CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 7 de febrero de 2002 [1]

I. Introducción

1. En el presente procedimiento prejudicial, el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia; en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») pregunta si puede ignorar la firmeza adquirida por la licitación pública de un contrato de suministro no impugnada dentro del plazo establecido al efecto en el Derecho nacional con objeto de poder tener en cuenta, pese a ello, en un procedimiento de recurso (posterior) iniciado por un licitador contra su exclusión de la adjudicación del contrato, la infracción del Derecho comunitario por una cláusula de la licitación. En concreto, se trata de la demostración de la capacidad de un licitador con arreglo al artículo 22 de la Directiva 93/36/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro [2] (en lo sucesivo, «Directiva 93/36»). El órgano jurisdiccional remitente pretende saber si el principio nacional de inaplicación de los actos administrativos contrarios a la Ley (artículo 5 de la Ley nº 2248 de 20 de marzo de 1865) se aplica también a las cláusulas de licitaciones que sean contrarias al Derecho comunitario. Asimismo, pregunta si este principio se deriva también del artículo 6 UE, en relación con el derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo con arreglo a los artículos 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»). Además, el examen de la petición de decisión prejudicial obliga a interpretar la Directiva 89/665/CEE 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 [3] (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

II. Hechos y procedimiento

2. En el procedimiento principal, la sociedad Santex SpA (en lo sucesivo, «demandante») demandó a la Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (en lo sucesivo, «demandada») en relación con la exclusión de un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro. A tal fin, impugna la decisión de adjudicación y la licitación, que, en su opinión, contiene una condición de admisión contraria al Derecho comunitario.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Directiva del Consejo de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 1).

3 — Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (DO L 395, p. 33).

3. Según la resolución de remisión, el 23 de octubre de 1996 la demandada publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* un anuncio de licitación de «suministro directo a domicilio de productos absorbentes para la incontinencia» por un importe previsto de 1.067.372.000 ITL anuales. Con arreglo a la resolución de remisión, el anuncio de licitación contenía una cláusula en virtud de la cual sólo se admitiría a aquellas empresas que pudieran acreditar un volumen de negocios total referente a esos mismos servicios, durante los últimos tres años, equivalente, al menos, al triple del volumen anual previsto del contrato.

4. Mediante escrito de 25 de noviembre de 1996, la demandante señaló al Presidente de la Comisión adjudicadora competente de la demandada que la citada cláusula constituía una restricción injustificada de la competencia. Dado que los organismos sanitarios locales (aziende sanitarie locali) no habían introducido este tipo de servicio hasta hacía muy poco, dicha cláusula excluía a numerosos licitadores, entre ellos también a la demandante, a pesar de que en el último año había alcanzado un volumen de negocios total que duplicaba el volumen anual previsto del contrato.

5. Posteriormente, la Comisión adjudicadora de la demandada aplazó la apertura de las plicas y pidió a las empresas afectadas que le remitieran documentación complementaria, por considerar que la cláusula en cuestión podría interpretarse en el sentido de que se refiere al volumen de negocios total de las empresas participantes y que, por tanto, el suministro de productos idénticos a los licitados podría considerarse no como un requisito de admisión a la licitación, sino únicamente como un criterio de valoración de la calidad. [4]

6. Esta interpretación fue contradicha por la empresa Sca Mölnlycke SpA, la adjudicataria del contrato de suministro de productos similares durante el período anterior. Mediante escrito dirigido a la demandada, Sca Mölnlycke SpA exigió la estricta observancia de la cláusula de la controvertida licitación.

7. Posteriormente, la demandada solicitó a las empresas licitadoras que comunicaran adicionalmente, además de la documentación ya aportada, cuál había sido su volumen de negocios referente al suministro de esos mismos productos y que facilitaran una relación de los organismos sanitarios a los que se los habían suministrado.

8. El procedimiento de adjudicación concluyó con la exclusión de la demandante y de otras dos empresas y la adjudicación del contrato a la empresa Mölnlycke.

9. La demandante interpuso un recurso por infracción de ley y abuso de poder tanto contra su exclusión de la licitación y la posterior adjudicación del contrato como

4 — Acta nº 1 de la Comisión adjudicadora de 12 de diciembre de 1996.

contra la propia licitación, alegando que, en caso de haber sido admitida, habría obtenido la adjudicación.

10. La demandada y la empresa Mölnlycke, que intervino en el procedimiento, alegan que la impugnación de la licitación es extemporánea y que, por ello, el recurso debe desestimarse por infundado.

11. El órgano jurisdiccional remitente estimó la demanda de suspensión de la ejecución de las disposiciones impugnadas presentada juntamente con el recurso, motivando su decisión en que se habían violado principios comunitarios de Derecho de la competencia. En la medida en que la licitación establece el criterio de un determinado volumen de negocios, limita la participación de las empresas competidoras de un modo ilegal y desproporcionado. Aun cuando la impugnación de la licitación deba considerarse extemporánea, la cláusula controvertida de la licitación debería dejarse sin aplicar, pues infringe el Derecho comunitario.

12. Este auto fue anulado mediante una resolución de la Sala Quinta del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) italiano de 29 de agosto de 1997, que no estaba motivada ni de hecho ni de Derecho.

13. Una vez concluido el procedimiento sobre medidas cautelares, la demandada, que entretanto había prorrogado el anterior contrato de suministro con la empresa Mölnlycke, celebró definitivamente con ésta el contrato referido al período siguiente.

14. Con todo, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia, en el procedimiento principal, una petición de decisión prejudicial sobre si el artículo 22 de la Directiva 93/36 o el artículo 6 UE, apartado 2, en relación con los artículos 6 y 13 del CEDH, deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas de una licitación contrarias al Derecho comunitario pueden dejarse sin aplicar aun cuando no fueran impugnadas dentro del plazo establecido al efecto con arreglo a las normas procesales nacionales.

15. Presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia los Gobiernos italiano, francés y austriaco y la Comisión.

III. La petición de decisión prejudicial

16. En la motivación de la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente señala que, para su decisión, resulta determinante el hecho de que la licitación contenga una cláusula ilegal con arreglo al Derecho comunitario y a la

correspondiente disposición nacional de aplicación. [5] En particular, el requisito de admisión con arreglo al cual en los tres últimos años debe haberse obtenido un volumen de negocios referente a los mismos servicios objeto de la licitación tres veces superior a lo establecido en la misma infringe, a su juicio, el principio de proporcionalidad y la prohibición de discriminación entre las empresas licitadoras. Sin embargo, con arreglo al Derecho procesal nacional debe resolver primero sobre la excepción de extemporaneidad del recurso propuesta.

17. La excepción se basa en que ya la cláusula de la licitación impedía a la demandante participar en la misma. Por consiguiente, dicha cláusula era directa e inmediatamente lesiva para el interés de la demandante en participar en la licitación, por lo que hubiera debido ser impugnada, tras tener conocimiento de ella la demandante, en el plazo de caducidad de sesenta días establecido en el artículo 36 del Real Decreto nº 1054 de 26 de junio de 1924. [6]

18. Sin embargo, en opinión del órgano jurisdiccional remitente los derechos e intereses de los licitadores que compiten en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos deben protegerse eficazmente tanto en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario como en el ordenamiento jurídico nacional. Por ello, las cláusulas de las licitaciones no deben aplicarse cuando limiten de manera injustificada el criterio de la máxima participación en las licitaciones públicas.

19. A tal objeto, normalmente se han invocado dos principios jurídicos. Por un lado, la incorporación automática de las normas imperativas a las condiciones de licitación por analogía con el artículo 1339 del Codice civile (Código Civil italiano), [7] que en el presente caso no resulta practicable. Por otro lado, el principio de inaplicación con arreglo al artículo 5, que sigue vigente, de la Ley nº 2248 de 20 de marzo de 1865, anexo E. [8]

20. En relación con este principio, el Consiglio di Stato italiano declaró, con carácter general, que también el Juez de lo administrativo, al igual que el órgano jurisdiccional ordinario en el ámbito del Derecho civil, puede dejar sin aplicar una norma reglamentaria contraria a otra norma de rango superior que lesione un derecho subjetivo. Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, el Consiglio di Stato excluyó la aplicación de este principio debido a la inexistencia de un derecho subjetivo en el caso de la presente licitación para la adjudicación de contratos públicos. Por consiguiente, la licitación debería haberse impugnado dentro del plazo de sesenta días establecido al efecto, de modo que, una vez transcurrido dicho plazo, las cláusulas de la licitación debían aplicarse de forma imperativa.

5 — El órgano jurisdiccional remitente estima que existe una infracción tanto del artículo 22 de la Directiva 93/36 como del artículo 3, apartado 1, letra c), del Decreto nº 358 de 24 de julio de 1992.

6 — R.D. 6.6.1924, n. 1054, contenente il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato italiano (Real Decreto nº 1054, de 6 de junio de 1924, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes relativas al Consejo de Estado italiano), aplicable también a los tribunales administrativos regionales con arreglo al artículo 19 de la Ley nº 1034 de 6 de diciembre de 1971.

7 — «Las cláusulas y precios de los bienes o servicios impuestos por Ley quedarán incorporados al contrato por ministerio de la Ley, incluso en sustitución de las cláusulas no conformes estipuladas entre las partes.»

8 — «Las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y reglamentarios de ámbito nacional y local en la medida en que sean conformes con las leyes.»

21. Según el órgano jurisdiccional remitente, el Derecho italiano distingue entre intereses legítimos, que necesariamente requieren la impugnación dentro de plazo de la medida lesiva, y derechos subjetivos, que pueden tutelarse mediante el instrumento jurídico de la inaplicación. Esta distinción, habitual en el ordenamiento jurídico interno, no parece que pueda trasladarse al Derecho comunitario.

22. El órgano jurisdiccional remitente se remite a la sentencia Simmenthal,[9] en la que el Tribunal de Justicia declaró que los Jueces nacionales encargados de aplicar las disposiciones de Derecho comunitario están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas, dejando inaplicadas, si procede, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, sin necesidad de solicitar ni esperar la derogación previa de éstas.

23. Asimismo, en opinión del órgano jurisdiccional remitente debe examinarse, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Van Schijndel y Van Veen [10] y Eco Swiss, [11] si, debido al particular desarrollo del procedimiento administrativo previo a la adjudicación del contrato de suministro de que se trata, la aplicación del Derecho comunitario resultó gravemente dificultada o impedida, viéndose afectada la efectividad de la protección jurídica en relación con las normas de Derecho comunitario.

24. Al dar a entender inicialmente que iba a proceder a una interpretación restrictiva o una modificación de la cláusula controvertida, la demandada provocó en la demandante la impresión de que no era necesario impugnar la licitación. Con su comportamiento, la demandada creó una situación objetiva de inseguridad jurídica para la demandante. En consecuencia, en este caso deben aplicarse los mismos principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en su sentencia Peterbroeck. [12]

25. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, en el presente caso existe un interés público en la comprobación de la legalidad de la exclusión impugnada, concretamente referido a la aplicación efectiva del Derecho comunitario, por un lado, y al interés de la Administración pública en abrir la licitación al mayor número posible de participantes como medio para elegir el mejor producto desde el punto de vista de la calidad al precio más conveniente, por otro lado.

26. En su opinión, la intervención de oficio del órgano jurisdiccional nacional está justificada. Así, en su sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores [13] el Tribunal de Justicia declaró, en relación con los contratos celebrados con los consumidores, que el juez nacional, al apreciar la admisibilidad del recurso interpuesto ante él, está facultado para examinar de oficio la legalidad de las cláusulas contractuales controvertidas.

9 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

10 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705).

11 — Sentencia de 1 de junio de 1999 (C-126/97, Rec. p. I-3055).

12 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (C-312/93, Rec. p. I-4599).

13 — Sentencia de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941).

27. La conclusión que se deriva de la sentencia Eco Swiss, [14] según la cual cuando se incumplen determinadas normas procesales nacionales no es obligatorio aplicar de oficio el Derecho comunitario, no se aplica, a su entender, en la situación de hecho y de Derecho del presente caso.

28. El órgano jurisdiccional remitente sometió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 22 de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes están obligados a tutelar a los ciudadanos de la Unión perjudicados por actos contrarios al Derecho comunitario, haciendo uso de la posibilidad, que establece el artículo 5 de la Ley italiana de 20 de marzo de 1865, de dejar también sin aplicar las cláusulas de un anuncio de licitación contrarias al Derecho comunitario que no hayan sido impugnadas dentro de los breves plazos de caducidad previstos en el Derecho procesal nacional, para aplicar de oficio el Derecho comunitario en todos aquellos casos en que se compruebe que, por una parte, la aplicación de este último se ha visto excesivamente dificultada o al menos obstaculizada y que, por otra parte, concurra un interés público de índole comunitaria o nacional que justifique tal aplicación?

2) ¿Conduce a esta misma conclusión el artículo 6 UE, apartado 2, [15] el cual, al establecer el respeto de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha adoptado el principio de la tutela judicial efectiva establecido en los artículos 6 y 13 del citado Convenio?»

IV. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

29. La Directiva 93/36/CEE en materia de adjudicación de contratos públicos dispone, en su artículo 22, lo siguiente:

«1. Por regla general, la capacidad financiera y económica del proveedor podrá demostrarse con cualquiera de las referencias siguientes:

[...]

14 — Citada en la nota 11 *supra*.

15 — Se hace referencia al Tratado UE (nota mía).

c) por una declaración sobre la cifra global de negocio y la cifra de negocio referente a los suministros objeto del contrato realizados por el proveedor en los últimos tres ejercicios.

2. Los poderes adjudicadores precisarán en el aviso o en la invitación a licitar la referencia o las referencias que hayan escogido, así como cualquier otra referencia, distinta de las mencionadas en el apartado 1, que sirva de prueba y que deba presentarse.

3. Si, por alguna razón fundada, el proveedor no estuviere en condiciones de presentar las referencias que el poder adjudicador le solicite, podrá probar su capacidad económica y financiera mediante cualquier otro documento que dicho poder estime apropiado.»

30. Asimismo, en el presente caso resultan pertinentes los artículos 1, apartados 1 y 3, artículo 2, apartado 1, letra b), y 6 de la Directiva 89/665 (Directiva en materia de recursos); su tenor es el siguiente:

«*Artículo 1*

1. Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.

2. [...]

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.

Artículo 2

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.

[...]

Artículo 3

1. La Comisión podrá invocar el procedimiento previsto en el presente artículo cuando, antes de la celebración de un contrato, considere que se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos durante un procedimiento de adjudicación de contrato comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE.

[...]»

B. *Derecho italiano*

31. El artículo 13 del Decreto-Ley nº 358 de 24 de julio de 1992, que lleva por título «Texto refundido de las disposiciones relativas a los contratos públicos de suministro por las que aplican las Directivas 77/62/CEE, 80/767/CEE y 88/295/CEE», adaptó el Derecho interno al artículo 22 de la Directiva 93/36 y estableció lo siguiente:

«Artículo 13

1. La capacidad financiera y económica de las empresas competidoras podrá demostrarse con cualquiera de los siguientes documentos:

[...]

c) por una declaración sobre el volumen de negocios global y el volumen de negocios referente a los suministros objeto del contrato, realizados por la empresa en los últimos tres ejercicios.

2. Los poderes adjudicadores precisarán en el anuncio o en la invitación a licitar los documentos mencionados en el apartado 1, así como cualquier otra referencia que deba presentarse [...].

3. Si, por alguna razón fundada, el proveedor no puede presentar las referencias que se solicitan, podrá probar su capacidad económica y financiera mediante cualquier otro documento que la entidad adjudicadora estime apropiado.»

32. También reviste pertinencia a efectos del presente litigio el artículo 36, apartado 1, del Real Decreto nº 1054, de 26 de junio de 1924, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes relativas al Consejo de Estado italiano, cuyo ámbito de aplicación se extendió a los tribunales administrativos mediante el artículo 19 de la Ley nº 1034 de 6 de diciembre de 1971 (en lo sucesivo, «artículo 36 de la Ley de 26 de junio de 1924»); en él se dispone lo siguiente:

«Artículo 36

1. Sin perjuicio de los plazos fijados por las leyes especiales aplicables a la materia del recurso, el plazo para interponer un recurso ante el Consiglio di Stato, cuando ejerza funciones jurisdiccionales será de 60 días a partir de la fecha en que la resolución administrativa haya sido notificada en la forma y con arreglo a lo establecido por vía reglamentaria, o a partir de la fecha en que conste que el interesado tuvo pleno conocimiento de dicha resolución [...]».

33. Por último, en el marco del presente litigio debe citarse el artículo 5 de la Ley nº 2248 de 20 de marzo de 1865:

«Artículo 5

Las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y reglamentarios de ámbito nacional y local en la medida en que sean conformes con las leyes.»

V. Observaciones de las partes

34. El Gobierno italiano alega que el órgano jurisdiccional remitente parte de la base de que las disposiciones comunitarias tienen efecto directo y, por consiguiente, el ordenamiento jurídico comunitario obliga al juez nacional a garantizar la aplicación efectiva de dichas disposiciones con independencia de que se hayan respetado las normas procesales nacionales.

35. Ahora bien, mediante su reciente sentencia de 7 de abril de 1998 el Consiglio di Stato italiano confirmó su jurisprudencia en relación con una licitación, precisando que un acto que lesione el derecho de un licitador a participar en un procedimiento de licitación debe ser impugnado dentro del plazo ordinario de sesenta días. Una vez que ha expirado dicho plazo, el acto administrativo ya no puede dejarse sin aplicar. El acto administrativo deja de ser impugnable y cualquier recurso dirigido contra el mismo adolece de inadmisibilidad, al igual que cualquier motivo de recurso basado en su ilegalidad, que deberá ser desestimado.

36. La firmeza del acto administrativo sanciona la pasividad de la persona que se siente lesionada en sus derechos y refuerza la confianza en la legalidad de la actuación de las autoridades. La firmeza de un acto administrativo, al igual que las instituciones jurídicas de la caducidad y del carácter definitivo, son exigencias de la seguridad jurídica. Si la licitación pudiera seguir impugnándose se vulnerarían la confianza legítima y los intereses económicos de los competidores.

37. Según el Gobierno italiano, la resolución del litigio principal no depende tanto de la naturaleza jurídica del artículo 22 de la Directiva 93/36 como de si las exigencias de capacidad económica y financiera contenidas en la licitación son legales. En opinión del Gobierno italiano, no cabe duda de que debe considerarse que es así. Por lo demás, el artículo 22 de la Directiva tampoco es directamente aplicable.

38. Habida cuenta de la obligación general de colaboración de los Estados miembros en la ejecución del Derecho comunitario de conformidad con el artículo 10 CE, que incumbe también a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, se plantea la cuestión de cuál es la relación entre dicha obligación y los principios del Derecho procesal nacional.

39. El Gobierno italiano se remite a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, a falta de una normativa comunitaria en la materia, la regulación de las modalidades del procedimiento de protección jurídica de los derechos que el particular deriva del efecto directo del Derecho comunitario corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Con arreglo a dicha jurisprudencia, tal procedimiento no puede ser menos favorable que los referentes a recursos semejantes que afecten únicamente al Derecho interno, y no deben hacer imposible en la práctica ni dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

40. El Derecho italiano establece que los actos administrativos pueden impugnarse dentro de un plazo de sesenta días. Cualquier infracción, tanto del Derecho interno como del Derecho comunitario, puede dar lugar a la anulación del acto administrativo. Por tanto, el Gobierno italiano sostiene que no existe ninguna discriminación y que nada se opone a una aplicación efectiva del Derecho comunitario. Si se permitiera al juez ignorar el Derecho procesal nacional en caso de que exista una infracción de disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables, ello daría lugar a una discriminación injustificada en contra de las disposiciones internas de similar contenido.

41. El principio de protección jurídica eficaz que se deriva de los artículos 6 y 13 del CEDH se aplica únicamente a los actos de Derecho comunitario y a los actos de Derecho interno adoptados en aplicación del mismo; no puede aplicarse en detrimento de las normas procesales de los Estados miembros.

42. En consecuencia, el Gobierno italiano propone que se responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales:

Siempre y cuando no haya razones objetivas que justifiquen un tratamiento procesal diferenciado de los recursos basados, respectivamente, en disposiciones comunitarias directamente aplicables y en normas internas con el mismo contenido, no es posible dejar sin aplicar las normas procesales de los Estados miembros que tienen por objeto hacer valer ante los órganos jurisdiccionales los derechos supuestamente vulnerados.

43. El Gobierno austriaco es de la opinión de que mediante la primera cuestión prejudicial se pretende que se dilucide si el Derecho comunitario vigente en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos se opone a la aplicación de normas de caducidad derivadas del Derecho nacional. En consecuencia, el marco jurídico viene determinado por la Directiva 89/665 en materia de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos.

44. La República de Austria sostiene que está permitido someter a plazos la formulación de pretensiones ante un órgano de control competente en un procedimiento de adjudicación si con ello no se vulneran los objetivos de la Directiva en materia de recursos ni se violan los principios de eficiencia y de igualdad de trato que se derivan del Tratado CE. La propia Directiva no contiene una regulación exhaustiva de la organización de los organismos de control ni del procedimiento que debe seguirse ante los mismos. En consecuencia, la regulación de las modalidades de dicho procedimiento compete a los Estados miembros.

45. Además, el plazo de caducidad de sesenta días de que se trata en el presente procedimiento para la impugnación de las decisiones administrativas tampoco menoscaba la protección jurídica de los oferentes y licitadores. Por el contrario, redunda en interés de los demás oferentes y licitadores, en beneficio del interés público en un buen funcionamiento de la Administración y también en interés del propio recurrente que se garantice que, tan pronto como la persona que solicita protección jurídica tenga conocimiento de ellas, las decisiones ilegales sean detectadas y suprimidas lo más rápidamente posible.

46. En consecuencia, la República de Austria propone que se responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial:

La Directiva 89/665 no se opone a una normativa nacional que establece, a partir del momento en que se tenga conocimiento de la existencia de una infracción en la licitación, un plazo para iniciar un procedimiento de recurso contra una determinada decisión de la entidad adjudicadora, de modo que una vez transcurrido dicho plazo dicha decisión de la entidad adjudicadora ya no pueda impugnarse durante el resto del procedimiento de adjudicación. El plazo establecido no puede configurarse de tal modo que se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil iniciar o culminar procedimientos de recurso. En el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de una infracción en la licitación, puede preverse la necesidad de invocar cualquier posible vicio dentro del plazo previsto para ello, so pena de perder los intereses afectados.

47. El Gobierno francés interpreta la primera cuestión en el sentido de que plantea si un órgano jurisdiccional nacional está obligado a examinar de oficio la compatibilidad de un acto nacional con una disposición comunitaria en caso de que dicho acto no haya sido impugnado dentro del plazo establecido al efecto en las normas procesales nacionales. El Gobierno francés propone que se responda de forma negativa a dicha cuestión.

48. También el Gobierno francés se remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia Peterbroeck, [16] llegando a la conclusión de que un plazo de recurso de sesenta días como el establecido en Italia

16 — Citada en la nota 12 *supra*, apartado 12.

para la impugnación de los actos administrativos no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario.

49. Según el Gobierno francés, las normas de caducidad tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica en relación con todas las partes, al ofrecer un marco jurídico para la posibilidad de impugnación y limitarla en el tiempo. La seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de disposiciones de orden público que deben ser observadas por las partes y por el juez.

50. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente estima que, en el presente caso, el comportamiento de la entidad adjudicadora con posterioridad a la publicación del anuncio de licitación contribuyó a la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la demandante, el Gobierno francés se remite a la sentencia Edis. [17] Ciertamente, en dicha jurisprudencia se reconoce que el comportamiento de unas autoridades nacionales, unido a la existencia de un plazo, puede llevar a privar totalmente al demandante de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, una empresa como la demandante no podía ignorar la necesidad de interponer con carácter cautelar un recurso dentro de los plazos establecidos al efecto, aun cuando simultáneamente mantuviera negociaciones con la entidad adjudicadora.

17 — Sentencia de 15 de septiembre de 1998 (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartado 48.

51. En consecuencia, el Gobierno francés propone que se responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales:

El Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional que conoce de un recurso en el marco de su competencia a examinar de oficio la compatibilidad de un acto jurídico interno con el Derecho comunitario si dicho acto no fue recurrido por la persona afectada dentro de los plazos establecidos al efecto en el Derecho procesal nacional.

El artículo 6, apartado 2, del Tratado UE no impone, en la medida en que se remite a los artículos 6 y 13 del CEDH, ninguna otra obligación a este respecto.

52. En sus observaciones, la Comisión señala, en primer lugar, que los criterios de evaluación de los sistemas de protección jurídica de los Estados miembros mencionados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la prohibición de discriminación y la exigencia de que no hagan imposible en la práctica ni dificulten de manera desproporcionada el ejercicio de los derechos, únicamente pueden llegar a aplicarse si el propio Derecho comunitario no contiene, ya sea directamente, ya sea bajo la forma de disposiciones jurídicas armonizadas, las normas que deben aplicarse en el Derecho interno de los Estados miembros. En el ámbito de los contratos públicos, existe la Directiva 89/665, a cuya luz debe examinarse la presente petición de decisión prejudicial.

53. En consecuencia, la Comisión propone reformular la cuestión prejudicial en el siguiente sentido:

La Directiva 89/665, ¿debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes están obligados a proteger a los ciudadanos de la Unión cuyos derechos hayan resultado lesionados por un acto jurídico adoptado en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/36, dejando sin aplicar las cláusulas de una licitación incompatibles con el Derecho comunitario que no hayan sido impugnadas dentro de los plazos procesales nacionales con objeto de aplicar el Derecho comunitario en todas y cada una de las fases del procedimiento de adjudicación, incluida la decisión de adjudicación?

54. Teniendo en cuenta el hecho de que la Directiva 89/665 establece la obligación de los Estados miembros de velar por que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, permitiendo que las decisiones ilegales sean anuladas con independencia de si una decisión anterior fue impugnada dentro de los plazos establecidos al efecto, procede examinar, según la Comisión, si las decisiones de adjudicación y de exclusión constituyen «decisiones» en el sentido de la Directiva.

55. La lista de las decisiones ilegales impugnables mencionadas en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 únicamente tiene carácter ilustrativo y no es en modo alguno taxativa. Por lo que respecta a la decisión de adjudicación, la Comisión se remite a la sentencia Alcatel Austria y otros, [18] en la que el Tribunal declaró que la decisión de adjudicación constituye una decisión a efectos de la Directiva 89/665.

56. En relación con la decisión de exclusión, la Comisión constata que, mediante dicho acto, la entidad adjudicadora responde a la solicitud de la empresa de participar en el procedimiento de licitación. En dicha decisión, la entidad adjudicadora se remite a las condiciones generales y especiales de la licitación y se pronuncia, por tanto, sobre su interpretación. Así pues, esta medida constituye una decisión nueva y autónoma. En caso de que la licitación infrinja disposiciones de Derecho comunitario, la entidad adjudicadora está incluso obligada a aplicar directamente el Derecho comunitario y a adoptar una decisión legal.

57. Por consiguiente, la decisión de exclusión constituye una decisión a efectos de la Directiva 89/665 que debe poder ser impugnada mediante un recurso rápido y eficaz, sin que sea necesario atenerse a una licitación ilegal que, en la medida en que lo es, no podrá ser aplicada posteriormente.

58. Además, en el presente caso la entidad adjudicadora dio a entender inicialmente

18 — Sentencia de 28 de octubre de 1999 (C-81/98, Rec. p. I-7671).

que la cláusula controvertida de licitación podía considerarse como un criterio de adjudicación y no de selección, con lo que interpretó la licitación de un modo conforme con el Derecho comunitario al aplicarla directamente.

59. Los actos jurídicos preparatorios para la Directiva 89/665 confirman esta forma de ver las cosas. La Propuesta inicial de la Comisión establecía lo siguiente: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que en cada fase de la adjudicación de contratos públicos exista la posibilidad de recurrir de manera eficaz por la vía administrativa y/o judicial [...]». [19] Durante los trabajos preparatorios del Consejo, la expresión «en cada fase de la adjudicación de contratos públicos» fue suprimida sin ninguna explicación, ante lo cual la delegación italiana solicitó que la expresión «las decisiones» se sustituyera por «toda decisión». Esta petición fue retirada posteriormente con motivo de una Declaración común sobre el artículo 1, que fue recogida en acta. Esta declaración común tiene, *mutatis mutandis,* el siguiente tenor: El Consejo y la Comisión declaran que, a efectos de la presente Directiva, cualquier persona excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público como consecuencia de una supuesta infracción es una persona que tiene o ha tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se ha visto o puede verse perjudicada.

19 — DO C 230, de 28.8.1987, p. 6.

60. La Comisión propone que se responda del siguiente modo a la petición de decisión prejudicial:

La Directiva 89/665 impone a un órgano jurisdiccional competente del Estado miembro la obligación de garantizar la protección de los ciudadanos de la Unión lesionados por un acto administrativo adoptado en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/36, haciendo uso de la posibilidad de dejar sin aplicar las cláusulas de una licitación que sean contrarias al Derecho comunitario, pero que no hayan sido impugnadas dentro del plazo establecido al efecto en el Derecho procesal nacional, con objeto de aplicar de oficio el Derecho comunitario en todas las fases del procedimiento de adjudicación, incluida la decisión de adjudicación.

VI. Apreciación

61. Si se leen las cuestiones prejudiciales en el contexto de la resolución de remisión, queda claro que, en contra de lo que se deriva de la formulación de la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente no pretende realmente obtener una interpretación del artículo 22 de la Directiva 93/36. El órgano jurisdiccional remitente parece estar convencido de la ilegalidad de la cláusula controvertida de la licitación. Estima que dicha cláusula infringe tanto el artículo 22 de la Directiva 93/36 como el artículo 3, apartado 1, letra c), del Decreto-

Ley nº 358 de 24 de julio de 1992, adoptado con objeto de adaptar el Derecho interno a dicha disposición comunitaria.

62. Es cierto que el Gobierno italiano dio a entender que considera la cláusula controvertida conforme con las disposiciones pertinentes. Sin embargo, en caso de que la cláusula controvertida no debiera considerarse contraria al Derecho comunitario, la otra cuestión formulada por el órgano jurisdiccional, relativa a si y, en su caso, bajo qué condiciones puede dejarse sin aplicar dicha cláusula, carecería de objeto. En consecuencia, a efectos del resto del análisis de las cuestiones prejudiciales debe partirse de la base, como hace el órgano jurisdiccional remitente, de que la cláusula controvertida debe considerarse ilegal tanto con arreglo al Derecho comunitario como con arreglo a las normas nacionales de aplicación.

63. Ahora bien, para la resolución del procedimiento de que conoce el órgano jurisdiccional remitente se encuentra confrontado con el problema de que considera que la cláusula que dio lugar a la exclusión de la demandante del procedimiento de licitación es ilegal, pero ésta ha adquirido firmeza con arreglo al Derecho procesal nacional. [20] De las alegaciones formuladas por el Gobierno italiano cabe deducir que no sólo es inadmisible un recurso extemporáneo contra el acto administrativo, sino que también debe declararse la inadmisibilidad de todos los motivos de recurso basados en la supuesta ilegalidad del acto administrativo formulados en otros procedimientos. Esto significa que, por regla general, en el marco de un posterior procedimiento contencioso-administrativo, tampoco es posible ya proceder a un examen incidental del acto administrativo de que se trate.

64. En la vista se produjo un debate, provocado por las preguntas del ponente, que permitió sacar las siguientes conclusiones: en principio, el examen incidental de un acto administrativo supuestamente ilegal no es ajeno al Derecho italiano. En un litigio civil que tenga por objeto, por poner un ejemplo, una demanda de indemnización por daños y perjuicios basada en la ilegalidad del acto administrativo, dicho examen incidental es a todas luces posible. Tan sólo en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo, en el que debe partirse de la base de la existencia de un interés público en el mantenimiento del acto administrativo, no puede formularse su ilegalidad como motivo de recurso.

65. Ahora bien, por su parte, el órgano jurisdiccional nacional señaló, en la petición de decisión prejudicial, que —de acuerdo con la jurisprudencia del Consiglio di Stato italiano— también el juez administrativo, con objeto de garantizar derechos subjetivos, puede dejar sin aplicar una disposición reglamentaria contraria a una norma de rango superior, al igual que lo pueden hacer los órganos jurisdiccionales ordinarios. El órgano jurisdiccional remitente no alberga ninguna duda acerca de que lo mismo se aplica también por lo que respecta a los actos administrativos contrarios al Derecho comunitario.

20 — Véase el artículo 36 del Real Decreto nº 1054 de 26 de junio de 1924, con arreglo al cual los actos administrativos deben ser impugnados en el plazo de sesenta días tras tener conocimiento de ellos, o de lo contrario adquieren firmeza.

66. Así pues, el que esté permitido o no con arreglo al Derecho nacional proceder a un examen incidental de un acto administrativo que deba considerarse ilegal parece depender de la calificación que se haga de la situación jurídica del potencial demandante, es decir, de si puede invocar derechos subjetivos o «únicamente» intereses legítimos.

67. Dado que, obviamente, la situación jurídica del demandante, resultante de la infracción del artículo 22 de la Directiva 93/36 y de la consiguiente infracción de la disposición de aplicación, no constituye una vulneración de «derechos subjetivos» a efectos del Derecho italiano, el órgano jurisdiccional remitente no puede tener en cuenta, en el marco del procedimiento de impugnación contra la decisión de exclusión, la ilegalidad de que a su juicio adolece la licitación.

68. En este contexto, la primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente podría interpretarse —a diferencia de cómo la entendieron las partes que intervinieron en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia— en el sentido de que plantea si el artículo 22 de la Directiva 93/36 confiere derechos subjetivos a un licitador. En esa medida se trataría de la definición de la situación jurídica de los participantes en el procedimiento de licitación, tal como se deriva del artículo 22 de la Directiva 93/36.

69. Desde esta óptica, también resultarían pertinentes las alegaciones del Gobierno italiano sobre la naturaleza jurídica del artículo 22 de la Directiva 93/36 y, en su caso, su aplicabilidad directa, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad directa de disposiciones de directivas se funda en la premisa de la existencia de situaciones jurídicas merecedoras de protección conferidas a los particulares por la Directiva. Con arreglo a una jurisprudencia entretanto reiterada, los particulares pueden invocar frente al Estado las disposiciones de una Directiva que parezcan ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, en la medida en que establezcan dichos derechos. [21]

70. El artículo 22 figura en el Título IV de la Directiva 93/36, en el Capítulo 2, «Criterios de selección cualitativa». Dicha disposición regula qué referencias puede exigir la entidad adjudicadora para que los potenciales proveedores demuestren su capacidad financiera y económica. Para ello, la Directiva contempla tres alternativas:

«a) por medio de las declaraciones bancarias apropiadas;

b) mediante la presentación de balances o de extractos de balances del proveedor, en el caso de que la publicación de los balances esté prescrita por la legislación del país en el que el proveedor esté establecido;

21 — A este respecto, véase, como precedente, la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 25.

c) por una declaración sobre la cifra global de negocio y la cifra de negocio referente a los suministros objeto del contrato realizados por el proveedor en los últimos tres ejercicios.»

71. Del apartado 2 de dicha disposición se desprende que las distintas referencias pueden exigirse tanto alternativamente como de forma acumulativa y que la enumeración de las referencias no es taxativa. Con arreglo a la misma, la entidad adjudicadora también puede indicar en el anuncio de licitación o en la invitación a presentar ofertas qué *otras* referencias distintas de las mencionadas en el apartado 1 deben presentarse. Además, el apartado 3 reconoce a los potenciales proveedores la posibilidad de demostrar su capacidad económica y financiera mediante la presentación de otros documentos que la entidad adjudicadora estime apropiados cuando «por alguna razón fundada» no estén en condiciones de presentar las referencias exigidas por la entidad adjudicadora.

72. Así pues, resulta manifiesto que dicha disposición contiene garantías para que los potenciales proveedores puedas participar en el procedimiento de adjudicación.

73. Sin embargo, en el presente caso no se trata de una cuestión de aplicación directa de disposiciones de una Directiva, ya que no se discute que el Derecho interno se adaptó correctamente[22] a la disposición pertinente de la Directiva. Los problemas derivados en el litigio principal de la infracción de dichas disposiciones se sitúan en el plano de la protección jurídica.

74. La protección jurídica contra una cláusula de una licitación calificada de ilegal puede resultar pertinente a distintos niveles. Por un lado, puede tratarse de la impugnación directa de la licitación, que —como ya se ha indicado— en el Derecho italiano debe efectuarse en el plazo de sesenta días. Ahora bien, por otro lado, la ilegalidad puede subsistir también en ulteriores fases del procedimiento, posiblemente reforzarse o incluso ponerse de manifiesto únicamente en ellas, en cuyo caso el objeto de la impugnación no será ya la licitación como tal, sino la decisión que regule o ponga fin a la respectiva fase del procedimiento. En el litigio principal, es la decisión de exclusión la que afectó directamente al demandante y la que es objeto de su recurso de anulación.

75. En esta situación, la cuestión que se plantea es la de si y, en su caso, en qué medida la ilegalidad inicial de una cláusula de una licitación puede dar lugar a la anulación de una decisión posterior.

76. En principio, la regulación de la impugnabilidad de los actos administrativos

22 — Al menos, ni se ha planteado ni se aprecia a primera vista ninguna deficiencia en la adaptación del Derecho interno a la disposición de la Directiva.

corresponde al ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los efectos del Derecho comunitario deben respetarse los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia. A este respecto, se trata del principio de equivalencia y del principio de efectividad. Estos principios, que sólo han sido identificados como tales en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia,[23] establecen que los procedimientos de protección jurídica de los derechos que se derivan para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario no deben ser menos favorables que los referentes a recursos semejantes que afecten únicamente al Derecho interno, y que no deben hacer imposible en la práctica ni dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario.[24]

77. El Tribunal de Justicia ha repetido, en una reiterada jurisprudencia,[25] que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proporcionar, en virtud de su obligación de cooperación, la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario. «*A falta de normativa comunitaria en la materia,* corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables [...]».[26]

78. En consecuencia, procede examinar, en primer lugar, si existe una normativa comunitaria que regule los hechos pertinentes en el presente caso. La Directiva 89/665, 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, establece exigencias mínimas por lo que respecta a la protección jurídica que debe garantizarse. En el artículo 1, apartado 1, de la Directiva se establece que los Estados miembros deben tomar 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. De conformidad con el apartado 3 de dicha disposición, los Estados miembros garantizarán que los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras o que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

79. Por consiguiente, no se discute que un licitador excluido está comprendido dentro

23 — Véase la sentencia Edis, citada en la nota 17 *supra*, apartado 34.

24 — Véanse las sentencias citadas en la sentencia Peterbroeck, citada en la nota 12 *supra*, apartado 12, así como en las observaciones del Gobierno italiano, p. 9.

25 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartados 12 a 16; de 27 de febrero de 1980, Just (68/79, Rec. p. 501), apartado 25; de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595), apartado 14; de 25 de febrero de 1988, Bianco y Girard (asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 378/85, Rec. p. 1099), apartado 12; de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia (104/86, Rec. p. 1799), apartado 7; de 14 de julio de 1988, Jeunehomme y otros (asuntos acumulados 123/87 y 330/87, Rec. p. 4517), apartado 17; de 9 de junio de 1992, Comisión/España (C-96/91, Rec. p. I-3789), apartado 12; de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 43, y Peterbroeck, citada en la nota 12 *supra*, apartado 12.

26 — Véase la sentencia Peterbroeck, citada en la nota 12 *supra*, apartado 12. El subrayado es mío.

de la categoría de los sujetos de Derecho que pueden hacer uso del procedimiento de recurso. Sin embargo, con ello no se aclara cuáles son las decisiones que pueden o deben ser objeto de control. La Directiva no contiene una relación taxativa de las decisiones impugnables. En el artículo 2, apartado 1, letra b), tan sólo se indica lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas [...] prevean los poderes necesarios [...] 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».

80. Aun cuando es posible que en el procedimiento principal se trate de características económicas o financieras discriminatorias, con ello no queda aclarado, sin embargo, en qué fase del procedimiento de adjudicación deben invocarse éstas. Así pues, todo depende de si la decisión de exclusión como tal es una decisión susceptible de recurso a efectos de la Directiva y si, en su caso, en el marco de dicho procedimiento puede invocarse el carácter discriminatorio de las características económicas o financieras.

81. En el asunto Alcatel Austria y otros,[27] el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre la cuestión de si la decisión de adjudicación es una decisión a efectos de la Directiva 89/665. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente. En el marco del examen de esta cuestión, el Tribunal de Justicia se basó en las distintas fases del procedimiento de adjudicación consideradas en la Directiva 89/665. «De este modo, la Directiva 89/665 establece una distinción entre la fase anterior a la celebración del contrato, en la cual es aplicable el artículo 2, apartado 1, y la fase posterior a su celebración, respecto a la cual el Estado miembro puede establecer, según el artículo 2, apartado 6, segundo párrafo, que las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limitan a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.»[28]

82. La decisión de exclusión se sitúa necesariamente, desde un punto de vista lógico —aunque en la práctica se trate tan sólo de un punto de vista cronológico—, antes de la decisión de adjudicación. En esa medida, desde la óptica del desarrollo del procedimiento no se aprecia ninguna razón por la cual una decisión de exclusión no deba estar sujeta a un control pleno.

83. Con arreglo al objetivo de la Directiva 89/665 definido en su artículo 1, apartado 3, según el cual el procedimiento de recurso debe ser accesible, como mínimo, a

27 — Sentencia citada en la nota 18 *supra*.
28 — Véase el apartado 37 de la sentencia.

cualquier persona que tenga o haya tenido interés en un determinado contrato público, la decisión mediante la que se resuelve directamente sobre la participación en el resto del procedimiento de adjudicación o la exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato debe ser susceptible de recurso. La decisión de exclusión también es una decisión mediante la cual la entidad adjudicadora interpreta las cláusulas de la licitación y las aplica de manera autónoma a un licitador. Está claro que esta aplicación individualizada de unas condiciones preestablecidas tiene un contenido normativo autónomo que debe hacer posible la interposición de un recurso. [29]

84. Esta forma de ver las cosas se ve confirmada por la génesis de la Directiva, a la que se remitió expresamente la Comisión en el marco del presente procedimiento. [30] La Declaración común finalmente recogida en acta tiene, *mutatis mutandis*, el siguiente tenor: El Consejo y la Comisión declaran que, a efectos de la presente Directiva, cualquier persona excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público como consecuencia de una supuesta infracción es una persona que tiene o ha tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se ha visto o puede verse perjudicada.

85. Por lo que respecta tanto al sujeto de Derecho legitimado para iniciar el procedimiento de recurso como a la naturaleza de la decisión impugnable, esta Declaración favorece una regulación extensiva de la protección jurídica frente a las decisiones de las entidades adjudicadoras.

86. En consecuencia, la decisión de exclusión debe considerarse como una decisión contra la cual debe ser posible presentar un recurso. En la medida en que el procedimiento de recurso adopte en el plano interno, en uso de las facultades que el artículo 1 de la Directiva 89/665 confiere a los Estados miembros, la forma de un recurso de anulación ante los tribunales administrativos, un recurso de este tipo contra la decisión de exclusión debe ser admisible. El hecho de no haber impugnado decisiones anteriores tomadas en el marco del mismo procedimiento, por sí solo, no puede impedir la admisibilidad de un recurso de anulación contra una decisión de exclusión.

87. No obstante, cabe preguntarse qué efectos produce la firmeza de un acto administrativo adoptado en una fase anterior del procedimiento de adjudicación por lo que respecta al fundamento del recurso contra una decisión de exclusión. En efecto, la firmeza de la licitación produce los mismos efectos materiales que un plazo de caducidad, ya que —como ya se ha indicado antes— [31] debe declararse la inadmisibilidad de los motivos de recurso basados en su ilegalidad.

29 — En favor de que se dispense una amplia protección jurídica frente a todas las decisiones tomadas en el marco de un procedimiento de adjudicación, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano de 28 de junio de 2001, Hi (C-92/00, sentencia de 18 de junio de 2002, Rec. pp. I-5553 y ss., especialmente p. I-5556), puntos 21 y ss.; implícitamente a favor de la posibilidad de recurrir las decisiones tomadas en el marco de un procedimiento de adjudicación que siguen a una decisión anterior, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo de 10 de junio de 1999 en el asunto en el que recayó la sentencia Alcatel Austria y otros, citada en la nota 18 *supra*, punto 46.

30 — Véase el punto 59 *supra*.

31 — Véase el punto 63 *supra*.

88. El Tribunal de Justicia ya ha tenido varias ocasiones de pronunciarse sobre la legalidad de cláusulas nacionales de caducidad por lo que respecta a la invocación del Derecho comunitario. [32] A este respecto, el Tribunal de Justicia ha examinado en cada caso con sumo detalle los requisitos y las circunstancias de la caducidad del derecho a invocar las disposiciones de Derecho comunitario respectivamente pertinentes, con objeto de juzgar, con conocimiento de causa, la legalidad o ilegalidad las disposiciones en materia de caducidad. En consecuencia, no es posible dar una respuesta global a la cuestión de la legalidad de una cláusula de caducidad.

89. En la ya varias veces citada sentencia Peterbroeck, [33] referida a un litigio entre esta sociedad y el Estado belga, se trataba del tipo impositivo aplicable a los no residentes. El motivo relativo a la infracción del Derecho comunitario fue invocado, por vez primera en el procedimiento principal, como nuevo motivo ante la cour d'appel. Con arreglo a las disposiciones nacionales pertinentes, una vez transcurrido un plazo de sesenta días a partir de la presentación por el Director de Impuestos Directos de la copia testimoniada de la decisión impugnada los justiciables ya no podían invocar ante la cour d'appel un nuevo motivo basado en el Derecho comunitario. [34]

90. En opinión del Tribunal de Justicia, el hecho de imponer al justiciable un plazo de sesenta días no es criticable en sí mismo. [35] No obstante, el Tribunal de Justicia señaló que, para aplicar los principios de equivalencia y de efectividad, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. [36]

91. Tras examinar las particularidades del procedimiento de que se trataba, en aquel caso el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el Derecho comunitario se oponía a la aplicación de una norma procesal nacional que prohibía al juez nacional, que conocía del asunto en el marco de su competencia, apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de Derecho interno con una disposición comunitaria cuando esta última no hubiera sido invocada por el justiciable dentro de un plazo determinado. [37]

92. En los asuntos acumulados Van Schijndel y Van Veen [38] se trataba de la aplica-

32 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Peterbroeck, citada en la nota 12 *supra*; Van Schijndel y Van Veen, citada en la nota 10 *supra*; Edis, citada en la nota 17 *supra*, y Eco Swiss, citada en la nota 11 *supra*.

33 — Citada en la nota 12 *supra*.

34 — Véase el apartado 15 de la sentencia.

35 — Véase el apartado 16 de la sentencia.

36 — Véase el apartado 14 de la sentencia.

37 — Véase el apartado 21 y el fallo de la sentencia.

38 — Véase la sentencia citada en la nota 10 *supra*.

bilidad de las normas comunitarias sobre competencia establecidas en el Tratado en un litigio relativo a la afiliación obligatoria a un régimen profesional de pensiones. En aquel caso, el motivo relativo a la infracción del Derecho comunitario había sido invocado por vez primera en el marco del recurso de casación interpuesto ante el Hoge Raad der Nederlanden. La naturaleza del recurso de casación implica que sólo sean admisibles nuevas alegaciones de carácter puramente jurídico. En apoyo de su motivo, los demandantes invocaron hechos y circunstancias que no habían sido invocados ante los órganos jurisdiccionales de rango inferior.[39] Para el órgano jurisdiccional remitente se planteaba la cuestión de si, pese a ello, debía aplicar de oficio el Derecho comunitario.

93. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente: «Debido a que, con arreglo al Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de naturaleza imperativa, que no han sido invocados por las partes, esta obligación se impone igualmente cuando se trata de normas comunitarias imperativas [...]. Lo mismo sucede si el Derecho nacional faculta al Juez para aplicar de oficio la norma jurídica imperativa. [...]».[40] En el marco del examen de los principios de equivalencia y de efectividad, el Tribunal de Justicia señaló que cada caso «debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus particularidades, ante las distintas instancias nacionales».[41]

94. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el órgano jurisdiccional remitente debía aplicar de oficio las disposiciones imperativas de Derecho comunitario del mismo modo que las disposiciones imperativas nacionales. Sin embargo, esto se aplica únicamente en la medida en que los órganos jurisdiccionales no deban «renunciar a la pasividad que les incumbe» y salirse «de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes».[42]

95. En la sentencia Edis[43] se trataba de la devolución de cantidades indebidamente pagadas en concepto de una tasa de concesión contraria al Derecho comunitario. La ilegalidad de dicha tasa sólo se puso de manifiesto mediante una sentencia del Tribunal de Justicia.[44] Las autoridades opusieron a la reclamación de devolución de intereses un plazo de caducidad de tres años aplicable en el ámbito del Derecho tributario. El Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario no prohíbe que un Estado miembro invoque, frente a acciones de devolución de tributos percibidos en contra del Derecho comunitario, un plazo nacional de caducidad de tres años, siempre que dicho plazo se aplique del mismo modo a todas las demandas de devolución de impuestos, con independencia de si están fundadas en el Derecho comunitario o en el Derecho interno.

96. En el asunto Eco Swiss[45] se trataba, en particular, sobre la cuestión de si un órgano

39 — Véase el apartado 11 de la sentencia.

40 — Véanse los apartados 13 y 14 de la sentencia.

41 — Véase el apartado 19 de la sentencia.

42 — Véase el fallo de la sentencia.

43 — Citada en la nota 17 *supra*.

44 — Sentencia de 20 de abril de 1993, Ponente Carni y Cispadana Costruzioni (asuntos acumulados C-71/91 y C-178/91, Rec. p. I-1915); véase el apartado 5 de la sentencia Edis, citada en la nota 17 *supra*.

45 — Véase la sentencia Eco Swiss, citada en la nota 11 *supra*.

jurisdiccional nacional debía no aplicar una disposición procesal nacional, con arreglo a la cual un laudo arbitral adquiría, bajo determinadas condiciones, fuerza de cosa juzgada para poder aplicar el Derecho comunitario pertinente a los hechos de que conocía.[46] El Tribunal de Justicia respondió negativamente a dicha cuestión. Estimó que el plazo establecido en el ordenamiento jurídico nacional para la interposición de un recurso de anulación no hacía excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.[47]

97. Para poder extraer de la jurisprudencia que acabo de exponer las consecuencias pertinentes para el caso de autos, deberá considerarse que los plazos de caducidad en sí mismos son inobjetables. Tal como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia Peterbroeck, un plazo de caducidad de sesenta días no es criticable en sí mismo. Tampoco la aplicación de plazos de caducidad en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos puede objetarse como tal desde el punto de vista del Derecho comunitario. En este sentido también me pronuncié en mis conclusiones de 8 de noviembre de 2001 en el asunto C-470/99.[48]

98. No obstante, de las sentencias referidas[49] se desprende que, al examinar la compatibilidad de las cláusulas de caducidad con el Derecho comunitario, deben respetarse los principios de equivalencia y de efectividad y tener en cuenta las circunstancias concretas del respectivo contexto fáctico y normativo.[50]

99. Por lo que respecta a los principios de equivalencia y de efectividad, ya se ha señalado antes[51] que intervienen sobre todo en la medida en que no exista ninguna norma comunitaria en la materia. En relación con la cuestión de la posibilidad de impugnar una decisión de exclusión, debía recurrirse a la Directiva 89/665 en materia de recursos. Ahora bien, en el presente asunto se trata, sin embargo, de la cuestión de la legalidad de las disposiciones que establecen plazos de caducidad en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. La Directiva 89/665 no contiene ninguna disposición expresa sobre este particular.[52] En esa medida, la apreciación de la legalidad de las disposiciones que establecen plazos de caducidad debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad.

100. Por lo que respecta al principio de equivalencia, procede considerar, a falta de indicaciones en sentido contrario, que el plazo de caducidad se aplica por igual a la invocación de situaciones jurídicas derivadas del Derecho nacional y del Derecho comunitario.

46 — Véase el apartado 43 de la sentencia.

47 — Véase el apartado 45 de la sentencia.

48 — Conclusiones en el asunto Universale-Bau AG (sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rec. pp. I-11617 y ss., especialmente p. I-11620), punto 68.

49 — Véanse los puntos 89 a 96 *supra*.

50 — Véanse las sentencias Peterbroeck, citada en la nota 12 *supra*, apartados 12 y 14, Van Schijndel y Van Veen, citada en la nota 10 *supra*, apartados 17 y 19, y Edis, citada en la nota 17 *supra*, apartado 19.

51 — Véanse los puntos 77 y 78 *supra*.

52 — A este respecto, véanse las observaciones que hice en mis conclusiones en el asunto Universale-Bau AG, citadas en la nota 48 *supra*, punto 69.

101. Desde un punto de vista material, el principio de efectividad exige [53] que el procedimiento nacional no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. En caso de que se ponga de manifiesto el carácter contrario al Derecho comunitario de un acto administrativo anterior adoptado en el marco de una licitación, procede considerar que el plazo de impugnación de sesenta días no se opone a la aplicación efectiva del Derecho comunitario. En favor de esta forma de ver las cosas están los aspectos de seguridad jurídica y de buen desarrollo del procedimiento. Ambos imponen la protección de la confianza de los competidores en el desarrollo conforme a Derecho de las fases del procedimiento ya transcurridas.

102. La Directiva 89/665, que impone la adopción de medidas «eficaces» y «rápidas» que permitan recurrir las decisiones de los poderes adjudicadores, [54] tampoco ofrece *a priori* ningún indicio que permita criticar el establecimiento de un plazo de impugnación de sesenta días. Por otro lado, ya al considerar la impugnabilidad de una decisión de exclusión se señaló que una decisión ulterior tomada en el curso de un procedimiento de adjudicación de un contrato público puede constituir la concreción de una decisión anterior con un contenido normativo autónomo.

103. Por ello, una consideración meramente abstracta del plazo de caducidad no responde a la problemática del presente caso. Por el contrario, deben tenerse en cuenta asimismo las circunstancias concretas y el desarrollo del procedimiento que precedieron al recurso de anulación de la decisión de exclusión. Ciertamente, la cláusula que dio lugar al litigio fue publicada en el anuncio de licitación. Con ello, fue dada a conocer a las personas interesadas en el contrato. La demandante ya expresó en aquella fase sus objeciones sobre la legalidad de dicha cláusula, comunicándoselas asimismo a la entidad adjudicadora.

104. La entidad adjudicadora reaccionó a las objeciones expresadas por la demandante aplazando la apertura de las plicas y solicitando a las empresas afectadas por esta cuestión que le remitieran documentación complementaria, «*por considerar que la cláusula en cuestión podría interpretarse en el sentido de que se refiere al volumen de negocios total de las empresas participantes y que, por tanto, el suministro de productos idénticos a los licitados [...] podría considerarse no como un requisito de admisión a la licitación, sino únicamente como un criterio de valoración de la calidad*». [55]

105. Con ello, la entidad adjudicadora dio a entender que tendría en cuenta las objeciones de la demandante y permitió suponer que aplicaría la cláusula contro-

53 — Véase la reiterada jurisprudencia a este respecto citada en la nota 25 *supra*.

54 — Véase el artículo 1, apartado 1, de la Directiva.

55 — Así se indica literalmente en la resolución de remisión, en referencia al acta nº 1 de la Comisión adjudicadora de 12 de diciembre de 1996.

vertida de manera conforme con el Derecho comunitario. Sólo mediante la decisión de exclusión se pronunció de manera definitiva sobre la interpretación que haría de las cláusulas de la licitación. A este respecto, la entidad adjudicadora hizo una interpretación de dichas cláusulas que permitía considerarlas —al menos según el criterio del órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio— contrarias al Derecho (comunitario).

106. Reviste una gran importancia la circunstancia de que, si se hubiera dado otra interpretación a las cláusulas de la licitación, se hubiera podido evitar la ilegalidad de las mismas y de que la entidad adjudicadora diera inicialmente la impresión de que procedería de este modo. La demandante sólo tuvo definitivamente clara la interpretación, a su juicio ilegal, que iba a hacerse de las cláusulas de la licitación tras tomarse la decisión de exclusión. Sólo mediante dicha decisión se concretó una ilegalidad que, ciertamente, ya se encontraba latente en las referidas cláusulas.

107. En consecuencia, cabe sostener asimismo que sólo mediante la decisión de exclusión la demandante tuvo definitivamente conocimiento de la ilegalidad de las cláusulas de la licitación. Esta conclusión, a su vez, podría tener consecuencias por lo que respecta a la fecha de inicio del plazo de sesenta días. En última instancia, si dicho plazo debe empezar a correr en todos los casos en el momento de publicarse la licitación o, en las circunstancias del caso, eventualmente sólo a partir de que se tenga conocimiento de la ilegalidad de un determinada cláusula, es una cuestión que debe responderse en el marco del Derecho procesal nacional.

108. En todo caso, en esta situación deberá admitirse que se le hizo excesivamente difícil a la demandante el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario. En consecuencia, no sería equitativo que ya no pudiera invocar en un procedimiento jurisdiccional contra la decisión de exclusión la infracción del Derecho comunitario que, si bien ya estaba contenida en las cláusulas de la licitación, sólo resultó lesiva para sus derechos bajo la forma de la decisión de exclusión.

109. Ahora bien, el Gobierno francés señaló que la demandante hubiera podido interponer con carácter cautelar un recurso contra las cláusulas de la licitación aun en el caso de que estuviera negociando con la entidad adjudicadora en relación con la cláusula que, en su opinión, era ilegal. Esto podría ser cierto en caso de que la entidad adjudicadora no hubiera reaccionado a las objeciones expresadas por la demandante. Sin embargo, por el modo en que respondió inicialmente a tales indicaciones, la demandante podía confiar en que se atendería su petición y en que, en su caso, sería estimada. A este respecto, tampoco puede ignorarse que la demandante se encontraba en una situación en la que tenía expectativas de adjudicarse el contrato, y en dicha

situación tal vez no fuera oportuno lastrar sus futuras relaciones con la entidad adjudicadora interponiendo un recurso. [56]

110. Además, tampoco parece que interponer recursos con carácter meramente cautelar responda al espíritu de la Directiva 89/665. En efecto, en el artículo 1, apartado 3, segunda frase, de la Directiva se dispone lo siguiente: «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.» Esta posibilidad otorgada a los Estados miembros indica también que, antes de la interposición del recurso, debe intentarse en todo caso un acuerdo amistoso entre las partes. En todo caso, no interesa a los participantes en la licitación confrontar de manera inopinada a la entidad adjudicadora con un recurso.

111. Por lo que respecta a las consecuencias que se derivan de esta situación, se plantea la cuestión de si el plazo de sesenta días para la impugnación de la licitación no quedó ya suspendido. También cabe pensar en una interrupción del plazo de impugnación como consecuencia del comportamiento de la entidad adjudicadora, ya que inicialmente pareció acoger favorablemente las objeciones de la demandante y solicitó no sólo a ésta, sino a todos los demás licitadores afectados, una información más amplia que la inicialmente exigida. Dado que, en esta situación concreta, se le dificultó excesivamente a la demandante invocar los derechos que le confiere el Derecho comunitario, el hecho de insistir de manera abstracta en la observancia del plazo de sesenta días es en todo caso inapropiado.

112. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente agotar todas las posibilidades que ofrezca el ordenamiento jurídico nacional para asegurar la aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario al caso concreto de que se trata. En el caso de que no se aprecien medidas menos restrictivas, el órgano jurisdiccional nacional puede verse obligado —tal como ya señaló él mismo— a recurrir a la institución jurídica de la inaplicación con arreglo al artículo 5 de la Ley nacional nº 2248 de 20 de marzo de 1865. Las demás consecuencias jurídicas que se derivarían de una eventual anulación de la decisión de exclusión corresponden al ordenamiento jurídico nacional.

113. Habida cuenta de la forma de proceder que se ha propuesto, ya no es necesario analizar la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, pues los intereses en materia de protección jurídica del licitador excluido se tienen en cuenta con objeto de asegurar la correcta aplicación del Derecho comunitario, agotando todas las posibilidades al efecto que ofrece el ordenamiento jurídico nacional.

56 — Véanse, en relación con una situación comparable, las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo de 10 de junio de 1999 en el asunto en el que recayó la sentencia Alcatel Austria y otros, citadas en la nota 29 *supra*, punto 38.

VII. Conclusión

Como conclusión de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la petición de decisión prejudicial:

«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, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales competentes están obligados a admitir un recurso eficaz y rápido contra cualquier decisión del órgano de contratación, incluida la decisión de exclusión de una empresa, con independencia de si se impugnó o no una decisión anterior, siempre y cuando, con su comportamiento, la entidad adjudicadora haya hecho imposible o excesivamente difícil a un ciudadano de la Unión, cuyos derechos hayan resultado lesionados por medidas contrarias al Derecho comunitario, invocar ante los órganos jurisdiccionales los derechos que le confiere el Derecho comunitario. Corresponde al juez nacional decidir, en el marco de dicho procedimiento, si para ello es necesario recurrir a la institución jurídica de la inaplicación con arreglo al artículo 5 de la Ley nacional nº 2248 de 20 de marzo de 1865.»