

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala 5ª) de 11 de septiembre de 2014**

*«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 89/665/CEE — Artículo 2 quinquies, apartado 4 — Interpretación y validez — Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos — Ineficacia del contrato — Exclusión»*

En el asunto C-19/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Italia), mediante resolución de 14 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de enero de 2013, en el procedimiento entre

**Ministero dell'Interno**

y

**Fastweb SpA,**

en el que participa:

**Telecom Italia SpA,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby y C. Vajda (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de marzo de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Fastweb SpA, por los Sres. P. Stella Richter y G.-L. Tosato, avvocati;

— en nombre de Telecom Italia SpA, por los Sres. F. Cardarelli, F. Lattanzi y F.S. Cantella, avvocati;

— en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

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

— en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna y por las Sras. M. Szwarc y E. Gromnicka, en calidad de agentes;

— en nombre del Parlamento Europeo, por los Sres. J. Rodrigues y L. Visaggio, en calidad de agentes;

— en nombre del Consejo de la Unión Europea, por la Sra. P. Mahnič Bruni y el Sr. A. Vitro, en calidad de agentes;

— en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Pignataro-Nolin y el Sr. A. Tokár, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de abril de 2014;

dicta la siguiente

## **Sentencia**

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación y la validez del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 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 L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

2 Esta petición fue presentada en el marco de un litigio entre el Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (Ministerio del Interior, Departamento de Seguridad Pública; en lo sucesivo, «Ministero dell'Interno») y Fastweb SpA (en lo sucesivo, «Fastweb») en relación con la adjudicación a Telecom Italia SpA (en lo sucesivo, «Telecom Italia») de un contrato público de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.

## **Marco jurídico**

### *Derecho de la Unión*

#### Directiva 2007/66

3 Los considerandos 3, 13, 14, 21, 26 y 36 de la Directiva 2007/66 enuncian:

«(3) [...] las garantías de transparencia y no discriminación que se querían establecer mediante [las Directivas 89/665 y 92/13/CEE del Consejo, 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 L 76, p. 14)], deben reforzarse para asegurar que la Comunidad en su conjunto se beneficia plenamente de los efectos positivos de la modernización y la simplificación de las reglas relativas a la adjudicación de contratos públicos llevadas a cabo por las Directivas 2004/18/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)] y 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 L 134, p. 1)]. Por consiguiente, conviene introducir en las Directivas [89/665] y [92/13] las precisiones indispensables que permitan obtener los resultados buscados por la legislación comunitaria.

[...]

(13) Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de

contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos. Esta falta de efectos no debe ser automática sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.

(14) La falta de efectos es la manera más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir. Las adjudicaciones directas, en el sentido de la presente Directiva, deben incluir todas las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en el sentido de la Directiva [2004/18]. Esto corresponde a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en el sentido de la Directiva [2004/17].

[...]

(21) El objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución. Las consecuencias que se deriven de la ineficacia de un contrato deben quedar reguladas por la legislación nacional. Por tanto, la legislación nacional puede, por ejemplo, establecer la anulación de todas las obligaciones contractuales con efectos retroactivos (*ex tunc*) o limitarse a prever la anulación de aquellas obligaciones aún por ejecutar (*ex nunc*). Esto no debe implicar la falta de sanciones rigurosas si las obligaciones derivadas de un contrato se han cumplido ya parcial o casi totalmente. En estos casos, los Estados miembros deben prever también sanciones alternativas, teniendo en cuenta en qué medida el contrato sigue estando en vigor de conformidad con el Derecho interno. De manera análoga, la legislación nacional determina las consecuencias relativas a la posible recuperación de cualquier importe ya abonado, así como todas las demás formas de restitución posible, incluida la restitución del valor cuando la restitución del bien no sea posible.

[...]

(26) A fin de evitar la inseguridad jurídica que pueda derivarse de la ineficacia, los Estados miembros deben establecer una exención respecto de cualquier apreciación de ineficacia, cuando el poder adjudicador o la entidad contratante considere que la adjudicación directa de un contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* está permitida de conformidad con las Directivas [2004/18] y [2004/17] y haya aplicado un plazo suspensivo mínimo que permita un recurso eficaz. La publicación voluntaria que dé inicio a este plazo suspensivo no implica ampliación alguna de las obligaciones derivadas de la Directiva [2004/18] o de la Directiva [2004/17].

[...]

(36) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, «Carta»]. En concreto, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.»

Directiva 89/665

4 El tercer considerando de la Directiva 89/665 tiene el siguiente tenor:

«[...] la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y [...] resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho.»

5 De conformidad con el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665:

«En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2004/18], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de [contratos] públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

6 El artículo 2 de la Directiva 89/665, con el epígrafe «Requisitos de los procedimientos de recurso», establece en su apartado 1:

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

[...]

b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, 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) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

7 El artículo 2, apartado 7, párrafo primero, de la Directiva 89/665 dispone:

«Excepto en los casos previstos en los artículos 2 *quinquies* a 2 *septies*, los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 del presente artículo sobre un contrato celebrado tras un procedimiento de adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.»

8 El artículo 2 *quinquies* de la Directiva 89/665, con el epígrafe «Ineficacia», enuncia:

«1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:

a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva [2004/18];

[...]

2. Las consecuencias de la ineficacia de un contrato serán las previstas en la legislación nacional.

La legislación nacional podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2.

[...]

4. Los Estados miembros establecerán que el apartado 1, letra a), del presente artículo no sea de aplicación si:

— el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* se puede admitir de conformidad con la Directiva [2004/18],

— el poder adjudicador ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de la presente Directiva, en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, y si

— el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

— [...]»

9 Según el artículo 3 *bis* de la Directiva 89/665, con el epígrafe «Contenido de un anuncio de transparencia previa voluntaria», el anuncio mencionado en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, segundo guión, de dicha Directiva incluirá el nombre y los datos de contacto del poder adjudicador, la descripción de la finalidad del contrato, la justificación de la decisión del poder adjudicador de atribuir el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación, el nombre y los datos de contacto del operador económico a favor de quien se haya adoptado una decisión de adjudicación del contrato, y, en su caso, cualquier otra información que el poder adjudicador considere útil.

Directiva 2004/18

10 El artículo 2 de la Directiva 2004/18, con el epígrafe «Principios de adjudicación de contratos», establece:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

11 Con arreglo al artículo 31 de la Directiva 2004/18, con el epígrafe «Casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación»:

«Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

1) respecto de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

[...]

b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado;

[...]»

Directiva 2009/81

12 Con arreglo al artículo 28 de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO L 216, p. 76), con el epígrafe «Casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación»:

«En los casos siguientes, las entidades o poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, y justificarán el uso de este procedimiento en el anuncio de adjudicación del contrato, en aplicación del artículo 30, apartado 3:

1. Respecto de los contratos de obras, de suministro y de servicios:

[...]

e) cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda adjudicarse a un operador económico determinado;

[...]»

13 El artículo 60 de la citada Directiva, con el epígrafe «Ineficacia», determina:

«1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente de la entidad o poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:

a) si la entidad o poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la presente Directiva;

[...]

4. Los Estados miembros establecerán que el apartado 1, letra a), no sea de aplicación si:

— la entidad o poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* es admisible de conformidad con la presente Directiva,

— la entidad o poder adjudicador ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio tal y como se describe en el artículo 64 en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, y

— el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días naturales a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

— [...]»

*Derecho italiano*

14 La Directiva 2007/66 fue incorporada al ordenamiento jurídico italiano mediante el Decreto Legislativo nº 53 de 20 de marzo de 2010, cuyo contenido fue integrado posteriormente en los artículos 120 a 125 del Decreto Legislativo nº 104, por el que se establece el Código de procedimiento administrativo (decreto legislativo nº 104, Codice di procedura amministrativa), de 2 de julio de 2010 (Suplemento ordinario de la GURI nº 158, de 7 de julio de 2010; en lo sucesivo, «Código de procedimiento administrativo»).

15 Conforme al artículo 121 del Código de procedimiento administrativo, en caso de infracciones graves, como la adjudicación no autorizada de un contrato mediante un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, es necesario, salvo excepciones y sin perjuicio de la facultad de apreciación reservada al juez de lo contencioso-administrativo, dejar sin efectos el contrato celebrado a raíz de dicho procedimiento.

16 Entre las excepciones a dicha norma, el artículo 121, apartado 5, del citado Código, por el que se transpone el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, establece que un contrato mantendrá no obstante sus efectos siempre que la entidad adjudicadora haya declarado, mediante acto motivado anterior al inicio del procedimiento de adjudicación, que el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación está permitido por el Código de procedimiento administrativo, haya publicado un anuncio de transparencia previa voluntaria, y no haya celebrado el contrato de que se trate antes de la expiración de un plazo de por lo menos diez días civiles contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación de este último anuncio.

17 Según el artículo 122 del Código de procedimiento administrativo, que regula los demás casos de infracción, el juez nacional determinará, dentro de los límites establecidos en dicho artículo, si procede declarar la ineficacia del contrato.

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

18 De la resolución de remisión se deriva que el Ministero dell'Interno celebró en 2003 un convenio con Telecom Italia para la gestión y el desarrollo de servicios de telecomunicaciones.

19 Puesto que este convenio expiraba el 31 de diciembre de 2011, el Ministero dell'Interno designó a Telecom Italia, mediante decisión de 15 de diciembre de 2011, como su proveedor y su socio tecnológico para la gestión y el desarrollo de esos servicios.

20 A efectos de la adjudicación del contrato de comunicaciones electrónicas, el Ministero dell'Interno estimó que podía recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación al que se refiere el artículo 28, apartado 1, letra e), de la Directiva 2009/81 y el artículo 57, apartado 2, letra b), del Decreto Legislativo nº 163, de 12 de abril de 2006, por el que se establece el Código de los contratos públicos de obras, servicios y suministros en ejecución de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (Suplemento ordinario de la GURI nº 100, de 2 de mayo de 2006), en su versión modificada por el Decreto Legislativo nº 152, de 11 de septiembre de 2008 (Suplemento ordinario de la GURI nº 231, de 2 de octubre de 2008; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº163/2006»).

21 De conformidad con esta última disposición, la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato mediante procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación «cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda adjudicarse a un operador económico determinado».

22 En este asunto, el Ministero dell'Interno consideró que, por razones técnicas y de protección de determinados derechos de exclusividad, Telecom Italia era el único operador económico en condiciones de ejecutar el contrato de que se trata.

23 Habiendo recibido, el 20 de diciembre de 2011, el dictamen favorable de la Avvocatura Generale dello Stato para llevar a cabo el procedimiento previsto, el Ministero dell'Interno publicó ese mismo día en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio en el que manifestaba su intención de adjudicar a Telecom Italia dicho contrato.

24 El 22 de diciembre de 2011, el Ministero dell'Interno propuso a Telecom Italia participar en la negociación.

25 A raíz de dicha negociación, el 31 de diciembre de 2011 las partes suscribieron un convenio-marco que tiene por objeto la «prestación al Departamento de Seguridad Pública y al Cuerpo de Carabineros de servicios de comunicaciones electrónicas, en particular de telefonía vocal, telefonía móvil y transmisión de datos».

26 El anuncio de adjudicación del contrato fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 16 de febrero de 2012.

27 Fastweb interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio solicitando que se anulara la decisión de adjudicación y se declarara la ineficacia del contrato celebrado por no cumplirse los requisitos, establecidos en el artículo 28 de la Directiva 2009/81 y en el artículo 57 del Decreto Legislativo n°163/2006, necesarios para poder recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.

28 El Tribunale amministrativo regionale per il Lazio estimó el recurso de Fastweb. Consideró que las razones invocadas por el Ministero dell'Interno para justificar el recurso a este procedimiento no constituían razones técnicas, en el sentido del artículo 57, apartado 2, letra b), del Decreto Legislativo n° 163/2006, por las cuales sólo podía atribuirse el contrato a un operador económico determinado, sino más bien razones de oportunidad. Aunque anuló la decisión de adjudicación, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio señaló que, habida cuenta del artículo 121, apartado 5, del Código de procedimiento administrativo, no podía declarar la ineficacia del contrato celebrado el 31 de diciembre de 2011 ya que se cumplían los requisitos previstos en dicha disposición para excluir la aplicación de ese principio. No obstante, con arreglo al artículo 122 de dicho Código, declaró la ineficacia del contrato a partir del 31 de diciembre de 2013.

29 El Ministero dell'Interno y Telecom Italia interpusieron recurso de apelación contra esa sentencia ante el Consiglio di Stato.

30 Mediante auto de 8 de enero de 2013, el Consiglio di Stato confirmó la anulación de la decisión de adjudicación al estimar que el Ministero dell'Interno no había demostrado que se cumplieran los requisitos que permiten recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. A este respecto, consideró que los elementos de los autos ponían de manifiesto no una imposibilidad objetiva de atribuir el contrato a operadores económicos distintos, sino lo inoportuno de tal elección, fundamentalmente porque, según el Ministero dell'Interno, esta solución entrañaba modificaciones y gastos y requería un período de adaptación.

31 A este respecto, si bien el Consiglio di Stato observa que la Directiva 2009/81 contiene un régimen en materia de recursos casi equivalente al de la Directiva 89/665, en sus observaciones se concentra en la Directiva 89/665.



32 Sin embargo, al albergar dudas sobre las consecuencias que deben extraerse de una anulación de este tipo por lo que se refiere a los efectos del contrato de que se trata, habida cuenta del tenor del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva [89/665] en el sentido de que, cuando un poder adjudicador, antes de adjudicar el contrato directamente a un operador económico determinado, seleccionado sin previa publicación de un anuncio de licitación, ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio de transparencia previa voluntaria y ha esperado al menos diez días para la celebración del contrato, impide automáticamente —siempre y en cualquier caso— al juez nacional declarar la ineficacia del contrato, aun cuando aprecie la infracción de las normas que permiten, en determinadas condiciones, adjudicar el contrato sin la tramitación de un procedimiento de licitación?»

2) Si se interpreta el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva [89/665] en el sentido de que excluye la posibilidad de que, en virtud del Derecho nacional (artículo 122 del Código de procedimiento administrativo), se declare la ineficacia del contrato, a pesar de que el juez haya comprobado la infracción de las normas que permiten, en determinadas condiciones, adjudicar el contrato sin la tramitación de un procedimiento de licitación, ¿es conforme dicha disposición de la Directiva [89/665] con los principios de igualdad de las partes, no discriminación y protección de la competencia, y garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 47 de la Carta [...]?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Primera cuestión prejudicial*

33 Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se ha adjudicado un contrato público sin publicación previa de un anuncio de licitación y sin que se cumplan los requisitos establecidos por la Directiva 2004/18 para poder recurrir a este procedimiento, excluye que pueda declararse la ineficacia de dicho contrato cuando la entidad adjudicadora haya publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio de transparencia previa voluntaria y haya respetado, antes de la celebración de dicho contrato, el plazo de suspensión mínimo de diez días contados a partir del día siguiente al de publicación de dicho anuncio.

34 Con carácter preliminar, debe recordarse que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, apartado 20 y jurisprudencia citada).

35 Además, como se deriva de los considerandos 3 y 4 de la Directiva 2007/66, ésta tiene como objetivo mejorar las garantías de transparencia y no discriminación que la Directiva 89/665 pretende garantizar con el fin de reforzar la eficacia de los procedimientos de recurso interpuestos en los Estados miembros por las personas que tengan un interés en obtener un contrato.

36 El artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros la obligación de adoptar 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 2 a 2 *septies* de dicha Directiva.

37 A estos efectos, el artículo 2 de la Directiva 89/665, con el epígrafe «Requisitos de los procedimientos de recurso», dispone, en su apartado 1, letra b), que los Estados miembros deben establecer que el órgano responsable de los procedimientos de recurso tenga la facultad de anular o de hacer que se anulen las decisiones ilegales.

38 El artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665 exige, a este respecto, que el órgano responsable del procedimiento de recurso declare la ineficacia del contrato si la entidad adjudicadora ha atribuido dicho contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* cuando esa publicación era obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18.

39 No obstante, el legislador de la Unión estableció en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 una excepción al principio de la ineficacia del contrato. En virtud de esa disposición, dicha regla no se aplica si, en primer lugar, la entidad adjudicadora estima que la adjudicación del contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* es admisible de conformidad con la Directiva 2004/18, en segundo lugar, la entidad adjudicadora ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio en el que manifiesta su intención de celebrar el contrato, tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de la Directiva 89/665, y, en tercer lugar, el contrato no ha sido celebrado antes de que haya expirado un plazo de por lo menos diez días civiles contados desde el día siguiente al de publicación de dicho anuncio.

40 Puesto que el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 constituye una excepción al principio de la ineficacia del contrato, establecido en el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, de dicha Directiva, debe interpretarse en sentido estricto (véase, por analogía, la sentencia Comisión/Alemania, C-275/08, EU:C:2009:632, apartado 55 y jurisprudencia citada). No obstante, la interpretación de dicha excepción debe sea acorde con los objetivos que persigue. De este modo, este principio de interpretación estricta no significa que los términos empleados para definir la excepción prevista en el citado artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 hayan de interpretarse de tal manera que ésta quede privada de efectos (véase, por analogía, la sentencia Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, apartado 30 y jurisprudencia citada).

41 Fastweb alega que, conforme a los objetivos de la Directiva 89/665 y a las normas relativas a la libertad de establecimiento y a la competencia que el Derecho de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos pretende realizar, esta excepción sólo es facultativa. A este respecto, sostiene que de los considerandos 20 a 22 de la Directiva 2007/66 se desprende que el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 no excluye la aplicación de sanciones más severas en virtud del Derecho nacional ni por tanto la posibilidad de que el juez nacional decida, tras la ponderación de los intereses generales e individuales en juego, si procede declarar la ineficacia del contrato.

42 Sobre este punto procede destacar que, en virtud del artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665, excepto en los casos previstos en los artículos 2 *quinquies* a 2 *septies* de ésta, los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 de dicho artículo 2 sobre el contrato celebrado tras un procedimiento de adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional. De esto se deriva que, en las situaciones a las que se refiere, en particular, el artículo 2 *quinquies* de dicha Directiva, las medidas que pueden adoptarse a raíz de los recursos dirigidos contra las entidades adjudicadoras sólo están determinadas por las normas previstas en la citada Directiva. A este respecto debe señalarse que, según el artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665, los supuestos previstos en los artículos 2 *quinquies* a 2 *septies* de esa

Directiva no están comprendidos en la norma general conforme a la cual los efectos de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se determinarán con arreglo al Derecho nacional. En consecuencia, los Estados miembros no están facultados para establecer en su Derecho nacional normas relativas a los efectos de las infracciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en circunstancias tales como las previstas en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de esa misma Directiva.

43 Aunque la adjudicación directa ilegal, como indican los considerandos 13 y 14 de la Directiva 2007/66, es la infracción más importante del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y debe ser sancionada en principio con la ineficacia del contrato, el considerando 26 de esa Directiva destaca la necesidad de evitar la incertidumbre jurídica que podría derivarse de tal ineficacia en el caso concreto del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665.

44 Como señaló el Abogado General en el apartado 57 de sus conclusiones, al establecer, mediante el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, la excepción a la regla de la ineficacia del contrato, el legislador de la Unión pretende conciliar los diferentes intereses en juego, a saber, los de la empresa perjudicada, a quien debe otorgarse la posibilidad de iniciar un procedimiento de urgencia antes de la celebración del contrato y de solicitar la anulación del contrato celebrado ilegalmente, y los de la entidad adjudicadora y la empresa seleccionada, que exigen que se evite la inseguridad jurídica que pueda derivarse de la ineficacia del contrato.

45 Habida cuenta de lo que se ha expuesto, debe señalarse que sería contrario tanto al tenor como a la finalidad del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 permitir a los tribunales nacionales declarar la ineficacia del contrato cuando se cumplen los tres requisitos contemplados en dicha disposición.

46 No obstante, para lograr los objetivos enunciados en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, en particular el establecimiento de vías de recurso eficaces contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras con infracción de la normativa en materia de contratos públicos, es necesario que el órgano responsable del procedimiento de recurso ejerza un control efectivo cuando comprueba si se cumplen los requisitos contemplados en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665.

47 En particular, el requisito previsto en dicho artículo 2 *quinquies*, apartado 4, primer guión, se refiere al hecho de que la entidad adjudicadora estime que la adjudicación del contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* es admisible de conformidad con la Directiva 2004/18. Además, el requisito que figura en el segundo guión del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 prevé que la entidad adjudicadora publique en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de dicha Directiva. Conforme al mencionado artículo 3 *bis*, letra c), ese anuncio debe incluir la justificación de la decisión de la entidad adjudicadora de atribuir el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación.

48 Respecto a este último aspecto, dicha justificación debe mostrar de modo claro e inequívoco las razones por las que la entidad adjudicadora ha estimado que podía adjudicar el contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación, para que los interesados puedan decidir con pleno conocimiento de causa si consideran útil acudir ante el órgano responsable del procedimiento de recurso y éste pueda ejercer un control efectivo.

49 Como se deriva de la resolución de remisión, en el asunto principal, la entidad adjudicadora recurrió al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación basándose en el artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18. A este

respecto, procede recordar que sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en las circunstancias descritas con carácter exhaustivo en los artículos 30 y 31 de la Directiva 2004/18, y que este procedimiento tiene, en relación con los procedimientos abierto y restringido, carácter excepcional (sentencia Comisión/Bélgica, C-292/07, EU:C:2009:246, apartado 106 y jurisprudencia citada).

50 En el marco de su control, el órgano responsable del procedimiento de recurso debe examinar si la entidad adjudicadora, al adoptar la decisión de adjudicar un contrato recurriendo a un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, actuó con diligencia y si podía estimar que se cumplían efectivamente los requisitos establecidos por el artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18.

51 Entre los elementos que dicho órgano debe tomar en consideración a este respecto figuran las circunstancias y los motivos, mencionados en el anuncio previsto en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, segundo guión, de la Directiva 89/665, que han llevado a la entidad adjudicadora a recurrir al procedimiento negociado establecido en el artículo 31 de la Directiva 2004/18.

52 Si, a raíz de su control, el órgano responsable del procedimiento de recurso comprueba que no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, deberá declarar que el contrato es ineficaz conforme a la norma establecida en el apartado 1, letra a), de dicho artículo. Dicho órgano determinará las consecuencias de la declaración de ineficacia del contrato, en virtud del artículo 2 *quinquies*, apartado 2, de la Directiva 89/665, con arreglo al Derecho nacional.

53 Por el contrario, si dicho órgano comprueba que se cumplen esos requisitos, deberá mantener los efectos del contrato en aplicación del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665.

54 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato público ha sido adjudicado sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siendo así que esa publicación era obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18, excluye que se declare la ineficacia del contrato si se cumplen los requisitos enunciados en dicho artículo, extremo que debe comprobar el tribunal remitente.

#### *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

55 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, para el caso de que se responda de modo afirmativo a la primera cuestión prejudicial, si el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665 es válido con arreglo al principio de no discriminación y al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 47 de la Carta.

56 A este respecto, Fastweb sostiene que la publicación de un anuncio de transparencia previa voluntaria en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y la observancia del plazo de suspensión mínimo de diez días entre dicha publicación y la celebración del contrato no garantizan el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva. Según Fastweb, tal publicación no garantiza que se informe a los competidores potenciales de la adjudicación de un contrato a un operador económico determinado, en particular si la publicación se produce durante un período en el que se reduce o se interrumpe la actividad.

57 Por lo que respecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el artículo 47, párrafo primero, 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.

58 Según reiterada jurisprudencia, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al particular como a la administración interesados, es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Tales plazos no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en ese sentido, la sentencia Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, apartado 30 y jurisprudencia citada).

59 Además, las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas. Tal protección no puede ser eficaz si el interesado no puede invocar dichas normas frente a la entidad adjudicadora (véase, en ese sentido, la sentencia Comisión/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, apartado 20).

60 En consecuencia, la tutela judicial efectiva exige que se informe a los interesados de una decisión de adjudicación con cierta antelación a la celebración del contrato para que estos dispongan de una posibilidad real de interponer un recurso, en particular una demanda de medidas cautelares, antes de dicha celebración (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/España, C-444/06, EU:C:2008:190, apartados 38 y 39 y Comisión/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, apartado 33).

61 El artículo 2 *quinquies*, apartado 4, segundo guión, de la Directiva 89/665 garantiza, al prever la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de un anuncio en el que se manifieste la intención de celebrar un contrato, tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de dicha Directiva, la transparencia de la adjudicación del contrato. Esta disposición tiene como finalidad asegurar que todos los candidatos potencialmente afectados puedan conocer la decisión de la entidad adjudicadora de atribuir el contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación. Por otro lado, conforme al tercer guión de dicha disposición, la entidad adjudicadora debe observar un plazo de suspensión de diez días. De este modo, a los interesados se les brinda la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión de adjudicación antes de que se celebre el contrato.

62 Además, también procede señalar que, aunque haya transcurrido el plazo de suspensión de por lo menos diez días civiles, previsto en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, los operadores perjudicados podrán ejercer una acción de daños y perjuicios con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra c), de dicha Directiva.

63 A este respecto, como se desprende del apartado 44 de la presente sentencia, debe tenerse en cuenta el hecho de que, mediante la excepción establecida en el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, el legislador de la Unión pretende conciliar diversos intereses, a saber, los de la empresa perjudicada, ofreciéndole la oportunidad de iniciar un procedimiento de urgencia antes de la celebración del contrato y de obtener la anulación del contrato celebrado ilegalmente, y los de la entidad adjudicadora y la empresa seleccionada, limitando la inseguridad jurídica que podría derivarse de la ineficacia del contrato.

64 Habida cuenta de lo anterior, debe declararse que el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, al establecer el mantenimiento de los efectos de un contrato, no es contrario a las exigencias derivadas del artículo 47 de la Carta.

65 Cabe afirmar lo mismo del principio de no discriminación, que persigue, en el ámbito de la contratación pública, los mismos objetivos de garantizar, en particular, la libre circulación de servicios y la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véanse, en especial, las sentencias Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 48, y Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 28). En efecto, como ya se ha indicado en el apartado 61 de la presente sentencia, el artículo 2 *quinquies*, apartado 4, segundo guión, de la Directiva 89/665 tiene como finalidad que todos los candidatos potencialmente afectados puedan conocer la decisión de la entidad adjudicadora de atribuir un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación y, de este modo, puedan interponer un recurso contra dicha decisión con el objeto de que se controle su legalidad.

66 A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el examen de ésta no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665.

### **Costas**

67 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. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) **El artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato público ha sido adjudicado sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siendo así que esa publicación era obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, excluye que se declare la ineficacia del contrato si se cumplen los requisitos enunciados en dicho artículo, extremo que debe comprobar el tribunal remitente.**

2) **El examen de la segunda cuestión prejudicial no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66.**