

[...]».

B. *Derecho italiano*

1. Constitución

5. Según el artículo 111, párrafo último, de la Constitución, «contra las resoluciones del Consiglio di Stato [...] se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción».

2. Código de procedimiento contencioso-administrativo

6. El Decreto Legislativo nº 104, de 2 de julio de 2010 (suplemento ordinario de la GURI nº 156, de 7 de julio de 2010), instituyó el Código de procedimiento contencioso-administrativo.

7. Según el artículo 6, apartado 1, de dicho Código, «el Consiglio di Stato es el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa que resuelve en última instancia». El apartado 6 de dicho artículo precisa, por otra parte, que «las resoluciones del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Tribunal administrativo regional de Sicilia) son recurribles ante el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, de conformidad con las disposiciones del estatuto especial y de las disposiciones de aplicación correspondientes.»

8. El artículo 42 de dicho Código establece que «las partes demandadas y coadyuvantes podrán presentar demandas cuyo interés esté vinculado con la demanda principal por medio de un recurso incidental».

9. Por último, según lo dispuesto en su artículo 99:

«1. Si la sala a la que se ha asignado el recurso comprueba que la cuestión jurídica sometida a su examen ha dado lugar o puede dar lugar a divergencias jurisprudenciales, podrá remitir, de oficio o a instancia de parte, el recurso al Pleno mediante auto. El Pleno podrá, si lo considera oportuno, devolver los autos a la sala.

2. Antes de resolver, el Presidente del Consiglio di Stato podrá, a instancia de parte o de oficio, asignar al Pleno cualquier recurso para que se pronuncie sobre cuestiones de principio de la mayor importancia o para poner fin a las divergencias jurisprudenciales.

3. Si la sala a la que se ha asignado el recurso no está de acuerdo con un principio del Derecho enunciado por el Pleno, remitirá a este último el asunto, mediante auto motivado, para que resuelva sobre el correspondiente recurso.

4. El Pleno resolverá el litigio en su totalidad, a menos que desee formular el principio del Derecho y devolver el asunto a la sala remitente para que resuelva sobre las demás cuestiones.

5. Si considera que la cuestión es particularmente importante, el Pleno podrá, en cualquier caso, enunciar el principio del Derecho en interés de Ley, aun cuando declare el recurso inadmisible o improcedente, acoja una excepción o ponga fin al procedimiento. En tales casos, la resolución del Pleno no tendrá efectos en la medida impugnada.»

3. El Decreto Legislativo nº 373, de 24 de diciembre de 2003

10. El 24 de diciembre de 2003, el legislador italiano adoptó el Decreto Legislativo nº 373, titulado «Modalidades de aplicación del estatuto especial de la región de Sicilia en relación con el ejercicio en la región de las funciones que corresponden al Consiglio di Stato» (suplemento ordinario de la GURI nº 10, de 14 de enero de 2004).

11. Con arreglo a su artículo 1, apartado 2 «el Consiglio di giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] tiene su sede en Palermo y está formado por dos salas, con funciones consultivas y jurisdiccionales, respectivamente, que constituyen salas descentralizadas del Consiglio di Stato».

III. **Hechos del litigio principal**

12. Mediante anuncio publicado el 18 de enero de 2012, Airgest SpA, la sociedad que gestiona el aeropuerto civil de Trapani-Birgi (Italia), convocó un procedimiento abierto para la adjudicación del servicio de limpieza y mantenimiento de los espacios verdes de dicho aeropuerto civil.

13. El contrato fue adjudicado mediante una decisión definitiva de adjudicación, de 22 de mayo de 2012, a la unión temporal de empresas (en lo sucesivo, «unión temporal de empresas») formada por la sociedad Gestione Servizi Ambientali Srl (en lo sucesivo, «GSA») y la sociedad Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (en lo sucesivo, «PFE»), que también había participado en la licitación, y había quedado en segunda posición, impugnó la decisión de adjudicación ante el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Solicitó, en particular, la anulación de la decisión de adjudicación y, como consecuencia de la misma, que le fuera adjudicado el contrato.

15. En apoyo de su recurso, PFE alegó que la autoridad de adjudicación debió haber excluido a la unión temporal de empresas adjudicataria por infracción del artículo 38, apartado 1, letras h) y m), del Decreto Legislativo nº 163, de 12 de abril de 2006, por el que se aprueba el código de contratos públicos de obras, de servicios y de suministros, en aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (GURI nº 100, de 2 de mayo de 2006) y del punto III.2.1. del anuncio de licitación, así como del punto c del pliego de condiciones.

16. GSA, empresa principal de unión temporal de empresas, se personó en el procedimiento, oponiendo frente a PFE, a través de un recurso incidental, una excepción de falta de legitimación activa. Dicho recurso incidental se basaba, especialmente, en el hecho de que, según GSA, PFE no cumplía los requisitos para poder participar en la licitación, debido a la imprecisión de su oferta, por lo que debió haber sido excluida del procedimiento de adjudicación del contrato.

17. El Tribunale amministrativo regionale della Sicilia examinó las alegaciones de ambas partes, estimando ambos recursos.

18. A raíz de dicha sentencia, el poder adjudicador excluyó a las empresas controvertidas. Al término de unas comprobaciones realizadas en ejecución de dicha sentencia, excluyó asimismo a todas las demás empresas inicialmente seleccionadas que habían incurrido en el mismo vicio, consistente en no haber indicado específicamente los costes de seguridad. Se abrió, entonces, un procedimiento negociado para adjudicar dichos servicios.

19. PFE recurrió la sentencia del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ante el órgano jurisdiccional remitente, mientras que GSA se adhirió a dicho recurso por vía incidental, alegando, en particular, que dicho Tribunal no se había atenido al orden en el que han de examinarse los recursos establecido en la sentencia nº 4/2011 del Pleno del Consiglio di Stato (en lo sucesivo, «sentencia nº 4/2011»), según la cual, en caso de oponerse excepciones por vía incidental dirigidas a la inadmisión del recurso principal, el recurso incidental debe examinarse antes que el recurso principal.

20. En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente recuerda que el principio establecido en la sentencia nº 4/2011 ya estuvo en el centro de la controversia en el marco de la remisión prejudicial que dio lugar a la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. En el asunto de que trae causa dicha sentencia, los dos licitadores fueron preseleccionados por el poder adjudicador y se las invitó a presentar su oferta. Al estimar que la oferta del adjudicatario no se atenía al pliego de condiciones, el licitador cuya oferta no había sido seleccionada, presentó un recurso. En respuesta a dicho recurso, el adjudicatario presentó, a su vez, un recurso incidental en el que alegaba que la oferta que no había sido seleccionada debió haber sido excluida porque tampoco cumplía uno de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de condiciones.

22. Según el órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio, el Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal administrativo regional de Piamonte), ninguna de las dos ofertas era conforme al pliego de condiciones, por lo que procedía estimar ambas acciones, tanto el recurso principal, como el recurso incidental, y, en consecuencia, anular el conjunto del procedimiento de contratación pública. Sin embargo, en virtud del principio del Derecho establecido en la sentencia nº 4/2011, el recurso incidental debió haber sido examinado antes que el recurso principal, toda vez que el primero se refería a la legitimación del demandante en el procedimiento principal, al cuestionarse su admisión en el procedimiento de licitación.

23. Interrogado con carácter prejudicial por el Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, el Tribunal de Justicia consideró que un recurso incidental del adjudicatario no podía llevar a descartar el recurso principal de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores fuera cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los otros. [4]

24. Por consiguiente, consideró que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 se oponía a que se declarara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el licitador cuya oferta no fue seleccionada después del examen previo de la excepción de inadmisibilidad planteada por el adjudicatario, sin pronunciarse acerca de si se cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario como la del licitador que interpuso el recurso principal. [5]

25. Sin perjuicio de ello, el órgano jurisdiccional remitente llama la atención del Tribunal de Justicia sobre el hecho de que, en el asunto principal, contrariamente a lo que ocurría en el asunto que había dado lugar a la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), las empresas participantes son más de dos, aunque sólo dos de ellas sean parte en el procedimiento principal.

26. El órgano jurisdiccional remitente llama asimismo la atención del Tribunal de Justicia sobre la norma establecida en el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, según la cual, si desea apartarse de la orientación jurisprudencial definida por el Pleno del Consiglio di Stato, está obligado a remitir la resolución impugnada a ese mismo Pleno.

27. Por consiguiente, a la vista de las particularidades del asunto sobre el que debe pronunciarse, el órgano jurisdiccional remitente decidió consultar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 y sobre la interpretación del artículo 267 TFUE.

4 — Sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 33.

5 — *Ibidem* (apartado 34 y fallo).

IV. **Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

28. Mediante resolución de 26 de septiembre de 2013, presentada en el Tribunal de Justicia el 24 de diciembre 2013, el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Los principios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], respecto al supuesto específico, objeto de remisión prejudicial en dicho asunto, en el que sólo dos empresas participaban en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, ¿son también aplicables —en virtud de la analogía formal sustancial con el presente litigio— al asunto sometido al examen de este Consiglio, en el que todas las empresas participantes en la licitación, si bien inicialmente más de dos, fueron excluidas por la entidad adjudicadora, a pesar de lo cual dicha exclusión no ha sido impugnada por otras empresas aparte de las participantes en el presente procedimiento, de modo que el litigio del que actualmente se ocupa este Consiglio queda limitado de hecho a tan sólo dos empresas?

2) En relación únicamente con las cuestiones que pueden resolverse mediante la aplicación del Derecho de la Unión, ¿se opone a la interpretación de este Derecho, y en particular del artículo 267 TFUE, el artículo 99, apartado 3, del Codice del processo amministrativo, en la parte en que dicha disposición procesal establece el carácter vinculante, para todas las secciones y salas del Consiglio di Stato, de todos los principios del Derecho formulados por el Pleno, aun cuando resulte evidente que el Pleno haya afirmado o pueda haber afirmado un principio contrario o incompatible con el Derecho de la Unión Europea? En particular:

— Si la sección o la sala del Consiglio di Stato encargada de examinar el asunto alberga dudas sobre la conformidad o la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un principio del Derecho ya formulado por el Pleno, ¿están obligadas a remitir al Pleno, mediante auto motivado, la decisión del recurso, eventualmente incluso antes de poder realizar una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar la conformidad y compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del principio del Derecho controvertido, o bien, en cambio, la sección o la sala del Consiglio di Stato, en cuanto órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, puede, o más bien debe, plantear de forma autónoma, en su condición de órgano jurisdiccional ordinario del Derecho de la Unión Europea, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea?

— En el supuesto de que se responda a la cuestión planteada en el párrafo anterior en el sentido de que se reconoce a cada una de las secciones y salas del Consiglio di Stato la facultad o la obligación de plantear directamente cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o bien, en todos los casos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya manifestado, máxime después de celebrado el Pleno del Consiglio di Stato, declarando la existencia de una falta de conformidad total o parcial entre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea y el principio del Derecho interno enunciado por el Pleno, ¿puede o debe cada una de las secciones y salas del Consiglio di Stato, en cuanto órganos jurisdiccionales ordinarios de última instancia de Derecho de la Unión Europea, aplicar de forma inmediata la interpretación correcta del Derecho de la Unión Europea tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en cambio, en esos casos también están obligadas a remitir al Pleno, mediante auto motivado, la decisión del recurso, de modo que se deje a la exclusiva valoración de este último y a su facultad jurisdiccional discrecional la aplicación del Derecho de la Unión Europea, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter vinculante?

— Por último, ¿se opone una interpretación del sistema procesal contencioso-administrativo de la República Italiana, en el sentido de que somete a la apreciación exclusiva del Pleno la eventual decisión sobre la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea —o únicamente la resolución del litigio, cuando ésta se derive directamente de la aplicación de los principios de Derecho de la Unión Europea ya formulados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, además de a los principios de duración razonable del procedimiento y de rápida resolución de los recursos en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos, a la exigencia de que el Derecho de la Unión Europea sea aplicado íntegra y escrupulosamente por todos los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros, de un modo conforme y vinculado a su correcta interpretación, tal y como ha sido determinada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de lograr la más amplia aplicación de los principios del denominado «efecto útil» y de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho (no sólo sustantivo, sino también procesal) interno de cada uno de los Estados miembros (en el caso de autos, sobre el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo de la República Italiana)?»

29. PFE, GSA, el Gobierno italiano y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Además, expusieron sus planteamientos durante la vista, celebrada el 11 de marzo de 2015.

V. **Análisis**

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

30. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) se aplica a un supuesto en el que las empresas participantes en la licitación, si bien inicialmente más de dos, fueron excluidas por la entidad adjudicadora, a pesar de lo cual dicha exclusión no ha sido impugnada por otras empresas aparte de las participantes en el litigio principal, de suerte que éste quedaba limitado, de hecho, a tan sólo dos de dichas empresas.

31. Para dar respuesta a esta cuestión, considero necesario, como primera medida, determinar el efecto concreto de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) con el fin de determinar, en una segunda fase, si el número de candidatos influye en aquélla o constituye un requisito de la misma. En efecto, si resulta que el número de empresas de que se trata en el asunto principal no interfiere en los efectos de la aplicación de la norma, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, la respuesta al órgano jurisdiccional remitente deberá ser afirmativa. Si, en cambio, resulta que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), no puede desplegar sus efectos en una situación como la del asunto principal, procederá, entonces, dar una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial.

1. Determinación de los efectos de la interpretación dada al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. En el asunto que dio lugar a la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), el factor determinante radica en que la oferta seleccionada no fue, indebidamente, excluida en la fase de verificación de las ofertas a pesar de no ajustarse a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones. [6]

6 — Véase el apartado 32 de dicha sentencia.

33. Según el Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento iniciado por un licitador, «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso [del] licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica [dado que], en dicha situación, *cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada*».[7]

34. En consecuencia, la obligación que se desprende de tales apreciaciones es la prohibición de declarar la inadmisibilidad del recurso principal del licitador excluido basándose en el examen previo de la excepción de inadmisibilidad alegada con carácter incidental por el adjudicatario, sin pronunciarse acerca de la conformidad de ambas ofertas.[8] Si ambas ofertas son consideradas no conformes, la consecuencia concreta de esta obligación es que el poder adjudicador no puede proceder a seleccionar una oferta regular, de manera que es necesario proceder a convocar una nueva licitación.

2. Aplicabilidad de la interpretación dada al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. En el asunto principal, las empresas admitidas a participar en el procedimiento en cuestión eran más de dos. No obstante, de las explicaciones dadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que, con excepción de la demandante en el procedimiento principal (y, a través del recurso incidental, de la empresa adjudicataria), ninguna de las demás empresas excluidas de la licitación impugnó su exclusión, ni por la vía administrativa, ni por la vía judicial.

36. A tenor de esta situación, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto tuviera que declarar irregulares las dos ofertas de que se trata, el adjudicatario no se vería obligado a proceder a una nueva convocatoria, sino que podría, en su caso, adjudicar el contrato a otra empresa que figure en la clasificación establecida por el poder adjudicador.

37. Dicho esto, no puede excluirse que todas las ofertas presentadas estén también viciadas de alguna de las irregularidades que han motivado la anulación de las ofertas del demandante principal y del adjudicatario. En tales circunstancias, el adjudicador debería entonces iniciar necesariamente un nuevo procedimiento.[9]

38. En tales circunstancias, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 33 de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), «cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada».

7 — *Ibidem* (apartado 33). El subrayado es mío.

8 — Véase la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 34 y fallo.

9 — Ésta es, por cierto, la situación que, al parecer, se ha producido en el litigio principal, según descripción realizada por el órgano jurisdiccional remitente (véase el punto C4, p. 12, de la petición de decisión prejudicial) y las informaciones dadas por las partes en el procedimiento principal (véase la p. 2 de las observaciones escritas de PFE y el punto 9 de las observaciones escritas de GSA).

39. Precisamente, sobre este particular, debo señalar que en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia no pretendía limitar su conclusión a la hipótesis de una licitación en la que sólo hayan participado dos empresas (y, por lo tanto, a la presentación de sólo dos ofertas), dado que se refiere, de forma general, al interés legítimo de «cada uno *de los* competidores» [10] en que se excluya la oferta, no del otro, sino « *de los otros*». [11]

40. Por consiguiente, estimo que la obligación finalmente establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) y según la cual el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, prohíbe declarar la inadmisibilidad del recurso principal de un licitador excluido basándose en el examen previo de la excepción de inadmisibilidad alegada con carácter incidental por el adjudicatario, sin pronunciarse acerca de la conformidad de ambas ofertas [12] se aplica también a las circunstancias del asunto principal.

3. Eventual incidencia de la los distintos motivos de irregularidad alegados en apoyo del recurso principal y del recurso incidental

41. Formalmente, el órgano jurisdiccional remitente ha limitado el marco fáctico pertinente al hecho de que aunque las empresas que participan en el procedimiento de licitación han sido más de dos, todas ellas fueron excluidas por la entidad adjudicadora, sin que ninguna de ellas, a excepción de las que son parte en el procedimiento, haya recurrido su exclusión, de manera que el litigio de que conoce queda circunscrito a esas dos empresas.

42. Acabo de explicar los motivos por los cuales esta especificidad no interfiere en la aplicación de la norma establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. Sin embargo, en sus observaciones escritas, en las que se reafirmó durante la vista, GSA alega un segundo criterio de diferenciación en relación con la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Considera, en efecto, que la interpretación dada en dicha sentencia sólo se aplica si los vicios alegados en apoyo del recurso principal son *idénticos* a los del recurso incidental.

44. Pues bien, según sus explicaciones, su recurso incidental se basa en un motivo diferente del alegado por PFE en apoyo del recurso principal. Considera que PFE solicita la anulación de la adjudicación del contrato a GSA por haber infringido obligaciones de declaración a las que están sometidos los licitadores y que, por lo tanto, alega un motivo referido a una irregularidad formal. En cambio, estima que GSA solicita que se excluya a PFE en razón de la imprecisión de su oferta, es decir, de una irregularidad referida al fondo del asunto.

45. Ante todo, debo observar, a este respecto, que la utilización del plural en la lengua de procedimiento (el italiano) («nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*») [13] y de la expresión más general «de idéntica naturaleza» en la lengua de las deliberaciones (el francés), aboga en favor de una interpretación lata del concepto de «identidad *de los motivos*» (y no *del* motivo) invocados en apoyo de cada uno de los dos recursos. [14] Esta interpretación se ve respaldada por el carácter excepcional de una perfecta identidad de los motivos.

10 — Sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 33. El subrayado es mío.

11 — *Idem*, el subrayado es mío. Según la versión italiana de dicha sentencia (lengua de procedimiento auténtica), «ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta *degli atri*, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (el subrayado es mío).

12 — Véase el apartado 34 y el fallo de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 33. El subrayado es mío.

14 — Como ya señaló la Abogado General Kokott en relación con una sentencia del Tribunal General del a Unión Europea, cuando la versión francesa no es auténtica (por no ser ésa la lengua de procedimiento) pero es más precisa que la sentencia que ha sido redactada en la lengua de procedimiento, esa versión lingüística «en la lengua en la que se redactó y debatió la sentencia recurrida puede ofrecer un punto de apoyo adicional respecto de la cuestión de a qué quería referirse realmente el Tribunal General» (conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punto 253).

46. Además, pienso que la identidad de los motivos invocados en apoyo del recurso principal y del recurso incidental, al igual que el número de licitadores, no es un factor determinante en la interpretación que el Tribunal de Justicia ha dado del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 en su sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. En efecto, cuando el Tribunal de Justicia afirma, en el apartado 33 de dicha sentencia, que «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica», lo esencial radica, como ya expliqué anteriormente, en el hecho de que, «en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada». [15]

48. Estas dos frases constituyen, en su conjunto, un único y mismo apartado de la sentencia por lo que no pueden leerse independientemente una de la otra.

49. Por lo tanto, comparto la opinión de la Comisión cuando escribe, en sus observaciones, que lo determinante es el hecho de que el recurso principal y el recurso incidental generen un interés legítimo equivalente en que se reabra el procedimiento de licitación.

50. Pues bien, en el asunto principal, parece —sin perjuicio de que el juez remitente realice un examen de mayor profundidad— que los motivos alegados por PFE y GSA podrían ser, si no idénticos, sí de igual naturaleza (al tratar de la regularidad de la oferta de la otra parte) y que, en cualquier caso, crean en cada uno de los operadores personados ante el órgano jurisdiccional remitente, un «interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de[l] otro[…]», en el sentido de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Por otra parte, como señaló la Comisión durante la vista de 11 de marzo de 2015, además de la preservación de los intereses de los licitadores, la norma establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) preserva el interés de la entidad adjudicadora que debe poder elegir la mejor oferta regular. Pues bien, en el asunto principal, la estricta aplicación del criterio de la «identidad de los motivos» alegado en apoyo del recurso principal y del recurso incidental podría conducir a que el poder adjudicador se vea obligado a adjudicar el contrato a una empresa, pese a que su oferta sea irregular.

4. Conclusión provisional

52. A la vista de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que conteste a la primera cuestión prejudicial que la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 dada en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) es igualmente aplicable al supuesto en el que, por una parte, la interposición del recurso se hace por un sólo licitador, pese al hecho de que fueron varias las empresas admitidas a participar en el procedimiento de licitación y que, por otra parte, el adjudicatario ha interpuesto, por su parte, un recurso incidental en el marco del mismo procedimiento y que, tanto el licitador demandante ««como el adjudicatario tienen un interés legítimo equivalente en excluir al otro operador.

15 — Sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 34.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

53. Con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente nos interroga, en sustancia, sobre si el artículo 267 TFUE se opone al mecanismo establecido en el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, que establece la obligación por parte de cualquier sala del Consiglio di Stato de remitir el asunto al Pleno de dicho órgano jurisdiccional cuando dicha sala considere necesario no seguir un principio del Derecho enunciado por el Pleno. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si dicho mecanismo le impide, en primer lugar, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en segundo lugar, pronunciarse con arreglo al Derecho de la Unión de una forma directa y autónoma, sin ajustarse a dicho mecanismo.

54. Dado que el órgano jurisdiccional remitente decidió, con su primera cuestión prejudicial, preguntar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación de la Directiva aplicable, podría dudarse de la necesidad de dar respuesta a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial.

55. Sin embargo, del mismo modo que el Tribunal de Justicia decidió responder a todas las cuestiones planteadas en el asunto que dio lugar a la sentencia Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), considero que «iría en contra del espíritu de cooperación que debe presidir las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, así como de los imperativos de economía procesal, exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba, en primer lugar, formular una petición de decisión prejudicial planteando la única cuestión de si ese órgano jurisdiccional forma parte de aquellos a los que se refiere el artículo [267] [TFUE], párrafo tercero, antes de plantear, en su caso, a continuación y mediante una segunda petición de decisión prejudicial, las cuestiones relativas a las disposiciones de Derecho comunitario que afectan al fondo del litigio de que conoce». [16]

56. Sin embargo, antes de dar respuesta a este aspecto de la cuestión prejudicial, examinaré su segundo aspecto, es decir, la competencia del órgano jurisdiccional remitente para pronunciarse directamente de un modo conforme con el Derecho de la Unión.

1. Competencia del órgano jurisdiccional remitente para pronunciarse directamente de un modo conforme con el Derecho de la Unión

57. Dado que el órgano jurisdiccional remitente decidió plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, el segundo aspecto de la segunda cuestión prejudicial hallará su respuesta en la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en virtud de la cual el órgano jurisdiccional está vinculado, a efectos de la solución del litigio principal, a la interpretación de las disposiciones en cuestión que el Tribunal de Justicia haya dado en respuesta a la primera cuestión planteada. El órgano jurisdiccional remitente deberá, en consecuencia, dejar de lado el principio del Derecho enunciado en la sentencia nº 4/2011 si estima que, habida cuenta de la interpretación antes citada del Tribunal de Justicia, dicho principio no es conforme con el Derecho de la Unión. [17]

58. Por otra parte, debo señalar que, en su sentencia nº 9/2014, de 25 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, «sentencia nº 9/2014»), el Pleno del Consiglio di Stato modificó el principio que había proclamado en su sentencia nº 4/2011. Aunque dicho principio del Derecho, tal y como ha sido modificado, puede interpretarse de una manera conforme al sentido dado al artículo 1, apartado 3, de

16 — Apartado 70. Además, como el propio Tribunal de Justicia precisaba, «ya [había respondido] a una cuestión relativa a la naturaleza del órgano jurisdiccional remitente, a la luz del artículo [267] [TFUE], párrafo tercero, en un contexto que posee similitudes inequívocas con el de la presente petición de decisión prejudicial, sin poner en entredicho la admisibilidad de esta cuestión [en la sentencia Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]» (apartado 71). Así ocurrió igualmente en el asunto que dio lugar a la sentencia Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — Véanse, en este sentido, las sentencias Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581), apartado 30, y Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 69.

la Directiva 89/665 por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) y en el presente del asunto, no podrá dejarse de lado. En efecto, la exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce. [18]

59. El principio de interpretación conforme exige en efecto que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 89/665 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. [19]

60. Si, en cambio, el principio del Derecho enunciado en la sentencia nº 4/2011, tal y como ha sido modificado por la sentencia nº 9/2014, no pudiera ser interpretado de conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, el juez remitente no tendría más opción que la de abstenerse de aplicarlo [20] en virtud de la primacía del Derecho de la Unión. [21]

61. A este respecto, aunque el problema no se ha producido en el caso de autos —dado que se ha planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial—, no hay duda de que sigue siendo útil recordar que la obligación de un juez nacional de abstenerse de aplicar la norma nacional contraria al Derecho de la Unión a la que no es posible dar una interpretación conforme a éste, en nada cambia el principio según el cual el juez nacional no puede estar «obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo». [22]

62. Sin embargo, todavía hay que preguntarse acerca de la posible incidencia del artículo 267 TFUE en un trámite procesal como el establecido en el artículo 99 del Código de procedimiento contencioso-administrativo.

18 — Véanse las sentencias Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 114; Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 48; Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), apartado 24, y Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), apartado 28. Según una reiterada jurisprudencia, al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado establecido por ésta [además de las sentencias antes citadas en la presente nota, véanse asimismo las sentencias de principio von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153), apartado 26, y Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395), apartado 8].

19 — Véanse, en particular, las sentencias Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), apartado 27, y Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), apartado 29.

20 — Véase, en particular, en relación con la Directiva 89/665, la sentencia Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45), apartado 49. Aunque el criterio en adelante constante del Tribunal de Justicia es que «la cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional, en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión, sólo se plantea si no es posible una interpretación conforme de tal disposición» [sentencias Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), apartado 23; Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), apartado 27, y también, recientemente, Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650), apartado 28], no se pone en entredicho la obligación de «apartamiento», establecida a partir de la sentencia Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), apartados 21 y 24. Véase, a este respecto, el fallo de la sentencia Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), así como la sentencia A (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 36.

21 — Véase, en este sentido, la sentencia Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 54.

22 — *Ibidem* (apartado 53).

2. Incidencia del artículo 267 TFUE sobre el mecanismo de remisión obligatoria al Pleno del Consiglio di Stato

63. Con carácter preliminar, no puedo sino compartir las apreciaciones del Abogado General Mazák según las cuales el Tribunal de Justicia, en aquellos litigios en los que las disposiciones del Derecho nacional limitaban la posibilidad de que un órgano jurisdiccional nacional planteara una cuestión prejudicial en aplicación del artículo 267 TFUE, «se ha pronunciado sistemáticamente en favor de la posibilidad más amplia de que los órganos jurisdiccionales planteen al Tribunal cuestiones relativas a la validez y a la interpretación del Derecho de la Unión». [23]

64. Esta reflexión de carácter general se ve respaldada por tres consideraciones:

— En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha estimado, por lo que se refiere a las órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia, que éstos debían «tener la libertad de someterle las cuestiones que le[s] preocupan, si considera[n] que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle[s] a dictar una sentencia contraria al Derecho [de la Unión]»; [24]

— en segundo lugar, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso judicial de Derecho interno están, por su parte, obligados, en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a acudir al Tribunal de Justicia cuando se encuentren frente a una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión, y ello con el fin de «impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho [de la Unión]», [25] y

— en tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha estimado que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión, y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de un vicio de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional. [26]

65. Este es el marco concreto en el que debe inscribirse la respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

23 — Posición adoptada por el Abogado General Mazák en los asuntos Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:319), punto 62. Véase, igualmente, en lo relativo a la afirmación del principio por parte del Tribunal de Justicia, la sentencia Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3), apartado 3, y, en relación con su constante confirmación, las sentencias Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), apartado 44; Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351), apartado 20, y Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartado 88. La jurisprudencia posterior a la opinión del Abogado General Mazák no desmiente esta observación: véanse las sentencias Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartado 41; Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581), apartado 26; Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506), apartado 61; Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 64, y también, muy recientemente, A (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 35.

24 — Véase la sentencia Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3), apartado 4, y, en relación con su constante confirmación, las sentencias Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartado 94; ERG y otros (C-378/08, EU:C:2010:126), apartado 32; Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartado 42; Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581), apartado 27; Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506), apartado 61, y Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 68.

25 — Sentencia Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329), apartado 14 y jurisprudencia citada.

26 — Véase la sentencias Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartado 45, que remite a los apartados 39, 45 y 46 de la sentencia Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), y la sentencia A (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 38.

66. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 373 del 24 de diciembre 2003, el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana está formado por dos salas, que constituyen salas descentralizadas del Consiglio di Stato. Por lo tanto, no se cuestiona su condición de órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE y es indiscutible que tiene la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. [27]

67. En estas circunstancias, la única cuestión que podría plantearse es la de si, a la vista de la obligación de remisión al Pleno establecida en el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana debe ser considerado un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, o si cabe un recurso judicial contra la decisión de dicho órgano jurisdiccional.

68. En la segunda hipótesis, el órgano jurisdiccional remitente es *libre* de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones que le preocupen si considera que la apreciación jurídica que pueda realizar la instancia superior podría llevarla a emitir una resolución contraria al Derecho de la Unión. En la primera hipótesis, el órgano jurisdiccional remitente está, al contrario, *obligado* a dirigir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando albergue una duda acerca de la conformidad con el Derecho de la Unión de un principio del Derecho formulado por el Pleno del Consiglio di Stato.

69. Como acabo de recordar, el artículo 1, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 373, de 24 de diciembre 2003, establece que el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana está formado por dos salas que constituyen salas descentralizadas del Consiglio di Stato.

70. Pues bien, según el artículo 6, apartado 1, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, «el Consiglio di Stato es el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa que resuelve en última instancia».

71. Aunque, según el artículo 111, párrafo último, de la Constitución, quepa recurso de casación contra las resoluciones del Consiglio di Stato, aquél se limita, sin embargo, a los aspectos relacionados con el reparto de competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales italianos.

72. En estas circunstancias, del mismo modo que el Tribunal de Justicia ha considerado recientemente que la calificación de un Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, no resulta afectada por el hecho de que contra las decisiones de ese órgano jurisdiccional pueda interponerse ante el Tribunal constitucional un recurso limitado al examen de una posible violación de los derechos y de las libertades garantizados por la Constitución nacional o por un convenio internacional, [28] no tengo intención de poner en duda la calificación del Consiglio di Stato y de sus salas descentralizadas como órgano jurisdiccional de «última instancia».

73. La propia Corte suprema di Cassazione ha estimado, en su sentencia nº 2403 de 4 de febrero de 2014, pronunciada conjuntamente por todas las salas que, en la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa italiana, que corresponde al Consiglio di Stato, a sus salas y al Pleno, sin distinción, resolver como órgano jurisdiccional de última instancia, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

27 — Por otra parte, debo señalar que el Tribunal de Justicia ya ha contestado a varias peticiones de decisión prejudicial dirigidas por el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana [véanse la sentencia Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); el auto Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), y la sentencia Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

28 — Véase la sentencia Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 72.

74. No considero que la remisión obligatoria al Pleno del Consiglio di Stato establecida en el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo pueda modificar este análisis, dado que dicha remisión no puede calificarse de «recurso» en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

75. En efecto, este trámite procesal no está a la disposición de las partes, sino únicamente de la sala del Consiglio di Stato que conoce del litigio. Además, su ejercicio permite reformar, no la decisión que hubiera dictado un órgano jurisdiccional inferior, sino, por el contrario, la propia jurisprudencia del Pleno del Consiglio di Stato.

76. Además, según la jurisprudencia del Consiglio di Stato citada por el Gobierno italiano, el incumplimiento del artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo no lleva aparejado una sanción procesal. [29]

77. Por consiguiente, a tenor del objetivo que subyace en la obligación del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, si el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana se enfrenta a una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión, debería estar obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia, con el fin de impedir que se consolide (o perdure) una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho de la Unión. [30]

78. Es verdad que el riesgo de que pueda desarrollarse una jurisprudencia nacional contraria al Derecho de la Unión está limitado por el hecho de que si la remisión de una decisión al Pleno del Consiglio di Stato, con arreglo al artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, se basa en el cuestionamiento de un principio del Derecho en razón de su presunta contradicción con el Derecho de la Unión, dicho Pleno no puede, con mayor motivo, dejar de cumplir su obligación de interrogar el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.

79. No obstante, pese a esta particularidad procesal, veo, al menos, dos motivos que impiden interpretar que el artículo 267 TFUE prohíba a una sala del Consiglio di Stato que conozca de un litigio que interrogue ella misma al Tribunal de Justicia, antes de remitir, en su caso, el asunto al Pleno.

80. Por una parte, negar a la sala de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso de Derecho interno la posibilidad de interrogar al Tribunal de Justicia por el único motivo de que el Pleno de ese mismo órgano jurisdiccional está obligado a hacerlo contravendría la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que siempre ha reconocido «a los órganos jurisdiccionales nacionales *una amplísima* facultad para someter una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión necesarias para la resolución del litigio de que conocen». [31]

81. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha estimado que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relacionado con el Derecho comunitario y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de un vicio de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el

29 — Sentencia nº 4185, de 6 de agosto de 2014, de la Sala tercera del Consiglio di Stato.

30 — Sentencia Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329), apartado 14 y jurisprudencia citada.

31 — Sentencia Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 64 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional. [32]

82. El Tribunal de Justicia ha considerado que dicho artículo del Tratado se opone a la normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales si el carácter prioritario de ese procedimiento tiene como efecto impedir que el órgano jurisdiccional nacional ejerza su facultad o su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión. [33]

83. Esta solución se impone con mayor motivo por cuanto la disposición de que se trata obliga al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana a inhibirse en favor del Pleno del Consiglio di Stato, contrariamente a lo que ocurría con la cuestión prioritaria de constitucionalidad de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363). En efecto, según el artículo 99, apartado 4, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, cuando el asunto se remite al Pleno del Consiglio di Stato, éste «resolverá el litigio en su totalidad, a menos que desee formular el principio del Derecho y devolver el asunto a la sala para que resuelva sobre las demás cuestiones».

84. No considero que el solo hecho de que, en el sistema procesal de que se trata en el procedimiento principal, no se trate de una remisión obligatoria y previa a otro órgano jurisdiccional sino al Pleno del órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal pueda justificar una excepción a los diferentes principios que han dado forma a la interpretación lata del artículo 267 TFUE y a la libertad de dicho órgano jurisdiccional nacional para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

85. Bien es cierto que el Tribunal de Justicia nunca ha tenido que pronunciarse sobre dicha particularidad. No obstante, mi opinión es que la solución adoptada en la sentencia Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) respalda el análisis propuesto y puede ser aplicada, *mutatis mutandis*, a la situación en que se encuentra el órgano jurisdiccional remitente.

86. En efecto, en aquel asunto, en el que el órgano jurisdiccional nacional preguntaba al Tribunal de Justicia cuál debía de considerarse, de entre el mismo y el Tribunal de Justicia del Benelux, el órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno y cuál estaba obligado, como tal, a someter la cuestión al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que se podía considerar que ambos órganos jurisdiccionales estaban del obligados a someter la cuestión al Tribunal de Justicia, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, siempre que se planteara ante los mismos una cuestión relacionada con la interpretación del Derecho de la Unión.

87. No obstante, en este tipo de situaciones, el Tribunal de Justicia consideró que los dos órganos jurisdiccionales no estaban efectivamente obligados a someterle la cuestión, dado que la autoridad de la interpretación efectuada en virtud del artículo 267 TFUE podía «privar de su causa a [la] obligación [de remisión prejudicial] y vaciarla, por tanto, de contenido». [34]

32 — Véase la sentencia Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartado 45, que remite a los apartados 39, 45 y 46 de la sentencia Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), y A (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 38.

33 — Sentencia Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartado 57 y fallo. Véase asimismo la sentencia A (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 46 y fallo.

34 — Sentencia Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), apartado 29.

88. Aunque en ese caso se tratara de dos órganos jurisdiccionales distintos, tal situación particular no deja de parecerse a la situación que conforman una sala del Consiglio di Stato y su Pleno: ambos son órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

89. Por consiguiente, considero que el razonamiento sostenido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) puede transponerse, si es necesario, al presente asunto: «si un órgano jurisdiccional como [la sala del Consiglio di Stato] ejerce su facultad de someter al Tribunal de Justicia la cuestión planteada antes de [remitirla al Pleno], la autoridad de la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia puede liberar a un órgano jurisdiccional como el [Pleno del Consiglio di Stato] de su obligación de plantear una cuestión materialmente idéntica antes de emitir su fallo. A la inversa, cuando un órgano jurisdiccional como [la sala del Consiglio di Stato] no haya sometido previamente la cuestión al Tribunal de Justicia, un órgano jurisdiccional como el [Pleno del Consiglio di Stato] estará obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión planteada, cuya decisión podrá así liberar [a la sala del Consiglio di Stato] de su obligación de plantear una cuestión materialmente idéntica antes de emitir su fallo». [35]

3. Conclusión provisional

90. En primer lugar, si el principio del Derecho enunciado en la sentencia nº 4/2011 y modificado en la sentencia nº 9/2014 no pudiera ser interpretado de conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, tal y como ha sido precisado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) y en el presente asunto, el juez remitente deberá abstenerse de aplicarlo.

91. En segundo lugar, considero que el artículo 267 TFUE se opone a una disposición como la del artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, si se interpreta en el sentido de que obliga a la sala de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de un recurso jurisdiccional, cuando no esté de acuerdo con un principio del Derecho enunciado por el Pleno de ese mismo órgano jurisdiccional, a remitirle la decisión objeto de recurso sin tener la posibilidad de plantear previamente una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

92. En consecuencia, salvo que se interprete el artículo 99 del Código de procedimiento contencioso-administrativo de una forma conforme al Derecho de la Unión, una sala del Consiglio di Stato que desee interrogar al Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 267 TFUE debería dejar inaplicado el artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo. En efecto, «en virtud del principio de la primacía del Derecho [de la Unión], el juez nacional debe resolver sobre el conflicto entre una disposición de Derecho nacional y otra del Tratado directamente aplicable mediante la aplicación del Derecho [de la Unión], dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, y no mediante la declaración de nulidad de la disposición nacional contraria, ya que corresponde a cada Estado miembro determinar las competencias de sus tribunales en este sentido». [36]

35 — Sentencia Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), apartado 29. En efecto, debe señalarse que, según el artículo 99, apartado 4, del Código de procedimiento contencioso-administrativo, el Pleno puede resolver el litigio en su totalidad o decidir formular únicamente el principio del Derecho y devolver el asunto a la sala para que resuelva sobre las demás cuestiones.

36 — Sentencia Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719), apartado 82.

VI. **Conclusión**

93. A la vista de las consideraciones que anteceden, propongo al del Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana de la siguiente manera:

«1) La interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, 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, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) es igualmente aplicable al supuesto en el que, por una parte, la interposición del recurso se hace por un sólo licitador, pese al hecho de que fueron varias las empresas admitidas a participar en el procedimiento de licitación y que, por otra parte, el adjudicatario ha interpuesto, por su parte, un recurso incidental en el marco del mismo procedimiento y que tanto el licitador demandante como el adjudicatario tienen un interés legítimo equivalente en excluir al otro operador.

2) Cuando la disposición de una Directiva haya sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso de Derecho interno debe interpretar el Derecho nacional de conformidad con el sentido determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, cuando no resulte posible tal interpretación, dejar inaplicada la disposición del Derecho nacional de que se trata, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia y sin que se le prohíba hacerlo.

El artículo 267 TFUE se opone a una disposición como la del artículo 99, apartado 3, del Código de procedimiento contencioso-administrativo italiano, si se interpreta en el sentido de que obliga a la sala de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de un recurso jurisdiccional, cuando no esté de acuerdo con un principio del Derecho enunciado por el Pleno de ese mismo órgano jurisdiccional, a remitirle la decisión objeto de recurso sin tener la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»