Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 28 de abril de 2016[1]

Asuntos acumulados C-439/14 y C-488/14

SC Star Storage SA
contra
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
[Petición de decisión prejudicial planteada por el Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía)]
y
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SA,Astaldi Spa,
SC Construcții Napoca SA
contra
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía)]

«Contratos públicos — Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE — Normativa nacional que exige una "garantía de buena conducta" para poder acceder a los procedimientos de recurso — Autonomía procesal de los Estados miembros — Principios de equivalencia y efectividad — Artículos 47 y 52 de la Carta — Derecho a la tutela judicial efectiva — Limitación — Proporcionalidad»

1. En los presentes asuntos, el Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) y el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía) preguntan esencialmente al Tribunal de Justicia si el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro exija a un demandante la constitución de una «garantía de buena conducta» para poder acceder a los procedimientos de recurso contra las decisiones en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores. Con arreglo a la normativa nacional controvertida en los litigios principales, los poderes adjudicadores retendrán la garantía de buena conducta en caso de que el órgano competente para revisar sus resoluciones desestime el recurso o cuando el demandante desista del mismo.

2. En consecuencia, ambas peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la contratación pública, derecho que no sólo está reconocido por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), sino que también halla su expresión concreta en las Directivas de la Unión que regulan los

1 — Lengua original: inglés.

procedimientos de adjudicación de contratos públicos. ¿Hasta qué punto pueden los Estados miembros establecer requisitos financieros para impugnar las decisiones de los poderes adjudicadores a fin de reducir el riesgo de interposición de recursos temerarios, es decir, recursos que serán desestimados casi con total seguridad y cuya única finalidad es obstaculizar el procedimiento de adjudicación de contratos públicos?

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. El párrafo primero del artículo 47 de la Carta dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. Con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de un derecho reconocido por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial del derecho en cuestión. Sólo se podrá introducir dicha limitación, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

4. De conformidad con el tercer considerando de la Directiva 89/665/CEE del Consejo,[2] la apertura de los contratos públicos a la competencia de la Unión necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación. En consecuencia, resulta importante que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho.

5. El artículo 1 de la Directiva 89/665, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», tiene el siguiente tenor:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE [...], [3] 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 [de la Unión] en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

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

2 — Directiva de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31).

3 — Directiva 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 2004, L 134, p. 114).

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.

[…]»

6. El quinto considerando de la Directiva 92/13/CEE del Consejo [4] dispone que la apertura a la competencia de la Unión de los contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales implica que los suministradores y los contratistas dispongan de procedimientos de recurso adecuados en caso de violación del Derecho de la Unión en la materia o de las normas nacionales que transpongan esta normativa.

7. Los tres primeros apartados del artículo 1 de la Directiva 92/13, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», corresponden, en esencia, con los tres primeros apartados del artículo 1 de la Directiva 89/665. [5]

Derecho rumano

8. De conformidad con el artículo 43 *bis* del Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (Decreto-ley con carácter de urgencia n.º 34/2006, relativo a la adjudicación de contratos públicos, de suministro, de obras y de servicios; en lo sucesivo, «OUG n.º 34/2006»), todo licitador deberá constituir una garantía (en lo sucesivo, «garantía de licitación») para participar en el procedimiento en todos aquellos casos en los que la OUG n.º 34/2006 obligue al poder adjudicador a publicar un anuncio de licitación o una convocatoria de propuestas. La garantía de licitación, que puede representar hasta un 2 % del valor estimado del contrato público, tiene por objeto proteger al poder adjudicador frente al riesgo de comportamiento inapropiado del licitador durante todo el período que transcurra hasta la celebración del contrato.

9. El artículo 256, apartado 1, del OUG n.º 34/2006 establece que la parte que se considere lesionada está legitimada para iniciar un procedimiento de impugnación ante el Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Consejo nacional de resolución de controversias; en lo sucesivo, «CNSC»). Con arreglo al artículo 281, apartado 1, las decisiones del CNSC podrán ser recurridas ante una autoridad judicial.

10. El artículo 278, apartado 1, del OUG n.º 34/2006 dispone que el CNSC o el órgano jurisdiccional competente examinarán en primer lugar las excepciones procesales y de fondo. Si las consideran fundadas, no entrarán a conocer del fondo del asunto.

11. El artículo 278 *bis*, del OUG n.º 34/2006 preveía que el poder adjudicador retuviera una parte de la garantía de licitación en caso de que el CNSC o el órgano jurisdiccional competente desestimaran la impugnación del licitador o en caso de desistimiento del mismo.

12. El Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (Decreto-ley con carácter de urgencia n.º 51/2014; en lo sucesivo, «OUG n.º 51/2014») derogó el artículo 278 *bis* del OUG n.º 34/2006 e introdujo las siguientes disposiciones en dicha normativa: [6]

4 — Directiva de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1992, L 76, p. 14).

5 — Con la salvedad de que el artículo 1 de la Directiva 92/13 remite a la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1) y no a la Directiva 2004/18.

6 — En lo sucesivo, me referiré a dichas disposiciones como «régimen inicial».

«Artículo 271 bis

1. Al objeto de proteger al poder adjudicador frente al riesgo de un posible comportamiento inapropiado, el demandante deberá constituir una garantía de buena conducta para todo el periodo comprendido entre la fecha de presentación de la impugnación/demanda/recurso y la fecha en que adquiera firmeza la decisión del [CNSC] o la sentencia del órgano jurisdiccional por la que éstos se resuelven.

2. El [recurso] será [rechazado] si quien lo presenta no acredita la constitución de la garantía prevista en el apartado 1.

3. La garantía de buena conducta deberá constituirse mediante transferencia bancaria o a través de cualquier instrumento de garantía librado por una entidad bancaria o por una compañía de seguros en las condiciones legalmente establecidas. El documento de constitución original deberá depositarse en la sede del poder adjudicador y presentarse una copia de dicho documento ante el [CNSC] o ante el órgano jurisdiccional, en el momento de presentar el [recurso].

4. El importe total de la garantía de buena conducta se determinará en proporción al valor estimado del contrato por adjudicar, como sigue:

a) 1 % del valor estimado, si éste es inferior a los umbrales previstos por el artículo 55, apartado 2, letras a) y b); [7]

b) 1 % del valor estimado, si éste es inferior a los umbrales previstos por el artículo 55, apartado 2, letra c), [8] pero no superior a su equivalente en RON a 10 000 euros con arreglo al tipo de cambio [...] aplicable en la fecha de constitución de la garantía;

c) 1 % del valor estimado, si éste es igual o superior a los umbrales previstos por el artículo 55, apartado 2, letras a) y b), pero no superior a su equivalente en RON a 25 000 euros con arreglo al tipo de cambio [...] aplicable en la fecha de constitución de la garantía;

d) 1 % del valor estimado, si éste es igual o superior a los umbrales previstos por el artículo 55, apartado 2, letra c), pero no superior a su equivalente en RON a 100 000 euros con arreglo al tipo de cambio [...] aplicable en la fecha de constitución de la garantía.

5. La garantía de buena conducta deberá ser válida al menos durante 90 días, ser irrevocable y prever el pago incondicional a primer requerimiento del poder adjudicador cuando el [recurso] haya sido rechazado.

6. El poder adjudicador retendrá la garantía de buena conducta si en el último día de validez de ésta no ha adquirido firmeza la decisión del [CNSC] o la sentencia del órgano jurisdiccional y el demandante no ha prorrogado su validez en las condiciones establecidas en los apartados 1 a 5. El artículo 271 *ter*, apartados 3 a 5, se aplicará *mutatis mutandis*.

[...]

7 — El artículo 55, apartado 2, letras a) y b), del OUG n.º 34/2006 se refiere a los contratos públicos de suministro y de servicios.

8 — El artículo 55, apartado 2, letra c), del OUG n.º 34/2006 se refiere a los contratos de concesión de obras públicas.

Artículo 271 ter

1. En caso de que el [CNSC] o el órgano jurisdiccional —cuando el demandante haya iniciado directamente un procedimiento ante él— desestimen el recurso, el poder adjudicador deberá retener la garantía de buena conducta desde el momento en que adquiera firmeza la decisión del [CNSC] o la sentencia del órgano jurisdiccional. El requisito de retención se aplicará a las partes del contrato que hayan sido desestimadas.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 también se aplicará en caso de que el demandante desista del [recurso].

3. La medida prevista en el apartado 1 no se aplicará cuando el [CNSC] o el órgano jurisdiccional desestime el recurso por haber perdido ésta su objeto o en caso de desistimiento del [recurso] como consecuencia de la adopción, por parte del poder adjudicador, de las medidas de corrección necesarias, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 256 *quater*, apartado 1.

4. Si el [CNSC] estima el recurso o el órgano jurisdiccional competente estima una demanda interpuesta contra una decisión del [CNSC] por la que se desestima un recurso, el poder adjudicador deberá restituir al demandante la garantía de buena conducta en un máximo de cinco días desde que haya adquirido firmeza la decisión/sentencia.

5. Lo dispuesto en el apartado 4 se aplicará *mutatis mutandis* cuando el demandante presente directamente su demanda ante el órgano jurisdiccional y ésta sea estimada.

6. Los importes que el poder adjudicador cobre por la ejecución de la garantía de buena conducta constituyen un ingreso para él.»

13. En respuesta a una solicitud de aclaraciones presentada por el Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales remitentes confirmaron que el Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional de Rumanía) declaró inconstitucional el artículo 271 *ter*, apartados 1 y 2 del OUG n.º 34/2006 mediante sentencia dictada el 15 de enero de 2015. El Tribunal Constitucional llegó a esta conclusión debido esencialmente a que dichas disposiciones exigían al poder adjudicador que retuviese la garantía de buena conducta en caso de que el recurso fuese rechazado o de que se desistiera de él, sin ofrecer al CNSC o al órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre el recurso ninguna flexibilidad a fin de tomar en consideración la conducta del demandante. Únicamente la conducta inadecuada justifica la pérdida de la garantía de buena conducta. El 4 de noviembre de 2015, el Tribunal Constitucional, basándose esencialmente en motivos análogos, declaró inconstitucional el artículo 271 *bis*, apartado 5, del OUG n.º 34/2006, en la medida en que dicha disposición exigía que la garantía de buena conducta previera el pago incondicional a primer requerimiento del poder adjudicador cuando el recurso se hubiera desestimado.

14. En la vista, el Gobierno rumano expuso que los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del OUG n.º 34/2006 siguen estando vigentes puesto que no han sido declarados inconstitucionales. Confirmó que el resto de las disposiciones [9] continúan exigiendo al demandante la constitución de una garantía de buena conducta, pero que ya no existe un fundamento jurídico para que el poder adjudicador pueda retenerla. En consecuencia, el poder adjudicador debe ahora devolver la garantía de buena conducta al demandante al final del procedimiento, independientemente del resultado de la impugnación y, *a fortiori*, de la naturaleza temeraria o no del recurso.

9 — El «resto de disposiciones» (entiendo que) son, en esencia, el artículo 271 *bis* salvo el requisito de pago incondicional previsto en su apartado 5, y el artículo 271 *ter*, apartados 3 a 5, del OUG n.º 34/2006. En las presentes conclusiones me referiré a estas disposiciones como «régimen transitorio», y las distinguiré del «régimen inicial» y del nuevo régimen que, como señaló el Gobierno rumano en la vista, el legislador rumano tiene intención de adoptar en algún momento futuro.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

Asunto C-439/14

15. El Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Instituto nacional de investigación y desarrollo en la informática; en lo sucesivo «INCDI») convoco un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato público de suministro y de servicios para el desarrollo y puesta en funcionamiento de una plataforma de computación en la nube. El valor estimado del contrato, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), era de 61 287 713,71 RON (aproximadamente 13 700 000 euros). El INCDI elaboró los correspondientes documentos de la licitación y publicó, el 1 de abril de 2014, un anuncio de licitación en el Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Sistema electrónico de contratos públicos). El criterio de adjudicación establecido era «el precio más bajo».

16. Varios operadores económicos solicitaron al INCDI aclaraciones acerca de las normas establecidas en los documentos de la licitación. Como respuesta, el INCDI publicó varias notas explicativas en el Sistema electrónico de contratos públicos.

17. El 30 de junio de 2014, SC Star Storage SA (en lo sucesivo, «Star Storage») impugnó tres de las citadas notas explicativas ante el CNSC. El 18 de julio de 2014, el CNSC declaró dicha impugnación inadmisible, puesto que Star Storage no había constituido una garantía de buena conducta.[10] Star Storage recurrió tal decisión ante el Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest), que suspendió el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«Si el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, y apartado 3, de la Directiva 89/665[...], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa que supedita el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores al requisito de haber depositado previamente una "garantía de buena conducta" como la establecida por los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del [OUG n.º 34/2006]».

Asunto C-488/14

18. El 21 de enero de 2014, RA Aeroportul Oradea (Aeropuerto de Oradea) publicó un anuncio de licitación en el Sistema electrónico de contratos públicos para la adjudicación de un contrato público de ampliación y modernización de dicho aeropuerto. El valor estimado del contrato, excluido el IVA, era de 101 232 054 RON (aproximadamente 22 800 000 euros). El criterio de adjudicación establecido era el de la «oferta económica más ventajosa».

19. Presentaron ofertas cuatro operadores económicos. Con arreglo al informe de evaluación de la licitación de 28 de marzo de 2014, la oferta presentada por el consorcio de SC Max Boegl România SRL (en lo sucesivo, «Max Boegl»), SC UTI Grup SA y Astaldi SpA fue declarada inadmisible. De ese mismo informe se desprende que la oferta presentada por el consorcio de SC Construcții Napoca SA (en lo sucesivo, «Construcții Napoca»), SC Aici Cluj SA y CS Icco Energ SRL quedó clasificada en segundo lugar.

20. El 10 de julio de 2014, el CNSC desestimó por infundados los recursos que estos dos consorcios presentaron contra el informe de evaluación de la licitación.

10 — El importe de la garantía exigida era el equivalente en RON a 25 000 euros.

21. El consorcio del que formaba parte Max Boegl y Construcții Napoca recurrieron dichas decisiones ante el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea). En la vista celebrada el 10 de septiembre de 2014, el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea) interpeló a los demandantes sobre el requisito de presentar una garantía de buena conducta tras la entrada en vigor, el 30 de junio de 2014, de los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del OUG n.º 34/2006. [11] El Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea) suspendió el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«Si el artículo 1, apartados 1, 2 y 3, tanto de la Directiva 89/665[...], como de la Directiva 92/13[...], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa que supedita el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores al requisito de haber depositado previamente una "garantía de buena conducta" como la establecida por los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del [OUG n.º 34/2006].»

22. El 13 de noviembre de 2014, el Presidente del Tribunal de Justicia acumuló los dos asuntos a efectos de las fases oral y escrita y la sentencia. Han presentado observaciones escritas Star Storage, los Gobiernos helénico y rumano y la Comisión Europea. Max Boegl, el Gobierno rumano y la Comisión Europea formularon alegaciones orales en la vista de 14 de enero de 2016.

Análisis

Observaciones preliminares

23. El valor del contrato público controvertido en el asunto C-439/14 es superior al umbral correspondiente previsto en el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18 para contratos públicos de suministros y de servicios. Por tanto, la Directiva 89/665 se aplica a dicho procedimiento. [12] Asimismo, el valor del contrato público controvertido en el asunto C-488/14 alcanza el umbral para los contratos públicos de obras previstos tanto en el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, como en el artículo 16, letra b), de la Directiva 2004/17.

24. Sin embargo, el Gobierno rumano y la Comisión discrepan sobre el marco jurídico aplicable en el litigio principal en el asunto C-488/14. El Gobierno rumano alega que éste se rige únicamente por la Directiva 2004/18 y, por extensión, por la Directiva 89/665. La Comisión sostiene que, dado que el procedimiento para la adjudicación del contrato en cuestión tenía por objeto la ampliación y la modernización de instalaciones aeroportuarias, éste entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 [13] y se rige, en consecuencia, por la Directiva 92/13. [14]

25. Desde mi punto de vista, el Tribunal de Justicia no dispone de la suficiente información respecto de dicho contrato para determinar si, en el procedimiento para su adjudicación, se aplica la Directiva 89/665 o la Directiva 92/13. No obstante, esto no origina ninguna dificultad. Por un lado, de los hechos objeto del litigio principal en el asunto C-488/14 se desprende claramente que la cuestión que el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea) plantea al Tribunal de Justicia no es hipotética en la medida en que se refiere a la Directiva 92/13. Por otro lado, los tres primeros apartados del artículo 1 de dicha Directiva corresponden esencialmente a los tres primeros apartados del artículo 1 de la Directiva 89/665. En consecuencia, las dos cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes son, en esencia, análogas, y deben abordarse conjuntamente.

11 — De la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que el importe de cada garantía de buena conducta exigida en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional era el equivalente en RON a 100 000 euros.

12 — Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.

13 — Artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/17.

14 — Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 92/13.

26. A continuación, no está clara la incidencia en los litigios principales de las sentencias dictadas por el Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) el 15 de enero y el 4 de noviembre de 2015. En la vista, el Gobierno rumano señaló que los órganos jurisdiccionales remitentes deben aplicar ahora el régimen transitorio. Por otro lado, la Comisión trató de establecer una distinción entre los dos asuntos. En el asunto C-488/14, el órgano jurisdiccional remitente se enfrentó por primera vez al requisito relativo a la garantía de buena conducta. En consecuencia, dicho tribunal debe aplicar el régimen *transitorio*. En cambio, en el asunto C-439/14, ese requisito se abordó inicialmente en el procedimiento ante el CNSC, es decir, antes de que se dictaran las sentencias del Tribunal Constitucional. Por tanto, la Comisión sostiene que el órgano jurisdiccional remitente en dicho asunto deberá aplicar el régimen *inicial* cuando reciba la respuesta del Tribunal de Justicia.

27. Según reiterada jurisprudencia, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la aplicabilidad de disposiciones nacionales para la resolución de tal litigio. En su lugar, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de la Unión y nacionales, incumbe al Tribunal de Justicia tener en cuenta el contexto normativo en el que se inserta la cuestión prejudicial, tal como lo define la resolución de remisión. [15] No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al Derecho de la Unión con objeto de permitir a dicho órgano jurisdiccional apreciar la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión en el asunto que le haya sido sometido. [16] Dado que no queda claro si debe aplicarse el régimen inicial o el régimen transitorio en el litigio principal en el asunto C-439/14, examinaré ambos regímenes en las presentes conclusiones.

28. Por último, la información de que dispone el Tribunal de Justicia revela que, con arreglo al OUG n.º 34/2006, se podrá interponer un recurso ya sea ante el CNSC (cuyas decisiones podrán ser recurridas posteriormente ante un tribunal de apelación) o directamente ante un órgano jurisdiccional. Dado que se exige, en ambos casos, una garantía de buena conducta, esto no afectará a la argumentación expuesta a continuación. [17]

Metodología de análisis

29. Los considerandos primero y segundo de la Directiva 89/665 y los considerandos primero, segundo y tercero de la Directiva 92/13 ponen de manifiesto que dichas Directivas pretenden reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano de la Unión, la aplicación efectiva de las directivas en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse. [18] A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de ambas Directivas impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. [19] Deben garantizar que dichos procedimientos de recurso sean ampliamente accesibles 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. [20]

15 — Véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421), apartado 20 y jurisprudencia citada.

16 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731), apartado 51 y jurisprudencia citada.

17 — Véanse, en particular, los artículos 271 *bis*, apartado 1, y 271 *ter*, apartados 1 y 5, del OUG n.º 34/2006.

18 — Véanse, en particular, las sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, EU:C:1999:534), apartado 33; de 19 de junio de 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360), apartado 44 y jurisprudencia citada, y de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45), apartado 26.

19 — Véanse, en particular, las sentencias de 19 de junio de 2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359), apartado 22 y jurisprudencia citada, y de 19 de junio de 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360), apartado 44 y jurisprudencia citada.

20 — Sentencia de 26 de noviembre de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 28 y jurisprudencia citada.

30. Estas Directivas sólo establecen, no obstante, los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos. [21] Ante la inexistencia de una disposición específica en esta materia, corresponde a cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión en materia de contratación pública confiere a los justiciables. Dicha regulación no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de dichos derechos (principio de efectividad). [22] Este último requisito es fundamental para la consecución del objetivo principal de la legislación de la Unión sobre contratación pública relativo a la apertura de la contratación pública a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. [23]

31. Como señala la Comisión, ni la Directiva 89/665 ni la Directiva 92/13 contienen normas sobre los requisitos financieros que los operadores económicos deben cumplir a fin de poder acceder a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores. En consecuencia, disposiciones nacionales como las controvertidas en los litigios principales están comprendidas dentro de la autonomía procesal de los Estados miembros, sin perjuicio de la observancia de los principios de equivalencia y efectividad. Examinaré las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz de estos principios. [24]

32. No obstante, cada una de estas dos Directivas concretiza el principio general del Derecho de la Unión que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito particular de los contratos públicos. [25] Esto plantea dos cuestiones estrechamente relacionadas relativas al ámbito de aplicación del principio de efectividad.

33. En primer lugar, ¿puede limitarse dicho principio a verificar que un requisito procesal de Derecho interno, como el controvertido en los litigios principales, *hace imposible en la práctica o excesivamente difícil* el ejercicio del derecho a los procedimientos de recurso previsto en el artículo 1 de la Directiva 89/665 y de la Directiva 92/13? ¿O es más amplio en el sentido de que exige que se anule *cualquier norma nacional que menoscabe* dichas disposiciones?

34. El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de examinar en varias ocasiones si las normas procesales nacionales que regulan los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras ponen en peligro el efecto útil de la Directiva 89/665. [26] No obstante, la jurisprudencia no es uniforme sobre la relación que el criterio de efectividad guarda con la autonomía procesal de los Estados miembros y el principio de efectividad que la limita. [27] En algunos casos, el análisis se refería exclusivamente al efecto útil de la Directiva 89/665, sin hacer referencia a la

21 — Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros (C-314/09, EU:C:2010:567), apartado 33 y jurisprudencia citada. Véase asimismo, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434), apartado 16.

22 — Véanse, en particular, las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447), apartado 49, y de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 46 y jurisprudencia citada.

23 — Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), apartados 33 y 34.

24 — Véanse los puntos 40 a 58 de las presentes conclusiones.

25 — Véase, en este sentido, el auto de 23 de abril de 2015, Comisión/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15, EU:C:2015:275), apartado 28. Los orígenes de esta argumentación se remontan a la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206), apartados 18 y 19.

26 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, EU:C:2002:746), apartados 71 y 72; de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45), apartado 27, y de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros (C-314/09, EU:C:2010:567), apartado 34.

27 — Esta falta de uniformidad hace que sea difícil predecir la metodología que el Tribunal de Justicia adoptará en cada caso específico. Véase Prechal, S., Widdershoven, R.: «Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection», *Review of European Administrative Law*, n.º 4, 2011, p. 39.

autonomía procesal y a sus límites. [28] Otros asuntos sugieren que el criterio de efectividad complementa al criterio de la autonomía procesal cuando no existe una disposición específica que regule dicha cuestión en la Directiva 89/665. [29] En determinadas ocasiones, la terminología empleada indica que el criterio de efectividad forma parte (y dotándole de contenido especial) del criterio de la autonomía procesal. [30]

35. En mi opinión, en último término lo decisivo es garantizar que los derechos que la legislación de la Unión confiere a los justiciables reciban una protección mayor y no menor. El artículo 1 de la Directiva 89/665 y el artículo 1 de la Directiva 92/13 concretizan el derecho a la tutela judicial *efectiva*. En consecuencia, no es posible limitar el análisis del principio de efectividad a la cuestión de si un requisito procesal como el controvertido en los litigios principales hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tal derecho. Más bien, en tal contexto específico, el criterio de efectividad entraña sin duda verificar si dicho requisito puede *menoscabar* el derecho a un procedimiento de recurso efectivo que garantizan dichas disposiciones.

36. En segundo lugar, ¿en qué medida incide el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta en el principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros?

37. Las normas procesales como las controvertidas en los litigios principales entran claramente en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la Directiva 89/665 y del artículo 1 de la Directiva 92/13. Además, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que estas disposiciones concretizan abarca estas normas. [31] En consecuencia, el artículo 47 de la Carta es aplicable a los litigios principales. [32] La constitución de la garantía de buena conducta es un requisito previo para que se examinen los recursos. [33] En consecuencia, dicho requisito constituye una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva ante un tribunal en el sentido del artículo 47. [34] En consecuencia, ¿puede justificarse dicha limitación sólo si está establecida por la ley, si respeta el contenido esencial de tal derecho y, dentro del principio de proporcionalidad, si es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés

28 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, EU:C:2002:746), apartado 71, y de 28 de enero de 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45), apartados 26 a 28.

29 — Sentencias de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros (C-314/09, EU:C:2010:567), apartado 34, y de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartados 47, 50 y 72.

30 — Sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartados 40 (véanse especialmente las palabras introductorias «En particular [...]») y 41. En la sentencia de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartados 47 y 48, el Tribunal de Justicia declaró que estas exigencias de equivalencia y de efectividad *expresaban* la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión. La misma formulación se repitió en el auto de 24 de abril de 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269), apartado 98. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia fusionó el principio de efectividad como límite de la autonomía procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta en la sentencia de 6 de octubre de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, ECR, EU:C:2015:656), apartado 52 y jurisprudencia citada.

31 — Véanse, en particular, las sentencias de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 44 y jurisprudencia citada, y de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099), apartado 35 y jurisprudencia citada.

32 — Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 49. Véase también, por analogía, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824), apartado 51. En la medida en que se aplica a los Estados miembros, el artículo 47 de la Carta se hace eco del párrafo segundo del artículo 19 TUE, apartado 1, y concretiza el principio de cooperación leal previsto en el artículo 4 TUE, apartado 3. Sobre este último punto, véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163), apartado 37.

33 — Artículo 271 *bis*, apartado 2, del OUG n.º 34/2006.

34 — Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307), punto 37. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Tribunal de Estrasburgo») considera que una tasa judicial o una caución que garantice el pago de las costas interfiere, en principio, con el derecho de acceso a los tribunales garantizado por el artículo 6, apartado 1, del *Convenio Europeo* para la Protección de los *Derechos Humanos* y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH») si su pago constituye un requisito previo para que se examine el asunto. Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 13 de julio de 1995, Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59 a 67; de 4 de mayo de 2006, Weissman y otros c. Rumanía, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, §§ 32 a 44, y de 12 de julio de 2007, Stankov c. Bulgaría, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás? [35] Este criterio es similar al criterio que el Tribunal de Estrasburgo aplica al examinar si las limitaciones financieras para el acceso a los tribunales son compatibles con el artículo 6, apartado 1, del CEDH. [36]

38. Una vez más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ofrece una orientación clara a este respecto. [37] En mi opinión, en asuntos como los que nos ocupan, la evaluación prevista en el artículo 52, apartado 1, de la Carta resulta necesaria a fin de alcanzar el nivel de protección que el artículo 47 de la Carta confiere a los justiciables. La aplicación de una metodología diferente tendría el efecto sorprendente (y, desde mi punto de vista, inaceptable) de que los Estados miembros pudieran eludir dicho criterio por el simple hecho de que estuvieran actuando, en el marco de su autonomía procesal, en un ámbito en el que el legislador de la Unión ha concretado el derecho a la tutela judicial efectiva.

39. En lo sucesivo, analizaré por tanto si normas nacionales como las controvertidas en los litigios principales, que están comprendidas en el ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros, respetan los principios de equivalencia y de efectividad. No obstante, puesto que los artículos 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 y la Directiva 92/13 regulan dichas normas y que dichas disposiciones expresan, en el ámbito particular de la contratación pública, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta, efectuaré dicho análisis sobre la base de que el principio de efectividad exige que se determine si tales normas nacionales, que limitan este derecho, satisfacen el criterio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta. De no ser así, menoscaban el efecto útil del artículo 1, apartados 1 y 3 de ambas Directivas.

Régimen inicial

40. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 92/13 concretan el principio de equivalencia. Ese principio exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los basados en el incumplimiento del Derecho interno que tengan un objeto y una causa semejantes. [38]

41. No estoy de acuerdo con la afirmación de Star Storage de que normas nacionales como las controvertidas en los litigios principales son incompatibles con dicho principio. Aunque es cierto que suponen una carga financiera específica para iniciar procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública, el principio de equivalencia no exige el trato igualitario de las normas procesales nacionales aplicables a procedimientos de diferente naturaleza (tales como procedimientos civiles, por un lado, y procedimientos administrativos, por otro), o aplicables a procedimientos comprendidos en

35 — Véanse, en particular, la sentencia de 17 de septiembre de 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229), apartado 72, y mis conclusiones en el asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-543/14, EU:C:2016:157), punto 80.

36 — El Tribunal de Estrasburgo ha aclarado que, a pesar de que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación que les permite imponer tales limitaciones, éstas no pueden restringir ni limitar el acceso a un tribunal de forma tal que se vulnere el propio contenido esencial del derecho, deben perseguir un objetivo legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo perseguido. Véanse, en este sentido, las sentencias del TEDH de 13 de julio de 1995, Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59 a 67, y de 19 de junio de 2001, Kreuz c. Polonia, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54 y 55 [citadas en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811), apartado 47]. Véase también la sentencia del TEDH de 14 de diciembre de 2006, Markovic y otros c. Italia, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — En el asunto Orizzonte Salute, el Tribunal de Justicia aclaró que el artículo 1 de la Directiva 89/665 debe interpretarse a la luz del artículo 47 de la Carta. No obstante, limitó su análisis del principio de efectividad a la verificación de que el sistema de tasas judiciales controvertido en dicho asunto no hacía imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión en materia de contratación pública (sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, apartados 49 y 72). El Tribunal de Justicia no aplicó el criterio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta. En cambio, el Tribunal de Justicia sí lo aplicó en otros asuntos para evaluar las limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva ante un tribunal en virtud del artículo 47 de la Carta. Véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), apartados 61 a 66, y de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588), apartados 84 a 88.

38 — Véase la reciente sentencia de 12 de febrero de 2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89), apartado 30.

dos ramas del Derecho diferentes.[39] Además, en la vista, el Gobierno rumano confirmó que las disposiciones nacionales controvertidas en los litigios principales se aplican a todos los procedimientos de recurso incoados contra las decisiones de los poderes adjudicadores, independientemente de que el procedimiento para la adjudicación del contrato esté o no regulado por la normativa de la Unión en materia de contratación pública.

42. ¿Qué sucede con el principio de efectividad y el criterio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta?

43. No se discute que la limitación derivada de los artículos 271 *bis* y 271 *ter* del OUG n.º 34/2006 está *prevista por la ley*.

44. El segundo requisito del criterio de proporcionalidad es que la medida debe responder a un *objetivo legítimo* (es decir, a un objetivo de interés general reconocido por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás). Es sabido que la garantía de buena conducta supone una fuente de ingresos para el poder adjudicador cuando la retiene. En consecuencia, dicha garantía no se emplea para financiar el sistema judicial.[40] Más bien, las disposiciones nacionales que establecen la garantía de buena conducta tratan fundamentalmente de proteger a los poderes adjudicadores, al CNSC y a los órganos jurisdiccionales de los recursos temerarios que los operadores económicos (incluidos aquellos que no son licitadores) interponen con fines distintos a aquellos para los que se estableció el procedimiento de recurso.[41] Dicho objetivo es indiscutiblemente legítimo.[42] En particular, desincentivar las demandas temerarias permite al órgano al que se encomienda la tarea de revisar las decisiones de los poderes adjudicadores concentrarse en los recursos «auténticos». Ello puede contribuir a satisfacer el requisito que exige que los Estados miembros deben garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando se invoque que dichas decisiones infringen la normativa de la Unión en materia de contratación pública o las normas por las que se adapta el ordenamiento interno al Derecho de la Unión.[43]

45. La siguiente cuestión que ha de abordarse es si disposiciones nacionales como las controvertidas en los litigios principales son *capaces de lograr dicho objetivo*.

46. Como han puesto de manifiesto estos litigios,[44] estas disposiciones pueden suponer un gasto sustancial para un operador económico en caso de que se desestime su recurso o desista del mismo.[45] Estos gastos pueden alcanzar el equivalente a 25 000 euros para los contratos de suministro y de servicios y a 100 000 euros para los contratos de obras públicas, además de los gastos asociados a la constitución de la garantía.[46] Durante la vista, el Gobierno rumano confirmó que, en virtud del

39 — Sentencia de 6 de octubre de2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 67 y jurisprudencia citada.

40 — Esto diferencia la garantía de buena conducta de las tasas judiciales controvertidas en la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, ECR, EU:C:2015:655).

41 — Con arreglo a la introducción del OUG n.º 51/2014, los recursos manifiestamente infundados o que tienen únicamente por objeto retrasar deliberadamente los procedimientos tienen una serie de consecuencias negativas. Pues bien, es posible que los poderes adjudicadores pierdan financiación externa (incluida la de la Unión) debido a demoras anormales en los procedimientos de adjudicación de contratos y no puedan llevar a cabo importantes proyectos de interés público. Además, las demandas temerarias sobrecargan al personal que participa en la defensa de los poderes adjudicadores ante el CNSC o los órganos jurisdiccionales y, de manera más general, perjudican la eficiencia del CNSC.

42 — Véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartados 73 y 74. Ésta es también la postura del Tribunal de Estrasburgo. Véanse, entre otras, las sentencias del TEDH de 12 de julio de 2007, Stankov c. Bulgaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, y de 3 de junio de 2014, Harrison McKee c. Hungría, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Párrafo tercero del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 y de la Directiva 92/13.

44 — Véanse las notas 10 y 11.

45 — Salvo cuando el poder adjudicador no deba retener la garantía de buena conducta en virtud del artículo 271 *ter*, apartado 3.

46 — Véase el punto 55 de las presentes conclusiones.

régimen inicial, el demandante pierde el importe íntegro de la garantía de buena conducta, puesto que el poder adjudicador debe retenerlo. El CNSC o el órgano jurisdiccional que debe resolver acerca del recurso no están facultados para ordenar al poder adjudicador que retenga sólo una parte de la garantía de buena conducta, atendiendo a las circunstancias concretas del asunto.

47. Desde mi punto de vista, gastos de esa magnitud pueden disuadir la presentación de recursos temerarios, puesto que estos, por su propia naturaleza, serán probablemente rechazados y, en consecuencia, tendrán automáticamente como resultado la pérdida de la totalidad de la garantía de buena conducta y de los gastos asociados. [47] El hecho de que, como recordó el Tribunal de Justicia en la sentencia Orizzonte Salute, [48] las empresas que desean participar en contratos públicos regulados por la normativa de la Unión en materia de contratación pública deben disponer de una capacidad económica y financiera adecuada no pone en entredicho esta conclusión. En primer lugar, las disposiciones nacionales controvertidas en los litigios principales se aplican a todos los operadores económicos que impugnan decisiones de poderes adjudicadores y, en consecuencia, no sólo a los licitadores. A continuación, el requisito relativo a la capacidad económica y financiera de los licitadores no es absoluto. El artículo 47, apartado 2, de la Directiva 2004/18 establece que un operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, a fin de crear dicha capacidad. [49] Por consiguiente, ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. [50] Por último, el Tribunal de Justicia formuló una observación sobre la capacidad económica y financiera en la sentencia Orizzonte Salute en relación con limitaciones financieras para el acceso a procedimientos de recurso mucho menores que las controvertidas en los presentes asuntos. [51]

48. La última parte del análisis de proporcionalidad entraña apreciar que las medidas controvertidas *no van más allá de lo necesario* para lograr sus objetivos. [52] Cuando se pueda elegir entre varias medidas adecuadas, los Estados miembros deberán recurrir a la menos coercitiva de ellas, y las desventajas ocasionadas no deberán resultar desmesuradas en comparación con los objetivos perseguidos. [53]

49. El régimen inicial preveía la pérdida automática de la garantía de buena conducta por parte del demandante en caso de que se desestimara su recurso o éste desistiera del mismo. El resultado era el mismo aunque no existieran elementos que sugirieran que se había abusado del procedimiento de recurso (por ejemplo, porque el recurso era manifiestamente infundado, o porque se presentó con el único objetivo de retrasar deliberadamente el procedimiento de adjudicación del contrato). En consecuencia, por razones análogas a las que he expuesto anteriormente, [54] el régimen inicial obstaculiza de forma significativa el acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores para las personas que (aunque su recurso sea rechazado en última instancia) tienen «pretensiones defendibles». [55] Por consiguiente, puede disuadir a un porcentaje

47 — Esto es aún más cierto en el caso de los licitadores, que deben constituir además una garantía de licitación correspondiente al 2 % del valor estimado del contrato (artículo 43 *bis* del OUG n.º 34/2006). Aunque el Gobierno rumano afirmó en la vista que las dos garantías tienen objetos distintos, lo cierto es que un licitador puede perder ambas durante un único procedimiento para la adjudicación de un contrato.

48 — Sentencia de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655), apartado 64.

49 — Véase también el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento **Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18** (DO 2014, L 94, p. 65).

50 — Sentencias de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), apartado 26; de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), apartado 43, y de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), apartado 32.

51 — Las tasas judiciales estándar controvertidas en dicho asunto ascendían a 2 000 euros, 4 000 euros o 6 000 euros, dependiendo del valor del contrato público.

52 — Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 74.

53 — Véase, en particular, la sentencia de 29 de abril de 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288), apartado 58 y jurisprudencia citada.

54 — Punto 46 de las presentes conclusiones.

55 — Tomo prestada esta expresión de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en virtud de la cual el artículo 13 CEDH tiene por objeto garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva para las «pretensiones defendibles». Véase, entre otras, la sentencia del TEDH de 23 de junio de 2011, Diallo c. República Checa, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

significativo de potenciales litigantes de presentar un recurso si no tienen cierta certeza de que serán estimados. En mi opinión, constituyen ejemplos de tales circunstancias la falta de jurisprudencia reiterada sobre la cuestión controvertida, o que el recurso pretenda cuestionar una apreciación efectuada por el poder adjudicador para la cual éste dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

50. Considero que habría sido posible eludir el efecto adverso (y la notable injerencia en el derecho a la tutela judicial efectiva) sin menoscabar el objetivo de disuadir la interposición de recursos temerarios. En caso de desistimiento o desestimación de un recurso, debería haberse reconocido al CNSC o al órgano jurisdiccional competente un cierto margen para determinar el carácter temerario o no de dicho recurso, atendiendo a todas las circunstancias relevantes [56] y, en consecuencia, para decidir si la retención (íntegra o parcial) de la garantía de buena conducta está justificada.

51. En consecuencia, coincido con Star Storage, Max Boegl y la Comisión en que el régimen inicial supone una limitación desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta y, por tanto, perjudica el efecto útil del artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 y del artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/13. Este régimen afecta asimismo al contenido esencial de tal derecho porque, en la práctica, puede privar a los operadores económicos que tengan o hayan tenido interés en obtener un determinado contrato del acceso a un recurso contra decisiones supuestamente ilegales adoptadas por los poderes adjudicadores.

52. Por las razones expuestas procede concluir que el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/13, a la luz del artículo 47 de la Carta, se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que exige al demandante la constitución de una «garantía de buena conducta» para poder recurrir las decisiones del poder adjudicador en materia de contratación pública y en virtud de la cual el poder adjudicador debe retener dicha garantía en caso de desistimiento o desestimación del recurso, independientemente de que este sea temerario o no.

Régimen transitorio

53. Abordaré ahora el régimen transitorio, que se distingue del régimen inicial en que el demandante recupera la garantía de buena conducta independientemente del resultado de la impugnación.

54. La argumentación sobre la equivalencia que he expuesto anteriormente es asimismo aplicable aquí. [57]

55. En lo que se refiere a la efectividad, está claro que un requisito procesal como el derivado del artículo 271 *bis*, apartado 1, del OUG n.º 34/2006 limita necesariamente por sí solo el derecho de acceso a los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores. Este requisito constituye una condición previa para el examen en cuanto al fondo de un recurso. [58] Por otra parte, aunque el demandante recupere la garantía de buena conducta al final del procedimiento de recurso, su constitución le supone forzosamente una carga financiera. Pues bien, la primera frase del artículo 271 *bis*, apartado 3, del OUG n.º 34/2006 prevé dos métodos para la constitución de la garantía de buena conducta. Si el demandante efectúa una transferencia bancaria, estará privado del uso de una cantidad potencialmente significativa durante todo el período comprendido entre la fecha en que se inicie el procedimiento de recurso y la fecha en que la decisión dictada por el CNSC o el

56 — Estas circunstancias pueden ser que la jurisprudencia esté consolidada sobre una cuestión de Derecho específica, que el recurso se limite a repetir uno anterior o que esté basado en una interpretación totalmente incorrecta de la medida impugnada o en un postulado claramente erróneo.

57 — Véanse los puntos 40 y 41 de las presentes conclusiones.

58 — Artículo 271 *bis*, apartado 2, del OUG n.º 34/2006.

órgano jurisdiccional remitente adquiera firmeza. En consecuencia, el demandante incurre en un coste de oportunidad al no poder utilizar esos fondos para otra finalidad. Si el demandante opta en cambio por recurrir a un instrumento de garantía librado por una entidad bancaria o por una compañía de seguros, deberá sufragar los costes relacionados con dicho instrumento. [59]

56. Además, es evidente a mi juicio que dicho requisito procesal no protege adecuadamente a los poderes adjudicadores de los recursos temerarios. El régimen transitorio prevé que el poder adjudicador debe devolver la garantía de buena conducta al demandante en los cinco días siguientes a la fecha en que la decisión del CNSC o la sentencia haya adquirido firmeza, aun cuando el demandante haya ejercitado de forma abusiva su derecho de acceso al procedimiento de recurso. En consecuencia, es posible que el coste que supone el régimen transitorio no disuada a un operador económico de presentar un recurso que persigue un objetivo distinto de aquel para el que se estableció el procedimiento de recurso —por ejemplo, perjudicar a un competidor. Sin embargo, también cabe que constituya un obstáculo para un operador económico cuya pretensión es defendible pero que cuenta con medios limitados.

57. Por último, el régimen transitorio, al igual que el régimen inicial, no establece ninguna distinción entre las pretensiones defendibles y las temerarias. Por esta razón, la limitación al acceso a los procedimientos de recurso que éste supone claramente va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo de disuadir los recursos temerarios.

58. Por consiguiente, procede concluir que el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 y el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/13, a la luz del artículo 47 de la Carta, se oponen a una normativa nacional, como el régimen transitorio, que exige al demandante la constitución de una «garantía de buena conducta» para poder recurrir las decisiones del poder adjudicador y en virtud de la cual el demandante recupera automáticamente la garantía al final del procedimiento de recurso, independientemente de su resultado.

Conclusión

59. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) y el Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía) del siguiente modo:

«– El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada, y el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de los disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, a la luz del artículo 47 de la Carta, se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que exige al demandante la constitución de una "garantía de buena conducta" para poder recurrir las decisiones del poder adjudicador en materia de contratación pública y en virtud de la cual el poder adjudicador debe retener dicha garantía en caso de desistimiento o desestimación del recurso, independientemente de que este sea temerario o no.

59 — No está claro si el poder adjudicador devuelve esos gastos al demandante si el CNSC o el órgano jurisdiccional estiman el recurso. Incluso en tal caso, el demandante cuyas pretensiones sean admitidas tendría que sufragar tales gastos inicialmente a fin de poder acceder al procedimiento de recurso. En consecuencia, el requisito relativo a la constitución de la garantía seguiría suponiendo un obstáculo de acceso.

– Esas mismas disposiciones del Derecho de la Unión se oponen asimismo a una normativa nacional que exige al demandante la constitución de una "garantía de buena conducta" para poder recurrir las decisiones del poder adjudicador y en virtud de la cual el demandante recupera automáticamente la garantía al final del procedimiento de recurso, independientemente de su resultado.»