SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 23 de enero de 2003 *

En el asunto C-57/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Dioikitiko Efeteio Athinon (Grecia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Makedoniko Metro,

Michaniki AE

y

Elliniko Dimosio,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de las Directivas 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre

* Lengua de procedimiento: griego.

coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. C. Gulmann, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, el Sr. V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric, y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretario: Sr. H. A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de Makedoniko Metro y Michaniki AE, por los Sres. G. Karydis, A. Pliakos y N. I. Kampas, Dikigori;

— en nombre del Gobierno helénico, por los Sres. V. Kyriazopoulos y C. Georgiadis y por la Sra. D. Tsangarakis, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Nolin y P. Panayotopoulos, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Makedoniko Metro y Michaniki AE, representadas por los Sres. G. Karydis y A. Pliakos; del Gobierno helénico, representado por el Sr. V. Kyriazopoulos, y de la Comisión, representada por los Sres. M. Nolin y M. Konstantinidis, en calidad de agente, expuestas en la vista de 6 de junio de 2002;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 11 de julio de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 26 de octubre de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de febrero de 2001, el Dioikitiko Efeteio Athinon (Tribunal contencioso-administrativo de apelación de Atenas), planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de las Directivas 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

2 Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la agrupación de empresarios Makedoniko Metro (en lo sucesivo, «Makedoniko Metro»), la sociedad Michaniki AE (en lo sucesivo, «Michaniki») y el Estado helénico sobre un contrato relativo a la construcción de un metro en la ciudad de Tesalónica (Grecia).

Marco jurídico

El Derecho comunitario

3 El artículo 1 de la Directiva 89/665 dispone lo siguiente:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [...], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

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

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras 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.»

4 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665 establece:

«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) [...]

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

5 Según el artículo 5 de la Directiva 89/665, los Estados miembros debían poner en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva antes del 21 de diciembre de 1991.

6 La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), modificada en varias ocasiones, fue derogada y sustituida por la Directiva 93/37.

7 Según el artículo 1, letras a) y d), de la Directiva 93/37:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

[...]

d) concesión de obras públicas: el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

8 El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/37, establece lo siguiente:

«En los contratos de concesión de obras públicas celebrados por los poderes adjudicadores cuyo importe sea igual o superior a [un importe definido], se aplicarán las reglas de publicidad definidas en los apartados 3, 6, 7 y 9 a 13 del artículo 11 y en el artículo 15.»

9 Según los artículos 4 a 6 de la Directiva 93/37, ésta se aplica, sin perjuicio de determinadas excepciones, a los contratos públicos de obras que sobrepasen un importe definido.

10 El artículo 21 de la Directiva 93/37 establece:

«Estarán autorizadas a licitar las agrupaciones de contratistas. No se exigirá la transformación de dichas agrupaciones en una forma jurídica determinada para la presentación de la oferta, pero la agrupación elegida puede ser obligada a proceder a dicha transformación cuando le haya sido adjudicado el contrato.»

11 La disposición anterior es sustancialmente idéntica a la del artículo 21 de la Directiva 71/305 a la que sustituye.

12 El artículo 36, apartado 1, de la Directiva 93/37 deroga la Directiva 71/305/, «sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos de transposición y de aplicación indicados en el Anexo VII». Según dicho anexo, el plazo de adaptación del Derecho interno al artículo 21 de la Directiva 71/305 expiraba, por lo que atañe a la República Helénica, el 1 de enero de 1981.

13 El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 93/37 establece que las referencias a la Directiva 71/305, derogada, se entenderán hechas a la Directiva 93/37.

Derecho nacional

14 De la resolución de remisión se desprende que el procedimiento de licitación controvertido en el litigio principal está regulado principalmente por las disposiciones de la Ley nº 1418/1984 (23 A), de «obras públicas y regulación de materias conexas», así como por el Decreto Presidencial nº 609/1985 (223 A). Ésta prevé, en determinadas circunstancias, la sustitución de un miembro de una agrupación de empresarios a la que se haya adjudicado un determinado contrato. Esta sustitución, que siempre se efectuará tras la autorización de la entidad adjudicadora, sólo está prevista en la fase de ejecución de las obras, es decir, en la fase siguiente a la firma del contrato entre el adjudicatario y la entidad adjudicadora y no en la fase anterior a la adjudicación del contrato público.

Litigio principal y cuestión prejudicial

15 El Estado helénico decidió convocar una licitación internacional para el estudio, la construcción, la auto-financiación y la explotación de la obra «Metro de Tesalónica» por un importe de 65.000 millones de GRD. Posteriormente, adjudicó dicho contrato mediante un procedimiento restringido compuesto de seis fases: la fase de preselección de los candidatos invitados a presentar una oferta, la fase de presentación de ofertas por los candidatos preseleccionados, la fase de examen de sus ofertas técnicas, la fase de examen de sus ofertas económicas y financieras, la fase de negociación entre la entidad adjudicadora y el licitador que fuera designado adjudicatario provisional y la fase de celebración del contrato.

16 Mediante Orden de 18 de junio de 1992, el Ministro de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Obras Públicas griego (en lo sucesivo, «Ministro») aprobó el anuncio de licitación e inició la primera fase del procedimiento (preselección de los candidatos). Al final de ésta, se invitó a licitar a ocho agrupaciones de empresarios que habían manifestado su interés, entre las cuales se encontraban Makedoniko Metro y la agrupación de empresarios Thessaloniki-Metro (en lo sucesivo, «Thessaloniki-Metro»).

17 Mediante Orden de 1 de febrero de 1993, el Ministro aprobó los documentos relativos a la segunda fase del procedimiento de licitación (presentación de ofertas por los candidatos preseleccionados), entre los cuales se incluían, en particular, el anuncio de licitación complementario (en lo sucesivo, «anuncio complementario») y el pliego de condiciones.

18 El artículo 6, apartado 2, del anuncio complementario precisaba que las agrupaciones preseleccionadas estaban autorizadas a participar con la composición con la que se habían presentado en la primera fase del procedimiento, que la creación de nuevas agrupaciones o de cualquier otra forma de cooperación entre ellas estaba formalmente excluida y, por último, que se podía ampliar la agrupación con un nuevo miembro, siempre que éste no hubiese formado parte de otras agrupaciones preseleccionadas para la segunda fase del procedimiento.

19 El artículo 12, apartado 2, del anuncio complementario disponía que el expediente de cada uno de los licitadores debía contener todos los documentos que acreditasen que el licitador asumía la forma jurídica de una agrupación de empresarios, y, en particular, una escritura notarial de constitución de la agrupación de empresarios por todos los miembros de la agrupación preseleccionada, incluidos los posibles nuevos miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 6 de dicho anuncio complementario. A tenor del artículo 12, apartados 3 y 4, del anuncio complementario, dichos expedientes debían contener, asimismo, las actas autenticadas de los consejos de administración de los miembros de la agrupación mediante las cuales se autorizaba su participación en ésta, así como las copias, certificadas por las autoridades competentes, de los

estatutos de los posibles nuevos miembros de la agrupación. Por último, el artículo 12, apartado 6, del anuncio complementario exigía que figurasen en el expediente todos los datos mencionados en el artículo 7, apartados 1 a 4 del anuncio relativo a la primera fase del contrato y que se refieren a los posibles nuevos miembros de una agrupación de empresarios.

20 El artículo 7, apartado 2, de este último anuncio establecía que las agrupaciones de empresarios interesadas debían exponer sus intenciones respecto al grado de su participación en la financiación de la obra y presentar una declaración en la que afirmasen que estaban dispuestas a contribuir con el capital necesario para garantizar, con independencia de cualesquiera subvenciones, la terminación, la conservación y el funcionamiento de la obra.

21 El artículo 7, apartado 3, de dicho anuncio disponía que cualquier empresa constructora u oficina de proyectos estaba obligada a presentar un certificado de inscripción en el registro profesional de su país de establecimiento y a presentar asimismo los documentos acreditativos de su capacidad financiera y económica así como de su capacidad y aptitud técnicas, y el artículo 7, apartado 4, del referido anuncio señalaba que las empresas de la agrupación de empresarios que se encargasen especialmente de la explotación de la obra estaban obligadas a presentar certificados que probasen su aptitud y su experiencia en la explotación de instalaciones de transporte y, en particular, de un metro.

22 Se desprende de las disposiciones del anuncio que en la segunda fase del procedimiento se preveía la posibilidad de que una agrupación de empresarios preseleccionada en la primera fase se ampliara con nuevos miembros, pero que esta ampliación sólo era posible hasta la fecha establecida para la presentación de las ofertas de los licitadores.

23 En la segunda fase del procedimiento se presentaron las ofertas técnicas, los estudios económicos y las ofertas financieras, entre ellos los de Makedoniko Metro y los de Thessaloniki Metro.

24 Al efectuarse la preselección, los miembros de Makedoniko Metro eran las sociedades Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA y Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, que poseían, respectivamente, cuotas del 70 %, del 20 % y del 5 % cada una de las dos últimas.

25 En la segunda fase del procedimiento, la sociedad AEG Westinghouse Transport Systems GmbH pasó a formar parte de la agrupación Makedoniko Metro. Como consecuencia de ello, las cuotas de las cuatro sociedades anteriormente mencionadas ascendían, respectivamente, al 63 %, al 17 %, al 5 % y al 5 %, mientras que la cuota de AEG Westinghouse Transport Systems GmbH ascendía al 10 %. Tal era la composición de Makedoniko Metro cuando, el 14 de junio de 1994, fue designada adjudicataria provisional. Las partes en el procedimiento principal no impugnan dicha composición.

26 Después de la constitución, mediante decisión de 24 de junio de 1994 de la comisión encargada de las negociaciones y una vez iniciadas éstas entre el Estado helénico y Makedoniko Metro en su calidad de adjudicataria provisional, ésta, mediante escrito de 29 de marzo de 1996, comunicó al Ministro su nueva composición, que incluía, como miembros de la agrupación, a la sociedad Michaniki, la sociedad ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (en lo sucesivo, «Adtranz») y a la agrupación Fidel Group, compuesta, a su vez, por Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA y Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, ascendiendo las cuotas respectivas al 80 % la de Michaniki, al 19 % la de Adtranz y al 1 % la de Fidel Group.

27 Posteriormente, mediante escrito de 14 de junio de 1996, dirigido a la comisión de grandes obras, y respondiendo a cuestiones relativas a los rumores de quiebra y liquidación de algunos miembros de la agrupación Fidel Group, Makedoniko Metro comunicó a dicha comisión que las sociedades de la referida agrupación ya no formaban parte de Makedoniko Metro y que, en aquella fecha, ésta estaba compuesta por las sociedades Michaniki, Adtranz y Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), cuyas cuotas ascendían respectivamente al 80,65 %, al 19 % y al 0,35 %. Sin embargo, no se presentó a la Administración la escritura de constitución de Makedoniko Metro con esta composición. La firma de dicha escritura lleva fecha de 27 de noviembre de 1996. Makedoniko Metro interpuso el recurso objeto del procedimiento principal con dicha composición.

28 Al haber observado diferencias sustanciales entre las posiciones adoptadas por Makedoniko Metro y los requisitos impuestos por el contrato, el Ministro consideró que las negociaciones habían fracasado y, por consiguiente, ordenó, mediante decisión de 29 de noviembre de 1996, que se dieran por concluidas las negociaciones entre el Estado helénico y Makedoniko Metro e instaba a Thessaloniki Metro a entablar negociaciones en calidad de primer candidato adjudicatario provisional.

29 El 10 de diciembre de 1996, Makedoniko Metro interpuso ante el Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado) (Grecia) un recurso de anulación de la decisión del Ministro de 29 de noviembre de 1996. Mediante sentencia nº 971/1998, de 6 de marzo de 1998, el Consejo de Estado desestimó dicho recurso por considerar que Makedoniko Metro no podía modificar legítimamente su composición después de la presentación de las ofertas ni después de haber sido seleccionado adjudicatario provisional y seguir participando al mismo tiempo en el procedimiento controvertido, y que, por consiguiente, en su nueva composición no estaba legitimado para solicitar la anulación del acto impugnado.

30 Además, Makedoniko Metro y Michaniki presentaron un recurso ante el Dioikitiko Protodikeio Athinon (Tribunal contencioso-administrativo de Primera Instancia de Atenas) (Grecia) en el que solicitaban que se declarase la obligación del Estado helénico de pagarles determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios y de indemnización del daño moral que alegaban haber sufrido como consecuencia del mencionado acto ilícito y del incumplimiento de la Administración. Mediante sentencia nº 3794/1999, de 30 de abril de 1999, dicho Tribunal contencioso-administrativo desestimó este recurso por considerar que, en su nueva composición, en la que había entablado la acción judicial, Makedoniko Metro no estaba legitimada para reclamar una indemnización.

31 Al haber interpuesto Makedoniko Metro y Michaniki recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Dioikitiko Efeteio Athinon, éste decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en una licitación para la adjudicación de un contrato público de obras, cambio que

se produce después de la presentación de las ofertas y de que dicha agrupación de empresarios haya sido seleccionada adjudicataria provisional y que ha sido tácitamente aceptado por la entidad adjudicadora, ¿debe interpretarse en el sentido de que tiene por efecto privar a dicha agrupación de su derecho a participar en la licitación y, por consiguiente, de su derecho y de su interés en que se le adjudique el contrato relativo a la ejecución de las obras?

¿Es compatible esta interpretación con el tenor literal y el espíritu de las disposiciones de las Directivas 93/37/CEE y 89/665/CEE?»

Sobre la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento

32 Mediante escrito de 15 de julio de 2002, Makedoniko Metro solicitó la reapertura de la fase oral, «a fin de informar al Tribunal de Justicia sobre el objeto del procedimiento nacional que dio lugar a las cuestiones prejudiciales».

33 En apoyo de su petición, Mekedoniko Metro impugna, en particular, el punto 35 de las conclusiones de la Abogado General, en el que reformula la cuestión prejudicial, y el punto 79 de dichas conclusiones, que precisa el objeto de la cuestión prejudicial. Según Makedoniko Metro, la Abogado General consideró erróneamente que las autoridades nacionales habían adoptado una decisión que excluía a Makedoniko Metro del procedimiento de licitación controvertido debido al cambio en su composición. Considera que, en efecto, la entidad adjudicadora en ningún momento adoptó una decisión que excluyese a Makedoniko Metro de dicho procedimiento basándose en el cambio en su composición, y, por consiguiente, el procedimiento principal no versaba sobre tal decisión.

34 Procede recordar que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, o a propuesta del Abogado General, o también a instancia de las partes, la reapertura

de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (véanse las sentencias de 10 de febrero de 2000, Deutsche Post, asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929, apartado 30, y de 18 de junio de 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, apartado 20).

35 Por lo que atañe a las alegaciones formuladas por Makedoniko Metro, es preciso recordar, sin embargo, que, por una parte, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia puede, en su caso, reformular una cuestión prejudicial con objeto de respetar los límites de su competencia y de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de mayo de 1993, Distribuidores Cinematográficos, C-17/92, Rec. p. I-2239, apartado 8, y de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 33) y, por otra parte, que corresponde al órgano jurisdiccional nacional delimitar el objeto del procedimiento principal.

36 Las observaciones que Makedoniko Metro pretende presentar en el marco de la reapertura de la fase oral se refieren exclusivamente a cuestiones que están comprendidas dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional remitente.

37 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, considera que la petición de Makedoniko Metro no contiene ningún elemento que muestre la utilidad o la necesidad de reabrir la fase oral.

38 Por consiguiente, procede desestimar la petición de Makedoniko Metro.

Sobre la cuestión prejudicial

Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

39 Makedoniko Metro y Michaniki alegan que la decisión de 29 de noviembre de 1996, que ponía fin a las negociaciones entre el Estado helénico y Makedoniko Metro, no se basaba en el cambio en la composición de dicha agrupación. Al contrario, a su juicio, dicha decisión consideraba que Makedoniko Metro seguía manteniendo la condición de licitador, es decir, que conservaba formalmente el derecho a participar en la licitación de que se trata a pesar de los cambios ocurridos en su composición. Por consiguiente, estiman que, en su composición última, Makedoniko Metro seguía siendo titular de las relaciones jurídicas que se derivaban del procedimiento de licitación controvertido y, por tanto, podía alegar una legitimidad activa y un interés legítimo para solicitar una indemnización por la infracción de las disposiciones de la Directiva 93/37, así como por la violación del principio de igualdad de trato de los licitadores, el cual, al ser un principio general del Derecho comunitario, se aplica igualmente al contrato público controvertido en el procedimiento principal (aunque debiera ser calificado de concesión de obras públicas). Según Makedoniko Metro y Michaniki, en el presente caso se trata de un supuesto clásico de contrato público de obras, pero, aun cuando el contrato controvertido en el procedimiento principal debiera ser calificado de contrato de concesión, se aplicaría la Directiva 89/665, puesto que ésta sólo constituye una emanación específica del principio general de protección efectiva de los derechos de los justiciables afectados por infracciones al Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

40 Makedoniko Metro y Mechaniki consideran que se debe responder a la cuestión prejudicial en el sentido de que el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que ha participado en un procedimiento de licitación relativo a un contrato público de obras o a la adjudicación de una concesión de obras públicas —cambio tácitamente aceptado por la entidad adjudicadora y producido después de la presentación de las ofertas y de la selección de la agrupación como adjudicataria provisional y que, además, no se menciona entre los motivos invocados en apoyo de la decisión que puso término a las negociaciones y por la que se excluyó a la agrupación del resto del procedimiento— no puede dar lugar a

que la referida agrupación pierda su condición de licitador ni a que se le prive, a ella o a sus miembros, de su interés o de su derecho en obtener el contrato público o, en consecuencia, de su interés legítimo o de su legitimación activa para alegar la protección de los derechos que le confiere el Derecho comunitario y que constituyen el objeto del procedimiento controvertido. Cualquier interpretación contraria de la normativa nacional controvertida vulneraría el tenor y el espíritu de las Directivas 93/37 y 89/665 y, en particular, del principio general de tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables.

41 El Gobierno helénico observa que las Directivas 93/37 y 89/665 no mencionan la cuestión del eventual cambio de una agrupación de empresarios.

42 Estima que, dado que el Derecho comunitario no regula la cuestión de la legalidad del cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, se aplican las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, las cuales no admiten la sustitución de un miembro de una agrupación de empresarios durante la fase del procedimiento que precede la adjudicación del contrato.

43 En consecuencia, el Gobierno helénico llega a la conclusión de que ha de responderse afirmativamente a la cuestión prejudicial.

44 El Gobierno austriaco sostiene que se debe reformular la cuestión prejudicial en el sentido de que pide que se dilucide si la Directiva 93/37 se opone a un cambio de la composición de una agrupación de empresarios después de la presentación de las ofertas, privándose, de esta forma, a dicha agrupación del derecho a participar en el procedimiento de licitación y, por consiguiente, de su derecho y de su interés en que se le adjudique el contrato relativo a la ejecución de las obras.

45 Alega, además, que la Directiva 93/37 contiene solamente unas disposiciones rudimentarias en relación con las agrupaciones de empresarios. A su juicio, la finalidad de dicha Directiva consiste en proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro y que desean ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro. Estima que las indicaciones proporcionadas por la resolución de remisión no revelan indicio alguno de infracción de los principios del Derecho comunitario.

46 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Gobierno austriaco concluye que procede responder del siguiente modo a la cuestión prejudicial reformulada:

la Directiva 93/37 no se opone a un cambio en la composición de una agrupación de empresarios después de la presentación de las ofertas; en virtud de esta Directiva, dicha agrupación no pierde su derecho a participar en la licitación ni, por consiguiente, su derecho ni su interés en que se le adjudique el contrato relativo a la ejecución de las obras.

47 La Comisión destaca que la primera parte de la cuestión prejudicial podría entenderse en el sentido de que se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación del Derecho nacional, lo cual no está comprendido dentro de su ámbito de competencia. Con vistas a resolver este problema y a proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, la Comisión propone que se reformule la cuestión prejudicial y que se examine en forma de tres cuestiones distintas, a saber:

1) ¿Contiene la Directiva 93/37 normas que permitan o prohíban el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que ya haya presentado una oferta? Más concretamente, ¿puede un Estado miembro establecer en su legislación nacional, y una entidad adjudicadora incluir en el pliego de condiciones, normas que impongan a los licitadores una obligación de abstenerse de cambiar su composición durante un procedimiento de licitación, so pena de exclusión?

2) ¿Permite el Derecho comunitario que una entidad adjudicadora pueda seguir negociando con un licitador que ha modificado su composición en contra de las normas de Derecho nacional y del pliego de condiciones?

3) ¿Afecta el cambio en la composición de una agrupación, contrario a las normas de Derecho nacional y al pliego de condiciones, al ejercicio de los derechos que dicha agrupación podría alegar al amparo de la Directiva 89/665, y, en particular, del derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios?

48 Por lo que atañe a la primera de estas cuestiones, la Comisión señala que la Directiva 93/37 no contiene normas que se refieran explícitamente al cambio en la composición de una agrupación de empresarios. A su juicio, la única disposición sobre las agrupaciones es la del artículo 21 de esta Directiva, que les permite presentar ofertas sin que se les exija una forma jurídica determinada antes de la adjudicación del contrato. La Comisión estima, asimismo, que ninguna disposición de la Directiva 93/37 impone a las entidades adjudicadoras una línea de conducta específica en relación con este aspecto del procedimiento. Por consiguiente, entiende que corresponde a la legislación nacional o a una decisión *ad hoc* de la entidad adjudicadora hacer el planteamiento oportuno.

49 A juicio de la Comisión, dichas observaciones, que se refieren al sistema general de la Directiva 93/37, son igualmente pertinentes en el marco de un contrato de concesión de obras públicas. En efecto, estima que el régimen particular establecido por esta Directiva para las concesiones de obras se limita a las normas de publicidad y deja que la entidad adjudicadora fije libremente los requisitos de selección de los candidatos y de la adjudicación de la concesión según las normas de su Derecho nacional.

50 Por lo tanto, la Comisión propone responder a la primera cuestión, en su nueva formulación, que la Directiva 93/37 no contiene normas que impidan que la

legislación nacional o el pliego de condiciones establezcan que, a partir de una determinada fase de la licitación y, en particular, después de la presentación de las ofertas, ya no se permite el cambio en la composición de una agrupación de empresarios.

51 Por lo que se refiere a la segunda cuestión reformulada, la Comisión considera que se vulneraría el principio de igualdad de trato de los licitadores si una entidad adjudicadora pudiese modificar unilateralmente en favor de un licitador los datos y los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, requisitos considerados inalterables, sin volver a iniciar el procedimiento de licitación en su totalidad, lo que permitiría que los demás licitadores, incluidos los licitadores potenciales, se beneficiasen de dicha modificación.

52 Por consiguiente, en respuesta a esta cuestión, la Comisión estima que el Derecho comunitario no permite que una entidad adjudicadora pueda continuar negociando con un licitador que ha cambiado su composición infringiendo las normas del Derecho nacional y el pliego de condiciones.

53 Por lo que se refiere a la tercera cuestión reformulada, la Comisión recuerda que, a tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, sólo han de poder ser recurridas las decisiones que presuntamente infrinjan el Derecho comunitario o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. En consecuencia, esta disposición no obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos que permitan recurrir las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de adjudicación y que vulneren disposiciones de Derecho nacional que no adapten el Derecho interno a las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos.

54 En estas circunstancias, en opinión de la Comisión, procede responder a la tercera cuestión reformulada que el cambio en la composición de una agrupación, contrario a las normas de Derecho nacional y al pliego de condiciones, no afecta al ejercicio de los derechos que dicha agrupación podría alegar al amparo de la

Directiva 89/665 y, en particular, del derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, siempre que los motivos para la exclusión de dicha agrupación sean contrarios al Derecho comunitario en materia de contratos públicos o a las normas de Derecho nacional de incorporación de dicha normativa.

Apreciación del Tribunal de Justicia

55 Es preciso recordar que, en el marco del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario. No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido (sentencias Distribuidores Cinematográficos, apartado 8, y Teckal, apartado 33, antes citadas).

56 Además, según reiterada jurisprudencia, ante cuestiones formuladas de forma imprecisa, el Tribunal de Justicia se reserva la facultad de deducir de la totalidad de los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional y de los autos del litigio principal los elementos de Derecho comunitario que precisan una interpretación habida cuenta del objeto del litigio (sentencias de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, C-168/95, Rec. p. I-4705, apartado 21, y Teckal, antes citada, apartado 34).

57 Teniendo en cuenta los datos contenidos en la resolución de remisión y dado que el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión tanto desde el punto de vista de la Directiva 93/37 como desde el punto de vista de la Directiva 89/665, procede considerar que dicho órgano jurisdiccional pregunta esencialmente:

1) si la Directiva 93/37 se opone a una normativa nacional que prohíbe el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en

un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, cuando dicho cambio se ha producido después de la presentación de las ofertas, y

2) si la Directiva 89/665 concede un derecho de recurso, y en su caso, en qué medida, a una agrupación de empresarios de esa índole.

58 Por lo que se refiere a la primera parte de la cuestión, la resolución de remisión no indica si el contrato de que se trata en el procedimiento principal es un «contrato público de obras» o una «concesión de obras públicas» en el sentido de la Directiva 93/37. En el marco de un procedimiento prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia dirimir dicha cuestión. En estas circunstancias, es preciso abordar la cuestión examinando sucesivamente cada uno de los dos supuestos.

59 En el supuesto de que se trate de un «contrato público de obras» en el sentido de la Directiva 93/37, ésta sería aplicable a tenor de sus artículos 4 a 6.

60 La única disposición de la Directiva 93/37 que se refiere a las agrupaciones de empresarios es su artículo 21. Ahora bien, éste se limita, por una parte, a precisar que las agrupaciones de empresarios estarán autorizadas a licitar y, por otra parte, a prohibir que se exija su transformación en una forma jurídica determinada antes de que se haya adjudicado el contrato a la agrupación seleccionada.

61 Es preciso señalar que este artículo no contiene ninguna disposición sobre la composición de tales agrupaciones. Por consiguiente, la normativa referente a dicha composición es competencia de los Estados miembros.

62 La misma solución se aplicaría *a fortiori* en el supuesto en que el litigio principal tuviese por objeto una «concesión de obras públicas» en el sentido de la Directiva 93/37. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva se deduce que su artículo 21 ni siquiera se aplica a tales concesiones.

63 Por consiguiente, procede responder a la primera parte de la cuestión prejudicial que la Directiva 93/37 no se opone a una normativa nacional que prohíbe el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras o de una concesión de obras públicas, cuando dicho cambio se haya producido después de la presentación de las ofertas.

64 Por lo que atañe a la segunda parte de la cuestión, es preciso señalar que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en la materia puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

65 Además, como se desprende del apartado 3 del mismo artículo, los Estados miembros están obligados a garantizar 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 y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

66 Así pues, es preciso examinar a la luz de dichos elementos la cuestión de si, en circunstancias como las del litigio principal, una agrupación de empresas como Makedoniko Metro debe poder ejercitar los recursos establecidos por la Directiva 89/665.

67 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, como se desprende de la resolución de remisión y del apartado 28 de la presente sentencia, el Ministro ordenó, mediante decisión de 29 de noviembre de 1996, que se dieran por concluidas las negociaciones con dicha agrupación de empresas, al haber observado diferencias sustanciales entre las posiciones adoptadas por Makedoniko Metro y los requisitos impuestos por el contrato.

68 Para determinar si la referida decisión del Ministro está comprendida en el concepto de «decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras» utilizado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha precisado que dicho concepto incluye las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, decisiones que están sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (sentencia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 37).

69 Pues bien, en relación con la cuestión de si tales normas se aplican al presente caso, es preciso recordar que, aun a falta, en las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, de disposiciones específicamente aplicables, los principios generales del Derecho comunitario, y en particular el principio de igualdad de trato, rigen igualmente los procedimientos de licitación de contratos públicos (véanse, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y HI, antes citada, apartado 47).

70 En la medida en que se considerase que estos principios eran aplicables a una decisión adoptada en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha decisión estaría asimismo comprendida en el ámbito de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véase la sentencia HI, antes citada, apartado 48).

71 En su caso, correspondería al órgano jurisdiccional remitente decidir si, a la luz de los datos concurrentes, dichos principios se aplican en el litigio principal.

72 Incumbirá, asimismo, al órgano jurisdiccional remitente determinar si se puede considerar que Makedoniko Metro, también en su nueva composición, tiene o había tenido un interés en obtener el contrato de que se trata en el litigio principal y que había sufrido un perjuicio como consecuencia de la decisión del Ministro de 29 de noviembre de 1996 en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665.

73 En estas circunstancias, procede responder a la segunda parte de la cuestión prejudicial que, en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos de una agrupación de empresarios que le confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha agrupación debe poder ejercitar los recursos previstos por la Directiva 89/665.

74 A la luz de la totalidad de las consideraciones que preceden, es preciso responder a la cuestión planteada de la siguiente forma:

1) la Directiva 93/37 no se opone a una normativa nacional que prohíbe el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras o de una concesión de obras públicas, cuando dicho cambio se haya producido después de la presentación de las ofertas, y,

2) en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos de una agrupación de empresarios que le confiere el Derecho

comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha agrupación debe poder ejercitar los recursos previstos por la Directiva 89/665.

Costas

75 Los gastos efectuados por el Gobierno austriaco y por la Comisión, que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Dioikitiko Efeteio Athinon mediante resolución de 26 de octubre de 2000, declara:

1) **La Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se opone a una normativa nacional que prohíbe el cambio en la composición de una agrupación de empresarios que participa en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras o de una concesión de obras públicas, cuando dicho cambio se haya producido después de la presentación de las ofertas.**

2) **En la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos de una agrupación de empresarios que le confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha agrupación debe poder ejercitar los recursos previstos por 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de enero de 2003.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Sexta

J.-P. Puissochet