



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTHONY MICHAEL COLLINS
presentadas el 7 de diciembre de 2023¹

Asunto C-547/22

INGSTEEL spol. s. r. o.
contra
Úrad pre verejné obstarávanie

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II, Eslovaquia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratación pública — Procedimientos de recurso — Directiva 89/665/CEE — Responsabilidad extracontractual de los Estados miembros — Recurso de indemnización por infracción del Derecho de la Unión interpuesto por un licitador descartado — Cuantificación — Lucro cesante — Pérdida de oportunidad»

I. Introducción

1. ¿Obliga el Derecho de la Unión a los Estados miembros a estimar una demanda de indemnización del daño por pérdida de oportunidad presentada por un licitador excluido ilegalmente de un procedimiento de adjudicación de un contrato público cuando ese procedimiento haya concluido y se haya celebrado un contrato con el licitador adjudicatario? Para responder a esta pregunta, es preciso que el Tribunal de Justicia determine si las legislaciones de los Estados miembros regulan la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a que se refiere 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.² En caso afirmativo, el Tribunal de Justicia debe examinar las consecuencias de la exigencia de que dichas legislaciones respeten el principio de efectividad.

¹ Lengua original: inglés.

² DO 1989, L 395, p. 33, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) y por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 (DO 2014, L 94, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

2. La exposición de motivos de la Directiva 89/665 contiene el siguiente texto:

«Considerando que la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación;

[...]

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.»

3. En virtud del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665:

«En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65)] o de la Directiva 2014/23/UE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1)], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz [...]».

4. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 dispone lo siguiente:

«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. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665:

«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:

[...]

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

B. Derecho eslovaco

6. El 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, sobre Responsabilidad por los Daños Causados en el Ejercicio de la Autoridad Pública; en lo sucesivo, «Ley n.º 514/2003») establece que el Estado será responsable del daño causado por la autoridad pública mediante la adopción de una decisión contraria a Derecho.

7. En virtud del artículo 5, apartado 1, de la Ley n.º 514/2003, la parte de un procedimiento que haya sufrido un daño como resultado de una decisión contraria a Derecho adoptada en ese mismo procedimiento tiene derecho a indemnización.

8. El artículo 17, apartado 1, de la Ley n.º 514/2003 establece que se indemnizarán el daño real y el lucro cesante, salvo que se disponga lo contrario en leyes específicas.

9. El artículo 442, apartado 1, de la zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (Ley n.º 40/1964, por la que se aprueba el Código Civil; en lo sucesivo, «Código Civil») dispone que en la indemnización por daños se tendrán en cuenta el daño real y el lucro cesante.

10. La zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (Ley n.º 25/2006, de Contratos Públicos) no parece contener ninguna disposición específica que regule las vías de recurso para la indemnización de los daños derivados de la adjudicación de contratos públicos.

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

11. En 2013, la Slovenský futbalový zväz (Federación Eslovaca de Fútbol) publicó un anuncio de licitación para la adjudicación de un contrato para la construcción, reestructuración y modernización de estadios de fútbol. INGSTEEL spol. s r. o. (en lo sucesivo, «Ingsteel»), una empresa que opera en el sector de la construcción, participó en dicho procedimiento de licitación. La Federación Eslovaca de Fútbol excluyó a Ingsteel del procedimiento por no cumplir los requisitos económicos y financieros indicados en la licitación. Ingsteel impugnó la legalidad de esta exclusión mediante un recurso en el contexto del cual el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) planteó al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

12. En su sentencia de 13 de julio de 2017, Ingsteel y Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), el Tribunal de Justicia declaró que 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,³ debe interpretarse en el sentido de que, cuando una licitación exige la presentación de una declaración emitida por una entidad bancaria mediante la que esta se comprometa a conceder un préstamo a un licitador y las entidades bancarias a las que el licitador haya solicitado tal declaración se nieguen a emitirla, esa Directiva autoriza, en su caso, a dicho licitador a acreditar su capacidad económica y financiera mediante otros medios adecuados. Habida cuenta de la sentencia del Tribunal de Justicia, el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) declaró la ilegalidad de la decisión de exclusión de Ingsteel y la anuló. A continuación, devolvió el asunto a la Úrad pre verejné obstarávanie (Autoridad de Contratación Pública, Eslovaquia) para que adoptara las medidas oportunas.

³ DO 2004, L 134, p. 114.

13. Dado que el procedimiento de adjudicación del contrato público había finalizado y el poder adjudicador había celebrado un acuerdo marco con el adjudicatario, Ingsteel interpuso una demanda contra la Autoridad de Contratación Pública con objeto de reclamar una indemnización por la pérdida de la oportunidad de ganar la licitación. Alegó que la pérdida de oportunidad y el lucro cesante son dos clases de perjuicios distintos. Resulta que, con arreglo al Derecho eslovaco, el nivel de prueba exigido para demostrar que el daño es suficientemente previsible es inferior en el contexto de las pretensiones de indemnización por pérdida de oportunidad que en el de las demandas de indemnización por el lucro cesante.

14. La Autoridad de Contratación Pública opina que la demanda de indemnización presentada por Ingsteel es hipotética. Aduce que nada garantiza que Ingsteel habría sido seleccionada como adjudicataria o que, de haberlo sido, el poder adjudicador habría celebrado un contrato con dicha empresa.

15. El Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II, Eslovaquia) se pregunta si la Directiva 89/665 le obliga a estimar una demanda de indemnización del daño por pérdida de oportunidad presentada por un licitador en el supuesto de que un órgano jurisdiccional haya anulado la decisión de excluirlo de un procedimiento que dio lugar a la adjudicación de un contrato público y el poder adjudicador haya celebrado un contrato con otro licitador. El Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «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]?»

16. Han presentado observaciones escritas la Autoridad de Contratación Pública, los Gobiernos checo, francés y eslovaco y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 20 de septiembre de 2023, se oyeron los informes orales de los Gobiernos checo y austriaco y de la Comisión y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia.

IV. Análisis

A. Sobre la admisibilidad

17. La Autoridad de Contratación Pública propone dos motivos por los que considera que el Tribunal de Justicia debe declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial. En primer lugar, Ingsteel carece de legitimación para entablar una demanda de indemnización, dado que participó en el procedimiento de adjudicación conjuntamente con Metrostav a.s., que no es parte en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente. En segundo lugar, Ingsteel no

puede presentar la demanda de indemnización por pérdida de oportunidad en esta fase del procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, puesto que originalmente había reclamado una indemnización por el lucro cesante y no por pérdida de oportunidad.

18. El Gobierno eslovaco también alberga dudas en cuanto a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente parece preguntar al Tribunal de Justicia si procede estimar la pretensión de indemnización formulada por Ingsteel. Tanto la Autoridad de Contratación Pública como el Gobierno eslovaco señalan que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre la fundamentación de la pretensión de Ingsteel.

19. Según reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 267 TFUE, por una parte, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del procedimiento principal y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.⁴ 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 procedimiento 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 responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado.⁵

20. Mediante las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se solicita una interpretación del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665. A la vista de las circunstancias del asunto, las cuestiones que plantea la resolución de remisión en cuanto a la posibilidad de interponer una acción de indemnización por la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato público no parecen hipotéticas. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, con arreglo al Derecho nacional, Ingsteel está legitimada para interponer una demanda de indemnización por pérdida de oportunidad y qué consecuencias pueden derivarse, en su caso, de la forma en que dicha empresa presentó su demanda. Por estas razones, propongo al Tribunal de Justicia que desestime las objeciones a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

B. Sobre el fondo

1. Observaciones de las partes

21. La Autoridad de Contratación Pública y los Gobiernos austriaco, checo, francés y eslovaco sostienen que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar los criterios por los que se ha de regir la evaluación de los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Dichas partes admiten asimismo que tales normas nacionales deben respetar los principios de equivalencia y de

⁴ Véase la sentencia de 13 de enero de 2022, Regione Puglia (C-110/20, EU:C:2022:5), apartado 23 y jurisprudencia citada.

⁵ *Ibidem*, apartado 24 y jurisprudencia citada.

efectividad. Dado que la Directiva 89/665 solo prevé una armonización mínima, no contiene orientación alguna sobre los criterios que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta al realizar dicha determinación. De ello se deduce que la Directiva 89/665 no obliga a los Estados miembros a establecer una vía de recurso para reclamar una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener la adjudicación de un contrato público.

22. El Gobierno checo sugiere que el concepto de daño en el sentido de la Directiva 89/665 no es un concepto autónomo del Derecho de la Unión. El Gobierno francés comparte esta tesis. Considera que su enfoque es conforme con la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión, según la cual el Derecho de cada Estado miembro determina la cuantía de la indemnización y las normas relativas a la evaluación de cualesquiera pérdidas o daños derivados de tal infracción.

23. La Autoridad de Contratación Pública coincide con Ingsteel en que el lucro cesante y la pérdida de oportunidad son conceptos distintos, consistente esta última en la pérdida de la posibilidad de obtener un contrato público.⁶ Sostiene que, con arreglo al Derecho eslovaco, el licitador ilegalmente excluido de un procedimiento de contratación pública que pueda demostrar que tenía realmente una alta probabilidad de conseguir un contrato público puede obtener una indemnización por la pérdida de esa oportunidad. En cambio, el Gobierno checo y el Gobierno eslovaco opinan que la pérdida de oportunidad puede considerarse un tipo de lucro cesante. La principal diferencia entre ambos conceptos radica en el nivel de prueba necesario para demostrar la existencia del daño y la indemnización que puede concederse.

24. Los Gobiernos austriaco, checo y eslovaco alegan que, aunque pueda servir de orientación, la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Unión en la esfera de la contratación pública no puede extrapolarse a la aplicación de la Directiva 89/665. Mientras que, en algunos casos, el juez de la Unión ha concedido indemnizaciones por pérdida de oportunidad a licitadores que han sido ilegalmente excluidos de procedimientos de adjudicación de contratos por instituciones de la Unión, la mayoría de las veces ha desestimado tales pretensiones al considerar que, para obtener una indemnización por daños y perjuicios, toda pérdida de oportunidad debe ser real y no hipotética.

25. La Comisión observa que, si bien el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a disponer que se conceda una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, no contiene unas pautas detalladas para dar cumplimiento a esta exigencia. Dado que la Directiva 89/665 prevé una armonización mínima, los Estados miembros siguen siendo libres de otorgar un nivel de protección más elevado a las personas perjudicadas por una infracción de las normas en materia de contratación pública. Corresponde a cada Estado miembro establecer, en virtud del principio de autonomía procesal, las modalidades detalladas que regulen las vías de recurso destinadas a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, siempre y cuando dicha regulación respete los principios de equivalencia y efectividad. Dado que la Directiva 89/665 tiene por objeto garantizar que existan procedimientos de recurso efectivos para asegurar el respeto de los principios subyacentes a las normas en materia de contratación pública y, en última instancia, al mercado interior, el principio de efectividad es clave para dar respuesta a la presente remisión prejudicial.

⁶ Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de mayo de 2008, Belfass/Consejo (T-495/04, EU:T:2008:160), apartado 124; de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI (T-461/08, EU:T:2011:494), apartado 210, y de 28 de febrero de 2018, Vakakis kai Synergates/Comisión (T-292/15, EU:T:2018:103), apartado 187.

26. Según la Comisión, dado que el poder adjudicador celebró un contrato marco con otro licitador, en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente ya no es posible corregir la ilegalidad que afectó al procedimiento de adjudicación. En estas circunstancias, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios constituye la única vía de recurso efectiva de que dispone un licitador que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de dicha ilegalidad. Las normas nacionales que no ofrecen la posibilidad de reclamar una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener un contrato a causa de dicha ilegalidad privan a Ingsteel del acceso a un recurso efectivo, lo que es contrario a la Directiva 89/665.

2. *Análisis*

27. Las partes en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia coinciden en que las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente deben recibir una respuesta única. Dado que esta sugerencia tiene fundamento, propongo al Tribunal de Justicia que reformule las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que tienen por objeto que se dilucide si el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 se opone a una práctica del órgano jurisdiccional nacional consistente en privar a un licitador que ha sido ilegalmente excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por dicha Directiva de la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios por la pérdida de la oportunidad de obtener ese contrato. Si bien el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 2, apartado 1, letra c), en relación con el artículo 2, apartados 6 y 7, de la Directiva 89/665, la resolución de remisión no indica cómo afectan, en su caso, estas últimas disposiciones a la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas. La resolución de remisión tampoco indica si la República Eslovaca ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 según la cual, para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, la decisión supuestamente ilegal debe ser previamente anulada por el juez.⁷ La pertinencia del artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665, que establece que los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 de este mismo artículo sobre un contrato celebrado después de su adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional, parece tangencial.⁸ Ninguna de las partes que han presentado observaciones escritas u orales ante el Tribunal de Justicia ha hecho referencia al artículo 2, apartados 6 y 7, de la Directiva 89/665 o se ha remitido a tales apartados en sus alegaciones. Así pues, considero que la cuestión prejudicial reformulada no pierde un ápice de su pertinencia con la omisión de dichas disposiciones.

28. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión se desprende que, salvo en el supuesto de que una disposición del Derecho de la Unión describa un concepto jurídico por remisión al Derecho de los Estados miembros, dicho concepto debe recibir normalmente una interpretación autónoma y uniforme. Tal interpretación debe efectuarse a la luz del texto de la disposición en cuestión, del contexto en el que figure y del objetivo perseguido por la normativa de que forme parte.⁹

⁷ De la resolución de remisión resulta que el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca) anuló la decisión de excluir a Ingsteel del procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido.

⁸ Salvo en las situaciones contempladas en los artículos 2 *quinquies*, 2 *sexies* y 2 *septies* de la Directiva 89/665, que nada tienen que ver con el presente asunto: véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Fastweb* (C-19/13, EU:C:2014:2194), apartado 52. Véanse también las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto *Ingsteel y Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:226), punto 69.

⁹ Sentencia de 25 de octubre de 2018, *Anodiki Services EPE* (C-260/17, EU:C:2018:864), apartado 25 y jurisprudencia citada.

29. Es importante señalar que este enfoque no se aplica en todos los casos. Varios Estados miembros sostienen que el concepto de daño que figura en la Directiva 89/665 no es un concepto autónomo del Derecho de la Unión. Suscribo esta tesis por los siguientes motivos.

30. El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 deja claro que los Estados miembros deben velar por que las normas relativas a los procedimientos de recurso prevean la facultad de conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción. No describe en qué consisten estos daños y perjuicios ni da pautas sobre cómo podrían evaluarse.¹⁰ No indica los requisitos para considerar responsable del pago de una indemnización a un poder adjudicador ni el modo de calcular el importe de esta indemnización.¹¹

31. El contexto en el que figura el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 incluye la exposición de motivos de esta Directiva, en el que se indica que corresponde a los Estados miembros remediar cualquier ausencia o insuficiencia de los medios de recursos existentes en sus propios ordenamientos jurídicos. El artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la citada Directiva establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 dispone que los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles. Estas disposiciones demuestran que la Directiva 89/665 establece un sistema de armonización mínima en virtud del cual los Estados miembros son responsables de la forma y la naturaleza de las vías de reclamación que deben existir en el contexto de un recurso contra la adjudicación de contratos públicos.¹² Las partes que han presentado observaciones coinciden en que la jurisprudencia corrobora esta tesis.¹³ En conclusión, si bien la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer determinadas vías de recurso, que deben ser efectivas, no tiene por objeto definir cuáles son esas vías de recurso.¹⁴

32. En cuanto a los objetivos de la Directiva 89/665, el artículo 1, apartado 1, de esta, en relación con su exposición de motivos, indica que esta Directiva tiene por objeto garantizar que existan procedimientos de recurso efectivos contra las decisiones de adjudicación de contratos públicos. Las personas afectadas por infracciones de las normas nacionales de transposición de las directivas de la Unión en materia de contratación pública deben disponer de vías de recurso efectivas en el Derecho nacional a fin de materializar la apertura de los procedimientos de contratación pública a la competencia a escala de la Unión Europea.

33. De ello se desprende que la concesión de una indemnización a efectos de la Directiva 89/665 no se concibe como un concepto autónomo y uniforme del Derecho de la Unión, sino como un concepto definido por el Derecho de los Estados miembros. La Directiva 89/665 hace hincapié en

¹⁰ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie y otros (C-568/08, EU:C:2010:515), punto 106.

¹¹ 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 86.

¹² Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de octubre de 2010, Symvoulío Apochetefseon Lefkosias (C-570/08, EU:C:2010:621), apartado 37, y de 26 de marzo de 2020, Hungeod y otros (C-496/18 y C-497/18, EU:C:2020:240), apartado 73, y las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Marina del Mediterráneo y otros (C-391/15, EU:C:2016:651), punto 38.

¹³ Véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros (C-314/09, EU:C:2010:567), apartado 33, y de 7 de agosto de 2018, Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:635), apartado 35.

¹⁴ Sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379), apartado 58. Véase, asimismo, por analogía, la sentencia de 11 de julio de 1985, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, EU:C:1985:331), apartado 26, en la que el Tribunal de Justicia declaró que un concepto que figura en una directiva de armonización parcial no puede constituir un concepto autónomo del Derecho de la Unión, por cuanto dicha directiva no pretende instaurar un grado de protección uniforme sobre la base de criterios comunes.

el resultado que persigue ese proceso, no en el contenido de las normas que deben adoptarse a tal efecto, que diferirán inevitablemente de un Estado miembro a otro. En este contexto, procede observar que el legislador de la Unión se ha abstenido de modificar el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665.¹⁵ Además, la jurisprudencia no ha tratado de enunciar criterios precisos que permitan determinar y evaluar los daños en el contexto de la infracción de normas en materia de contratación pública.

34. A falta de disposiciones del Derecho de la Unión a tal efecto, corresponde así al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan evaluar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública.¹⁶ Como han señalado, acertadamente en mi opinión, varias partes en el presente procedimiento prejudicial, estas materias se encuadran en el ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros.¹⁷ Es jurisprudencia reiterada que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).¹⁸

35. Otras dos consideraciones respaldan la tesis según la cual la evaluación de los daños a efectos de la indemnización contemplada en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 debe abordarse dentro del ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros. En primer término, esta autonomía es una expresión práctica del principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 TUE, según el cual, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, que establece que los Estados miembros deben establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, reconoce implícitamente la relevancia de este principio. En segundo término, las tradiciones jurídicas, los procedimientos y las vías de recurso pueden variar, y de hecho varían considerablemente, de un Estado miembro a otro. En el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión, es difícil concebir un régimen homogéneo de vías de recurso que funcione con idéntica efectividad en todos los Estados miembros en el ámbito de la normativa en materia de contratación pública.¹⁹ Así pues, no me sorprende que, como se señala en el punto 33 de las presentes conclusiones, el legislador de la Unión no haya tratado hasta la fecha de diseñar tal sistema.

¹⁵ Véanse 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) y la Directiva 2014/23.

¹⁶ Sentencia de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie* y otros (C-568/08, EU:C:2010:751), apartado 90.

¹⁷ Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Strabag* y otros (C-314/09, EU:C:2010:567), apartado 34.

¹⁸ Sentencias de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie* y otros (C-568/08, EU:C:2010:751), apartado 91 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), apartado 37.

¹⁹ Esta circunstancia puede explicar en parte por qué no existe una identidad entre las normas en materia de contratación pública que recoge el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (DO 2018, L 193, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento Financiero») y las previstas en la Directiva 89/665. Véase, en este sentido, la sentencia de 23 de mayo de 2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE* (T-553/11, EU:T:2014:275), apartado 110, en la que el Tribunal General declaró que el régimen establecido por la Directiva 89/665 no puede aplicarse por analogía en el contexto de la adjudicación de contratos públicos por las instituciones de la Unión.

36. En sus observaciones escritas y orales, la Comisión se remitió a las sentencias dictadas por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en los asuntos Fosen-Linjen I²⁰ y Fosen-Linjen II,²¹ en los que se examinó la naturaleza de la concesión de una indemnización de daños y perjuicios con arreglo a la Directiva 89/665 en el contexto de una demanda de indemnización por el lucro cesante. El Tribunal de la AELC declaró que, si bien los procedimientos de recurso que exige la Directiva 89/665 deben ser lo más uniformes posible para todas las empresas del mercado interior, no tienen por qué ser ni homogéneos ni idénticos, puesto que la Directiva 89/665 prevé una armonización mínima.²² Observó que una indemnización de daños y perjuicios tiene un triple objetivo: i) compensar las pérdidas sufridas; ii) restablecer la confianza en la efectividad del marco jurídico aplicable y iii) disuadir a los poderes adjudicadores de actuar ilegalmente, contribuyendo así al cumplimiento de las normas.²³ Dado que la Directiva 89/665 no establece requisitos para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, corresponde, en principio, al ordenamiento jurídico de cada Estado del Espacio Económico Europeo (EEE) determinar los criterios que permitan evaluar los daños derivados de una infracción del Derecho en materia de contratación pública.²⁴ En este contexto, el ordenamiento jurídico de cada Estado del EEE debe establecer normas que regulen, en particular, la causalidad y la carga de la prueba.²⁵ Tales normas nacionales deben respetar en todo caso los principios de equivalencia y efectividad.²⁶ Aunque es preferible que las infracciones del Derecho en materia de contratación pública se corrijan antes de celebrarse el contrato público correspondiente, en algunos casos la concesión de una indemnización por daños y perjuicios es la única vía de resarcimiento frente a tales infracciones.²⁷ Por estas razones, aunque la Directiva 89/665 no menciona ningún perjuicio específico, el Tribunal de la AELC ha interpretado esta Directiva en el sentido de que obliga a los Estados del EEE a permitir que las personas perjudicadas por una infracción del Derecho en materia de contratación pública en el contexto de un procedimiento de adjudicación de contrato obtengan una indemnización por el lucro cesante.²⁸ Las citadas sentencias indican que el principio de efectividad puede operar de modo que impida que el Derecho de un Estado miembro excluya las demandas basadas en determinadas clases de perjuicios.

37. Dado que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 expresa el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión que le son imputables, que es inherente al ordenamiento jurídico de la Unión,²⁹ es preciso examinar también, como sugiere el Gobierno francés en sus observaciones escritas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los requisitos generales para que se genere la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión.

²⁰ Sentencia del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017; en lo sucesivo, «sentencia Fosen-Linjen I»), apartado 90.

²¹ Sentencia del Tribunal de la AELC de 1 de agosto de 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Informe de la AELC 2019; en lo sucesivo, «sentencia Fosen-Linjen II»).

²² Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017), apartado 67, y de 1 de agosto de 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Informe de la AELC 2019), apartado 109.

²³ Sentencia del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017), apartado 76.

²⁴ *Ibidem*, apartados 69 y 70.

²⁵ Véase, en este sentido, *ibidem*, apartados 89 y 108.

²⁶ Sentencias del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017), apartado 70, y de 1 de agosto de 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Informe de la AELC 2019), apartado 114.

²⁷ Sentencia del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017, apartado 73).

²⁸ Sentencias del Tribunal de la AELC de 31 de octubre de 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Informe de la AELC 2017), apartado 90, y de 1 de agosto de 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Informe de la AELC 2019), apartados 115 y 116.

²⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie y otros (C-568/08, EU:C:2010:751), apartado 87.

38. Desde la sentencia de referencia dictada en el asunto Francovich, está bien establecido que los particulares perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro o una de sus emanaciones tienen derecho a indemnización siempre que se cumplan tres requisitos: i) que la norma jurídica infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares, ii) que la infracción de esa norma jurídica esté suficientemente caracterizada y iii) que exista una relación causal directa entre la infracción y el daño supuestamente sufrido.³⁰ En dicho asunto, el Tribunal de Justicia también declaró que, si bien el derecho a indemnización de los particulares está basado directamente en el Derecho de la Unión, incumbe al Estado miembro reparar las consecuencias del perjuicio causado por su infracción en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad.³¹ Corresponde al ordenamiento jurídico de los Estados miembros establecer las condiciones de fondo y de forma en materia de indemnización de daños, teniendo en cuenta en todo momento el principio de efectividad.³²

39. En la sentencia Brasserie du pêcheur, el Tribunal de Justicia profundizó en el examen de los criterios que rigen la indemnización.³³ Concluyó que el Derecho de la Unión no impone criterios específicos en cuanto a las distintas clases de perjuicios identificadas por los órganos jurisdiccionales remitentes,³⁴ que deben fijarse por el Derecho nacional sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad.³⁵ Añadió que el Derecho de la Unión no admite la exclusión total del lucro cesante como daño reparable, dado que tal exclusión es contraria al

³⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, en lo sucesivo, «sentencia Francovich», EU:C:1991:428), apartado 40, y sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, en lo sucesivo, «sentencia Brasserie du pêcheur», EU:C:1996:79), apartado 51.

³¹ Sentencia Francovich, apartado 42. Véanse asimismo las sentencias Brasserie du pêcheur, apartado 67; de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 58, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 123.

³² Sentencia Francovich, apartado 43. Véanse, asimismo, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, EU:C:2007:213), apartado 89, y las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas en el asunto GAT (C-315/01, EU:C:2002:573), punto 64.

³³ Sentencia Brasserie du pêcheur, apartado 81.

³⁴ El órgano jurisdiccional remitente en cuestión se refirió expresamente a los gastos, las pérdidas de beneficios, las pérdidas de ingresos y las ventas a precios infravalorados en aquel contexto (*ibidem*, apartado 14).

³⁵ *Ibidem*, apartados 83, 84 y 88.

La doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión parece opinar de forma unánime que, si bien el Derecho de la Unión establece el derecho a indemnización, corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros determinar el contenido preciso de toda vía de recurso sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad. También se ha observado que, al no haber tratado de definir el concepto de daño, el Tribunal de Justicia ha dejado esta tarea a los ordenamientos jurídicos nacionales. Véase van Gerven, W.: «Of Rights, Remedies and Procedures», *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 3, 2000, pp. 511 y 512. Véase, asimismo, Christ, H.: «Compensation for Damage: The Non-Contractual Liability of Member States and EU Institutions for Breaches of EU Law», en Colcelli, V. y Arnold, R. (eds.), *Europeanization Through Private Law Instruments*, Universitätsverlag Regensburg, Regensburg, 2016, p. 213; Biondi, A. y Farley, M.: *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 76 a 83, y Gutman, K.: «Liability for Breach of EU Law by the Union, Member States and Individuals: Damages, Enforcement and Effective Judicial Protection», en Lazowski, A. y Blockmans, S. (eds.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 460.

Del mismo modo, diversos autores consideran en sus escritos sobre la indemnización por daños y perjuicios en el contexto de la adjudicación de contratos públicos que es conveniente dejar la definición del daño en manos de la legislación nacional de los Estados miembros, con arreglo al principio de autonomía procesal nacional, sin perjuicio del respeto de los principios de efectividad y equivalencia. Véase Treumer, S.: «Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules», en Fairurve, D. y Lichère, F.: *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 150. Véase, asimismo, Caranta, R.: «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses», en Fairgrieve, D. y Lichère, F., *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 167 a 184, y Schebesta, H.: *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing, Switzerland, Cham, 2016, pp. 52 a 60.

principio de efectividad.³⁶ En otro asunto relativo a la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracciones del Derecho de la Unión, el Abogado General Léger sugirió que el perjuicio reparable puede consistir no solo en un lucro cesante, sino también en una pérdida de oportunidad, siempre que esta constituya una consecuencia suficientemente cierta de la infracción alegada.³⁷ En el ámbito del Derecho laboral, el Tribunal de Justicia ha declarado que el derecho a reclamar una indemnización por pérdida de oportunidad puede ser adecuado para eliminar las consecuencias de una infracción del Derecho de la Unión y compatible con el principio de efectividad.³⁸ Estas consideraciones demuestran que el alcance de la autonomía procesal de los Estados miembros no es ilimitado en la medida en que el Tribunal de Justicia puede establecer obligaciones específicas para garantizar que los particulares perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión obtengan un nivel mínimo de protección.

40. Los Gobiernos austriaco, checo y eslovaco sostienen que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión relativa a la pérdida de oportunidad como consecuencia de ilegalidades cometidas por instituciones de la Unión en la adjudicación de contratos públicos no es automáticamente aplicable a las circunstancias que dieron lugar a la presente remisión prejudicial. Estoy de acuerdo con esta tesis. Por alguna razón, las normas reguladoras de los recursos contra las decisiones de adjudicación de contratos públicos son distintas según esas decisiones hayan sido adoptadas por las instituciones de la Unión o por los poderes adjudicadores.³⁹ Si bien el Tribunal General ha declarado que un licitador ilegalmente excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por una institución de la Unión puede reclamar una indemnización por pérdida de oportunidad,⁴⁰ esa jurisprudencia se refiere a la responsabilidad extracontractual de la Unión y no a la de sus Estados miembros.⁴¹ Debe tenerse en cuenta que la función que desempeña el juez de la Unión en estas circunstancias es semejante a la que ejercen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando aplican sus respectivas normas procesales nacionales. En este contexto específico, el Derecho de la Unión debe regular todos los aspectos de la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos por las instituciones de la Unión, incluida la cuestión de la responsabilidad extracontractual que pueda generarse. La jurisprudencia relativa a los daños causados por infracciones de la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos por las instituciones de la Unión tiende a distinguir el lucro cesante de la pérdida de oportunidad. Mientras que la evaluación del lucro cesante atiende a la indemnización por la pérdida de un contrato, la pérdida de oportunidad consiste en la compensación por la pérdida de la posibilidad de celebrar un contrato.⁴² En los

³⁶ Sentencia *Brasserie du pêcheur*, apartado 87. Véase asimismo la sentencia de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213), apartado 89. El Tribunal de Justicia llegó a la misma conclusión por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual de los particulares por infracción del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461), apartados 95 y 96.

Según algunos autores, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros refleja el delicado equilibrio (y la tensión) entre unidad y diversidad a través de la interacción entre la autonomía procesal nacional y los principios de equivalencia y efectividad. Véase Gutman, K.: «Liability for Breach of EU Law by the Union, Member States and Individuals: Damages, Enforcement and Effective Judicial Protection», en Lazowski, A. y Blockmans, S. (eds.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 465.

³⁷ Conclusiones del Abogado General Léger presentadas en el asunto *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1995:193), punto 183.

³⁸ Sentencia de 7 de marzo de 2018, *Santoro* (C-494/16, EU:C:2018:166), apartado 50.

³⁹ Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de mayo de 2008, *Belfass/Consejo* (T-495/04, EU:T:2008:160), apartado 43; de 3 de marzo de 2011, *Evropaiki Dynamiki/Comisión* (T-589/08, EU:T:2011:73), apartados 22 y 23, y de 12 de julio de 2012, *Evropaiki Dynamiki/Frontex* (T-476/07, EU:T:2012:366), apartados 39 a 41.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 20 de septiembre de 2011, *Evropaiki Dynamiki/BEI* (T-461/08, EU:T:2011:494), apartado 66; de 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates/Comisión* (T-292/15, EU:T:2018:103), apartados 186 a 193; de 14 de diciembre de 2018, *East West Consulting/Comisión* (T-298/16, EU:T:2018:967), apartado 176, y de 12 de febrero de 2019, *Vakakis kai Synergates/Comisión* (T-292/15, EU:T:2019:84), apartado 53.

⁴¹ El Reglamento Financiero regula la adjudicación de contratos públicos por las instituciones de la Unión. No se aplica a la adjudicación de contratos públicos por los poderes adjudicadores de los Estados miembros, que está regulada en esencia por la Directiva 2004/18.

⁴² Sentencia de 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates/Comisión* (T-292/15, EU:T:2018:103), apartado 188.

recursos de indemnización en el contexto del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea y de la responsabilidad extracontractual de la Unión también parece reconocerse el concepto de pérdida de oportunidad.⁴³

41. Tanto a la luz de los términos empleados en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 como de los objetivos que esta persigue, considerados en el contexto de los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión, cabe concluir que corresponde a la legislación nacional de los Estados miembros determinar, sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad, las clases de perjuicios que confieren a un licitador ilegalmente excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público el derecho a reclamar una indemnización.

42. Ningún elemento de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia indica que en el presente asunto se haya vulnerado el principio de equivalencia. Queda por dilucidar si una interpretación jurisprudencial de una normativa nacional que no contempla la concesión de una indemnización por pérdida de oportunidad es conforme con el principio de efectividad, tal como se define en el punto 34 de las presentes conclusiones. En este contexto, no se pueden socavar ni la eficacia de la Directiva 89/665 ni los derechos que esta confiere a los particulares.⁴⁴ El Tribunal de Justicia ha declarado que las normas nacionales que subordinan la concesión a los particulares de una indemnización de daños y perjuicios a que se aporte la prueba de la existencia de dolo o culpa imputable a los poderes adjudicadores infringen la Directiva 89/665, ya que tales normas menoscaban la plena efectividad de la política de la Unión Europea en materia de contratación pública.⁴⁵

43. Cuando un licitador obtiene una resolución judicial por la que se declara que ha sido excluido ilegalmente de un procedimiento de adjudicación de un contrato público y el poder adjudicador ha celebrado ese contrato con otro licitador, el hecho de que se excluya toda posibilidad de reclamar una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener dicho contrato vulnera el principio de efectividad. Esta situación es incompatible con el objetivo de la Directiva 89/665, que consiste en garantizar la existencia de unas vías de recurso efectivas contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores infringiendo el Derecho de la Unión, dado que la persona así perjudicada queda privada de la vía de resarcimiento complementaria que contempla el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665, esto es, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios. Corresponde a las legislaciones nacionales de los Estados miembros establecer las condiciones que justifiquen esta reclamación, incluidos los aspectos relativos a la carga y al nivel de la prueba, la relación de causalidad y la cuantificación de toda indemnización.⁴⁶

44. El artículo 442, apartado 1, del Código Civil establece que, en los procedimientos de indemnización, deberán tenerse en cuenta el daño real y el lucro cesante. De la resolución de remisión parece desprenderse que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales no

⁴³ En el contexto de los asuntos en materia de personal, véanse las sentencias de 21 de febrero de 2008, Comisión/Girardot (C-348/06 P, EU:C:2008:107), apartado 55, y de 27 de octubre de 1994, C/Comisión (T-47/93, EU:T:1994:262), apartados 54 y 55. Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Giordano/Comisión (C-611/12 P, EU:C:2014:195), en las que dicho Abogado General explica que el concepto de pérdida de oportunidad en el Derecho de daños está ligado a la aparición de las «teorías del riesgo», que permiten cuantificar el grado de probabilidad de acontecimientos futuros. En relación con la responsabilidad extracontractual general de la Unión por infracción del Derecho de la Unión, véase la sentencia de 8 de mayo de 2007, Citymo/Comisión (T-271/04, EU:T:2007:128), apartados 180 a 182.

⁴⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:635), apartado 38.

⁴⁵ Sentencia de 10 de enero de 2008, Comisión/Portugal (C-70/06, EU:C:2008:3), apartado 42.

⁴⁶ Según Schebestra, la teoría de la pérdida de oportunidad podría ofrecer una solución al problema recurrente del carácter hipotético de las pérdidas del licitador excluido. Schebestra, H.: «Damages in EU Public Procurement Law», Springer International Publishing Switzerland, Cham, 2016, p. 205.

contempla la concesión de una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener un contrato público. El Gobierno de Eslovaquia alegó en la vista que, en virtud del Derecho de dicho Estado miembro, la pérdida de oportunidad se inscribe en el concepto del lucro cesante que puede fundamentar la concesión de una indemnización, siempre que la persona perjudicada pueda demostrar que era muy probable que obtuviera la adjudicación del contrato público.

45. Por ser el órgano jurisdiccional remitente el único competente para interpretar y aplicar la normativa nacional, le corresponde interpretar las normas reguladoras de las acciones de indemnización de manera que se garantice en la mayor medida posible el respeto del principio de efectividad. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional hacer todo lo posible para dar a la normativa interna que deba aplicar una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión. Tal interpretación debe hacerse dentro de unos límites reconocidos, en particular la prohibición de una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho de la Unión para proteger los derechos que este confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca a un resultado contrario al Derecho de la Unión, siempre que la disposición pertinente de este Derecho tenga efecto directo.⁴⁷ En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de interpretación conforme puede obligar a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación incompatible con el Derecho de la Unión.⁴⁸

V. Conclusión

46. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Okresný súd Bratislava II (Tribunal Comarcal de Bratislava II, Eslovaquia):

«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, debe interpretarse en el sentido de que

corresponde a las legislaciones nacionales de los Estados miembros determinar las condiciones necesarias para que un órgano jurisdiccional nacional conozca de una pretensión de indemnización presentada por un licitador excluido ilegalmente de un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por dicha Directiva. Dichas condiciones abarcan los aspectos relativos a la carga y el nivel de la prueba, la relación de causalidad y la cuantificación de cualquier indemnización. La normativa de los Estados miembros a tal efecto debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad. El principio de efectividad exige que el órgano jurisdiccional nacional no pueda basarse en una práctica consistente en privar a un licitador que ha sido excluido ilegalmente de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de la posibilidad de reclamar una indemnización de daños por la pérdida de la oportunidad de obtener dicho contrato.»

⁴⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109), apartados 62 a 64, y de 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl (C-241/06, EU:C:2007:597), apartados 62 y 63. Véase asimismo la sentencia de 24 de junio de 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), apartados 55, 61 y 62.

⁴⁸ Sentencia de 24 de junio de 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), apartado 78.