

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 6 de junio de 2024 (*)

«Procedimiento prejudicial — Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras — Directiva 89/665/CEE — Artículo 2, apartado 1, letra c) — Indemnización por daños y perjuicios concedida a un licitador ilegalmente excluido de un procedimiento de contratación pública — Alcance — Pérdida de una oportunidad»

En el asunto C-547/22,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II, Eslovaquia), mediante resolución de 22 de julio de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de agosto de 2022, en el procedimiento entre

INGSTEEL spol. s. r. o.

y

Úrad pre verejné obstarávanie,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan, Presidente de Sala, y los Sres. Z. Csehi, M. Ilešič, I. Jarukaitis y D. Gratsias (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. A. M. Collins;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de septiembre de 2023;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Úrad pre verejné obstarávanie, por la Sra. V. Országhová;
- en nombre del Gobierno eslovaco, por las Sras. E. V. Larišová y S. Ondrášiková, en calidad de agentes;

- en nombre del Gobierno checo, por la Sra. L. Halajová y los Sres. M. Smolek y J. Vláčil, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. R. Bénard y la Sra. A. Daniel, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. J. Schmoll, el Sr. M. Fruhmann y la Sra. M. Winkler-Unger, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara, R. Lindenthal y G. Wils, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de diciembre de 2023;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartados 1, letra c), 6 y 7, 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 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, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre INGSTEEL spol. s. r. o. y la República Eslovaca, que actúa a través de la Úrad pre verejné obstarávanie (Autoridad Reguladora de los Contratos Públicos, Eslovaquia), en relación con un recurso de indemnización interpuesto por dicha sociedad a raíz de la exclusión ilegal de la asociación de la que era miembro (en lo sucesivo, «asociación licitadora») de un procedimiento de contratación pública incoado por la Slovenský futbalový zväz (Asociación Eslovaca de Fútbol; en lo sucesivo, «entidad adjudicadora»).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 89/665

3 El sexto considerando de la Directiva 89/665 presenta el siguiente tenor:

«Considerando que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.»

4 El artículo 1 de esta Directiva, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece:

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

[...]

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 contrat[os] públicos 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 comunitario y las demás normas nacionales.

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.

[...]»

5 El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Requisitos de los procedimientos de recurso», señala:

«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:

- a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador;
- 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.

[...]

6. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclame una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada deba ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto.

7. 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.

Por otra parte, excepto en caso de que una decisión deba ser anulada antes de conceder una indemnización por daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato de conformidad con el artículo 1, apartado 5, el apartado 3 del presente artículo, o los artículos 2 *bis* a 2 *septies*, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

[...]»

Directiva 2007/66/CE

- 6 A tenor del considerando 36 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO 2007, L 335, p. 31):

«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 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 de los Derechos Fundamentales].»

Derecho eslovaco

- 7 En virtud del artículo 3, apartado 1, letra a), de la zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (Ley n.º 514/2003 Rec., relativa a la Responsabilidad por los Daños Causados en el Ejercicio del Poder Público), de 28 de octubre de 2003 (Zbierka zákonov, n.º 215, 2003, p. 3966), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Ley n.º 514/2003»), el Estado es responsable del perjuicio causado por una resolución ilegal adoptada por los organismos públicos en el ejercicio del poder público.
- 8 Según el artículo 5, apartado 1, de dicha Ley, la parte en el procedimiento que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de una resolución ilegal dictada en el procedimiento referido tendrá derecho a la reparación de tal perjuicio.
- 9 De conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la misma Ley, este derecho a ser resarcido solo puede invocarse si tal decisión ha sido anulada o modificada, por razón de su ilegalidad, por una autoridad competente. El juez que resuelva sobre la reparación de tal perjuicio está vinculado por la decisión de dicha autoridad.
- 10 Según el artículo 15, apartado 1, de esa Ley, el derecho a la reparación del perjuicio causado por un procedimiento administrativo irregular debe ser objeto de un examen preliminar sobre la base de una solicitud escrita de la parte perjudicada que solicite el examen preliminar de su derecho ante la autoridad competente.
- 11 Del artículo 16, apartado 4, de la Ley n.º 514/2003 se desprende, por un lado, que, si dicha autoridad desestima la demanda o informa por escrito a la parte perjudicada de que no la estimará, tal parte podrá recurrir ante un órgano jurisdiccional para que este se pronuncie sobre dicha demanda y, por otro lado, que, en el marco de su acción judicial, esa parte solo podrá

reclamar una indemnización de acuerdo con la demanda y el derecho que hayan sido objeto del examen preliminar.

- 12 El artículo 17, apartado 1, de dicha Ley establece que los perjuicios reales y el lucro cesante se indemnizarán, salvo disposición especial en contrario.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 13 Mediante anuncio publicado el 16 de noviembre de 2013, la entidad adjudicadora convocó una licitación a efectos de la adjudicación de un contrato público para la remodelación, la modernización y la construcción de dieciséis estadios de fútbol. La asociación licitadora participó en esta licitación.
- 14 La entidad adjudicadora decidió excluirla de la licitación controvertida por considerar que dicha asociación no cumplía los requisitos del anuncio de licitación relativos, en particular, a su capacidad económica y financiera. Esta decisión de exclusión fue confirmada por una resolución de la parte demandada en el litigio principal de 9 de mayo de 2014 y, posteriormente, por una resolución del Consejo Superior de esta de 7 de julio de 2014. Dado que el Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava, Eslovaquia) desestimó el recurso interpuesto contra esta última resolución mediante sentencia de 13 de enero de 2015, la asociación interpuso un recurso contra tal sentencia ante el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca).
- 15 Tras haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 13 de julio de 2017, *Ingsteel y Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) anuló las resoluciones de 9 de mayo y de 7 de julio de 2014. El 3 de abril de 2018, la parte demandada en el litigio principal adoptó una nueva decisión por la que ordenaba a la entidad adjudicadora anular la exclusión de la asociación licitadora del procedimiento de contratación pública controvertido.
- 16 Dado que, entretanto, el procedimiento había concluido con la celebración de un acuerdo marco con el único licitador que permaneció en liza a raíz de la exclusión de dicha asociación, la demandante en el litigio principal interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente, el Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II, Eslovaquia), un recurso por el que solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios supuestamente sufridos como consecuencia de las decisiones ilegales de la parte demandada en el litigio principal y de su Consejo Superior.

- 17 Ante dicho órgano jurisdiccional, la demandante en el litigio principal alega que ese perjuicio resulta de la exclusión ilegal de la asociación licitadora del procedimiento de contratación pública controvertido, ya que el adjudicatario obtuvo el contrato únicamente a causa de esa exclusión. Considera, en esencia, que, si dicha asociación no hubiera sido excluida del procedimiento de contratación pública controvertido, se le habría adjudicado el contrato, puesto que su oferta era más ventajosa que la de ese adjudicatario y cumplía todos los requisitos del anuncio de licitación de que se trata.
- 18 Con el fin de determinar el importe del perjuicio supuestamente sufrido, la demandante en el litigio principal encargó un dictamen pericial que tenía por objeto cuantificar el lucro cesante derivado de la no adjudicación del contrato. Sobre la base de este dictamen pericial, invoca un lucro cesante derivado de la no adjudicación del contrato por importe de 819 498,10 euros, sin impuesto sobre el valor añadido, y solicita una indemnización de daños y perjuicios por importe de 2 500 euros, correspondiente a los gastos en que incurrió para la elaboración de dicho dictamen pericial.
- 19 Ante el órgano jurisdiccional remitente, la parte demandada en el litigio principal señala que la asociación licitadora fue excluida al término de la primera fase del procedimiento de contratación pública controvertido y que volver a incluirla en dicho procedimiento no habría conllevado automáticamente que se le adjudicara tal contrato, puesto que la entidad adjudicadora habría debido evaluar su oferta de manera más detallada y, en particular, determinar si el precio indicado constituía una oferta anormalmente baja.
- 20 Por otra parte, la parte demandada en el litigio principal considera, invocando, a este respecto, la sentencia de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión (T-160/03, EU:T:2005:107), que la pretensión de la demandante en el litigio principal es puramente hipotética. Según ella, el informe pericial presentado por esta última se basa en datos ficticios, habida cuenta, en particular, de que la cantidad de obras de construcción prevista en la licitación de que se trata no se ha ejecutado necesariamente.
- 21 En este contexto, la demandante en el litigio principal señala que una pretensión que, por razones objetivas, no ha sido acreditada con certeza no puede calificarse, de entrada, de hipotética. En su opinión, a diferencia del perjuicio real, el lucro cesante no consiste en una disminución de los bienes de la parte perjudicada, sino en una pérdida del beneficio esperado, que debe ser razonablemente previsible a la vista del curso normal de las cosas, en ausencia del acto ilícito de que se trate. Por lo que respecta a la

materialización del contrato público, la demandante en el litigio principal señala que, si la entidad adjudicadora convoca una licitación, cabe suponer que tiene interés en la ejecución del contrato correspondiente y la intención de celebrar un contrato con el adjudicatario, como sucede, por lo demás, en el caso de autos, dado que la entidad adjudicadora celebró un contrato con el adjudicatario en relación con todas las obras previstas en la licitación de que se trata.

22 A la vista de las alegaciones de las partes en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la compatibilidad del artículo 17 de la Ley n.º 514/2003 con la Directiva 89/665. Indica que, durante el procedimiento seguido ante él, la demandante en el litigio principal reclamó una indemnización por una oportunidad perdida recurriendo al concepto de «lucro cesante», que era el más próximo al derecho a la indemnización de un perjuicio derivado de la pérdida de la oportunidad que invocaba. En opinión de esta, el Derecho eslovaco no distingue entre las diferentes categorías de perjuicios indemnizables, de modo que la pérdida de una oportunidad está comprendida en la categoría del lucro cesante. La demandante en el litigio principal añade que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente desde hace tiempo que, en caso de exclusión ilegal de un licitador de un procedimiento de contratación pública, este tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que ha sufrido como consecuencia de la pérdida de una oportunidad, que no puede asimilarse a un lucro cesante y no exige una probabilidad tan elevada de obtener una ventaja patrimonial. Se trata, a su entender, de una indemnización por una oportunidad perdida de obtener un beneficio y no de una indemnización por el propio beneficio.

23 En estas circunstancias, el Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Resulta compatible la práctica de un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un asunto relativo a una demanda de indemnización del daño causado a un licitador excluido ilegalmente de un procedimiento de contratación pública, de denegar la indemnización en concepto de pérdida de oportunidad (*loss of opportunity*) con el artículo 2, apartado 1, letra c), en relación con el artículo 2, apartados 6 y 7, de la Directiva [89/665]?

2) ¿Resulta compatible la práctica de un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un asunto relativo a una demanda de indemnización del daño causado a un licitador excluido ilegalmente de un procedimiento de contratación pública, de considerar que el lucro cesante causado por la pérdida de la oportunidad de participar

en el procedimiento de contratación pública no forma parte de la indemnización del daño con el artículo 2, apartado 1, letra c), en relación con el artículo 2, apartados 6 y 7, de la Directiva [89/665]?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

- 24 La parte demandada en el litigio principal se opone a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales alegando, en esencia, que no son pertinentes para apreciar el recurso en el litigio principal, ya que el órgano jurisdiccional remitente no ha declarado ni la admisibilidad de este ni la legitimación activa de la demandante en el litigio principal. Además, prosigue, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales en la medida en que, mediante ellas, el órgano jurisdiccional remitente desea, en realidad, que el Tribunal de Justicia reexamine el litigio principal u obtener instrucciones sobre el procedimiento que debe seguir en caso de que decida no conceder una indemnización por la pérdida de una oportunidad.
- 25 A este respecto, se deriva de reiterada jurisprudencia que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecida en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 12 de octubre de 2023, INTER CONSULTING, C-726/21, EU:C:2023:764, apartado 32 y jurisprudencia citada).
- 26 De lo anterior resulta que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 12 de octubre de

2023, INTER CONSULTING, C-726/21, EU:C:2023:764, apartado 33 y jurisprudencia citada).

- 27 Pues bien, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente no solicita al Tribunal de Justicia que aplique al litigio principal las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en las cuestiones prejudiciales, sino que las interprete. Además, dicho órgano jurisdiccional, que, según la jurisprudencia, debe asumir la responsabilidad de la resolución judicial que debe adoptarse (sentencia de 13 de enero de 2022, Regione Puglia, C-110/20, EU:C:2022:5, apartado 23 y jurisprudencia citada), ha expuesto con suficiente claridad las razones por las que considera que la interpretación de esas disposiciones es necesaria para resolver el litigio.
- 28 Por otra parte, procede recordar que, según jurisprudencia igualmente reiterada, aun cuando pueda ser ventajoso, según los casos, que los hechos del asunto se hayan acreditado y que los problemas de Derecho nacional se hayan resuelto en el momento de la remisión al Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión que precisan una decisión por su parte (sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, EU:C:2015:354, apartado 31 y jurisprudencia citada). Por lo tanto, la alegación de la parte demandada en el litigio principal según la cual el recurso interpuesto por la demandante en el litigio principal no cumple los requisitos de admisibilidad establecidos por el Derecho eslovaco no acredita la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales.
- 29 En tales circunstancias, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sobre el fondo

- 30 Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una práctica nacionales que excluyen la posibilidad de que un licitador excluido de un procedimiento de contratación pública debido a una decisión ilegal de la entidad adjudicadora sea indemnizado por el perjuicio sufrido como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de participar en dicho procedimiento para obtener la adjudicación del contrato correspondiente.

- 31 De la petición de decisión prejudicial se desprende que el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia, más concretamente, que precise si esta disposición debe interpretarse en el sentido de que las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública y que, por tanto, tienen derecho a ser indemnizadas incluyen no solo a aquellas que hayan sufrido un perjuicio por no haber obtenido la adjudicación de un contrato público, a saber, su lucro cesante, sino también a las que hayan sufrido un perjuicio derivado de la pérdida de la posibilidad de participar en el procedimiento de licitación de ese contrato y de obtener un beneficio derivado de tal participación.
- 32 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (sentencia de 20 de abril de 2023, DIGI Communications, C-329/21, EU:C:2023:303, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 33 Por lo que respecta, en primer lugar, al tenor del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, procede señalar que esta disposición, formulada de manera amplia, establece que los Estados miembros velarán por que se conceda una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, lo que, a falta de indicaciones que permitan distinguir las diferentes categorías de perjuicio, puede referirse a cualquier tipo de perjuicio sufrido por esas personas, incluido aquel derivado de la pérdida de la oportunidad de participar en un procedimiento de contratación pública.
- 34 Esta conclusión se ve confirmada, en segundo lugar, por el contexto en el que se inscribe dicha disposición.
- 35 En efecto, según reiterada jurisprudencia, los particulares perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro tienen derecho a la reparación del perjuicio sufrido siempre que se cumplan tres requisitos, a saber, que la norma del Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de dicha norma sea suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta infracción y el daño sufrido por tales particulares (sentencia de 29 de julio de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, apartado 35 y jurisprudencia citada). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la reparación de los daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio

sufrido, en el sentido de que debe permitir, en su caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos [sentencia de 28 de junio de 2022, Comisión/España (Infracción del Derecho de la Unión por el legislador), C-278/20, EU:C:2022:503, apartado 164 y jurisprudencia citada]. Pues bien, el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 constituye una concreción de estos principios, inherentes al ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de diciembre de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie y otros, C-568/08, EU:C:2010:751, apartado 87).

- 36 A este respecto, y de conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, los procedimientos de recurso previstos en esta deben ser 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. Por otra parte, como se desprende del considerando 36 de la Directiva 2007/66, el sistema de recursos establecido por la Directiva 89/665 tiene por objeto 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 de los Derechos Fundamentales (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 y C-275/21, EU:C:2022:565, apartado 88 y jurisprudencia citada).
- 37 Esta última Directiva no establece ninguna posibilidad de limitar tal acceso. Por el contrario, los Estados miembros pueden establecer, en virtud del artículo 2, apartado 7, párrafo segundo, de dicha Directiva, que, una vez celebrado el contrato tras la adjudicación, los poderes del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción. Así, el legislador de la Unión dispuso que el recurso dirigido a obtener una indemnización por daños y perjuicios establecido en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la misma Directiva fuera la vía de recurso de última instancia, que debe seguir estando a disposición de los perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión cuando se vean privados, de hecho, de toda posibilidad de disfrutar del efecto útil de una de las demás vías de recurso establecidas en esta última disposición.
- 38 Es el caso, en particular, de un licitador ilegalmente excluido que, habiendo solicitado y obtenido la anulación de su exclusión de un procedimiento de contratación pública como el controvertido en el litigio principal, ya no tiene, sin embargo, debido a que dicho procedimiento ha concluido entretanto, la posibilidad de beneficiarse de los efectos de tal anulación.

- 39 En efecto, si bien un perjuicio puede resultar de la no adjudicación, como tal, de un contrato público, procede señalar que, en un caso como el indicado en el apartado anterior, el licitador que ha sido excluido ilegalmente puede sufrir un perjuicio distinto, que se corresponde con la oportunidad perdida de participar en el procedimiento de contratación pública correspondiente para obtener la adjudicación de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2023, *United Parcel Service/Comisión*, C-297/22 P, EU:C:2023:1027, apartado 69). Pues bien, a la luz de las consideraciones expuestas en el apartado 37 de la presente sentencia, tal perjuicio debe poder ser objeto de indemnización en virtud del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665.
- 40 En tercer lugar, la interpretación amplia del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 se ve corroborada por el objetivo perseguido por esta Directiva de no excluir ningún tipo de perjuicio de su ámbito de aplicación.
- 41 En particular, procede recordar que, si bien es cierto que no puede considerarse que la Directiva 89/665 lleve a cabo una armonización completa y, por tanto, contemple todas las vías de recurso posibles en materia de contratación pública (sentencia de 26 de marzo de 2020, *Hungeod y otros*, C-496/18 y C-497/18, EU:C:2020:240, apartado 73), no es menos cierto que, como se enuncia en el sexto considerando de dicha Directiva, esta procede de la voluntad del legislador de la Unión de garantizar que, en todos los Estados miembros, los procedimientos adecuados permitan no solo la anulación de las decisiones ilegales, sino también la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión.
- 42 Pues bien, este objetivo se vería comprometido si el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 debiera interpretarse en el sentido de que permite excluir por principio la posibilidad de que las personas a las que se refiere el artículo 1, apartado 3, de dicha Directiva obtengan una indemnización por los perjuicios que alegan haber sufrido como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública.
- 43 En efecto, como ha declarado el Tribunal de Justicia en relación con el lucro cesante, la exclusión total, en concepto de daño reparable, de la pérdida de la oportunidad de participar en un procedimiento de contratación pública para obtener la adjudicación del contrato no puede admitirse en caso de infracción del Derecho de la Unión, puesto que, especialmente en relación con litigios de carácter económico o mercantil, tal exclusión total de esa pérdida de oportunidad puede hacer de hecho imposible la reparación del daño (véanse, por analogía, las sentencias de

5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 87; de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, apartado 96 y jurisprudencia citada, y de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, apartado 95).

- 44 Por lo tanto, el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por daños y perjuicios que las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública pueden solicitar con arreglo a dicha disposición puede cubrir el perjuicio sufrido como consecuencia de una pérdida de oportunidad.
- 45 No obstante, procede señalar que, si bien tal artículo 2, apartado 1, letra c), exige que se conceda una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, corresponde, a falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de la pérdida de la oportunidad de participar en un procedimiento de contratación pública para obtener su adjudicación, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie y otros*, C-568/08, EU:C:2010:751, apartado 90 y jurisprudencia citada).
- 46 En el presente asunto, de la petición de decisión prejudicial se desprende que el artículo 17 de la Ley n.º 514/2003 solo se refiere expresamente, como daños indemnizables, a los «perjuicios reales» y al «lucro cesante». En la vista, el Gobierno eslovaco indicó que, según reiterada jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales eslovacos, un «lucro cesante» debe indemnizarse cuando es altamente probable, incluso próximo a la certeza, que, habida cuenta de las circunstancias existentes en el caso correspondiente, la persona de que se trate habría obtenido un beneficio. No obstante, refiriéndose a la posición de la Comisión Europea según la cual los órganos jurisdiccionales eslovacos deben recurrir a todos los medios nacionales para permitir que un licitador excluido ilegalmente de un procedimiento de contratación pública reclame efectivamente una indemnización por daños y perjuicios debido a una oportunidad perdida, dicho Gobierno declaró, en la vista, que nada impide a un demandante hacer uso de los recursos de que dispone para hacer valer su derecho y aportar las pruebas que lo demuestren.
- 47 A este respecto, basta con recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para garantizar la efectividad del conjunto de las

disposiciones del Derecho de la Unión, el principio de primacía obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión (sentencia de 4 de marzo de 2020, Bank BGŻ BNP Paribas, C-183/18, EU:C:2020:153, apartado 60 y jurisprudencia citada) y que esta exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada, incluso asentada, si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 86 y jurisprudencia citada).

- 48 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una práctica nacionales que excluyen por principio la posibilidad de que un licitador excluido de un procedimiento de contratación pública debido a una decisión ilegal de la entidad adjudicadora sea indemnizado por el perjuicio sufrido como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de participar en dicho procedimiento para obtener la adjudicación del contrato de que se trate.

Costas

- 49 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este 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:

El artículo 2, apartado 1, letra c), 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

se opone a una normativa o a una práctica nacionales que excluyen por principio la posibilidad de que un licitador excluido de un procedimiento de contratación pública debido a una decisión ilegal de la entidad adjudicadora sea indemnizado por el perjuicio sufrido como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de participar en dicho procedimiento para obtener la adjudicación del contrato de que se trate.

Firmas