

Asunto C-303/22

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

9 de mayo de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa)

Fecha de la resolución de remisión:

5 de mayo de 2022

Parte demandante:

CROSS Zlín a.s.

Parte demandada:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficina de defensa de la competencia)

AUTO

El Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa) [...] en el procedimiento incoado por

la parte recurrente: **CROSS Zlín, a. s.**

[*omissis*]

contra

la parte demandada: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

[*omissis*]

con intervención de: **Statutární město Brno**

[*omissis*]

relativo al recurso contencioso-administrativo contra la resolución del presidente de la parte demandada, de 9 de noviembre de 2020, expediente n.º ÚOHS— 34854/2020/321/ZSř,

acuerda lo siguiente:

I. Plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

¿Es compatible con los artículos 2, apartado 3, y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 89/665/CEE, interpretados a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una disposición legal checa que permite que el poder adjudicador celebre un contrato público antes de que se interponga el recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente para examinar la legalidad de la decisión sobre la exclusión de un licitador, dictada en segunda instancia por el Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficina de defensa de la competencia, República Checa)?

II. [...]

Motivación:

I. Objeto del procedimiento

- 1 En el presente litigio, el poder adjudicador, Statutární město Brno (Brno, República Checa), inició el 27 de septiembre de 2019 un procedimiento de licitación abierta para la adjudicación del contrato público llamado «ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ» (ampliación de las funciones de la central de control del tráfico del sistema de semáforos), publicado en el Věstník veřejných zakázek (diario de licitaciones públicas) con n.º Z2019-034002 y el *Diario Oficial de la Unión Europea* con n.º 2019/S 190-461538. El objeto de la licitación pública era la ampliación de la central de control del tráfico y la prestación de servicios consistentes en la conexión a dicha central de todo el sistema de semáforos del poder adjudicador, la conexión de la central de control de tráfico con el sistema DIC 2 Brno, la conexión de la central de control del tráfico con el sistema municipal de cámaras, la prestación de asistencia técnica, la formación en materia de asistencia y la gestión del mantenimiento corriente. El valor estimado de la licitación pública ascendía a 13 805 000 CZK sin incluir el impuesto sobre el valor añadido.
- 2 En el plazo señalado, el poder adjudicador recibió dos ofertas relativas a la licitación pública, es decir, la oferta de la parte recurrente, CROSS Zlín, a. s., con el menor precio ofrecido, y la oferta de Siemens Mobility, s. r. o., con el segundo menor precio ofrecido. De conformidad con el expediente de la licitación, la ventaja económica de las ofertas tenía que evaluarse de acuerdo con el precio menor ofrecido. Mediante comunicación de 6 de abril de 2020, el poder

adjudicador excluyó a la sociedad CROSS Zlín de la licitación por incumplir las condiciones de participación en la licitación. A continuación, el 7 de abril de 2020 se eligió como contratista a la sociedad Siemens Mobility. La sociedad CROSS Zlín interpuso un recurso de reposición contra la comunicación sobre la exclusión de la oferta, que fue desestimado mediante resolución de 4 de mayo de 2020. A continuación, la sociedad CROSS Zlín presentó un recurso de queja ante el Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (en lo sucesivo, «Autoridad») contra el acto del poder adjudicador, reclamando la anulación de la comunicación sobre su exclusión y la elección de la sociedad Siemens Mobility como contratista. En el procedimiento administrativo tramitado ante la Autoridad, el 3 de julio de 2020 se adoptó de oficio una medida cautelar consistente en prohibir al poder adjudicador la celebración del contrato público hasta la finalización del procedimiento administrativo. Mediante resolución de 5 de agosto de 2020, la Autoridad desestimó el recurso de queja. La sociedad CROSS Zlín interpuso un recurso de alzada contra la resolución dictada en primera instancia, que fue desestimado por el presidente de la Autoridad mediante resolución de 9 de noviembre de 2020, confirmando asimismo la resolución dictada en primera instancia; la resolución del presidente de la Autoridad devino firme el 13 de noviembre de 2021. El 18 de noviembre de 2020 el poder adjudicador celebró el contrato público con el licitador seleccionado.

- 3 El 13 de enero de 2021 la parte recurrente, CROSS Zlín, presentó un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del presidente de la parte demandada ante el Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa). Junto con el recurso contencioso-administrativo interpuesto, la parte recurrente solicitó que se otorgaran efectos suspensivos al recurso y que se aplicara la medida cautelar consistente en prohibir al poder adjudicador la celebración del contrato público, en su caso prohibiendo la celebración de ese contrato. Mediante auto de 11 de febrero de 2021, el órgano jurisdiccional desestimó la solicitud de que se otorgaran efectos suspensivos al recurso y que se aplicara la medida cautelar, al considerar que, dado que el contrato ya se había celebrado, resultaba infundado prohibir al poder adjudicador la celebración del contrato. Incluso si se estimare el recurso y el órgano jurisdiccional anulare la resolución del presidente de la parte demandada, tras la devolución del expediente, la Autoridad archivaría el procedimiento invocando el artículo 257, letra j), de la zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Ley n.º 134/2016 sobre adjudicación de contratos públicos; en lo sucesivo, «Ley n.º 134/2016») y ya no se ocuparía del mismo expediente. En opinión del órgano jurisdiccional, tampoco podía prohibirse al poder adjudicador ejecutar ese contrato, puesto que no existía ningún óbice legal que impidiera la celebración del contrato en aquel momento (tras devenir firme la resolución del presidente de la Autoridad).
- 4 Mediante escrito de 28 de marzo de 2022, el órgano jurisdiccional informó a los intervinientes en el procedimiento de que se planteaba presentar una petición de decisión prejudicial, señalándoles un plazo para pronunciarse sobre la intención de realizar dicho acto. La parte demandada informó al órgano jurisdiccional el 8 de

abril de 2022 de que no se pronunciará detalladamente sobre esa intención hasta el procedimiento sobre la petición de decisión prejudicial, en caso de que este se incoe. La parte recurrente, en su escrito de 26 de abril de 2022, señaló que, al presentar la solicitud de adopción de medida cautelar, trató de evitar sin éxito la celebración del contrato público, tras la firmeza de la resolución de la parte demandada. La celebración de contratos públicos, una vez que la resolución de la parte demandada haya devenido firme, es una práctica consolidada de los poderes adjudicadores, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo del licitador excluido. Por tanto, la parte recurrente no se opuso a la presentación de una petición de decisión prejudicial. Sin embargo, alegó que ese problema podría solucionarse si en el procedimiento de recurso relativo al acto del poder adjudicador la parte demandada hubiese aplicado la medida cautelar hasta el transcurso del plazo para la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. [omissis]

II. Disposiciones aplicables del Derecho de la Unión y del Derecho nacional

- 5 De conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, 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 público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.
- 6 Del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 89/665 asimismo resulta que, cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expire el plazo suspensivo a que se refieren el artículo 2 *bis*, apartado 2, y el artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5.
- 7 El artículo 2 *bis*, apartado 1, de la Directiva 89/665 dispone que los Estados miembros velarán por que las personas contempladas en el artículo 1, apartado 3, dispongan de plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por los poderes adjudicadores, para lo cual adoptarán las disposiciones necesarias respetando las condiciones mínimas establecidas en el apartado 2 del presente artículo y en el artículo 2 *quater*.
- 8 Conforme al artículo 2 *bis*, apartado 2, de la Directiva 89/665, en el caso de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax

o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato. Se considerarán licitadores afectados aquellos que aún no hayan quedado definitivamente excluidos. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso.

- 9 Con arreglo al artículo 47, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.
- 10 La tutela contra los actos incorrectos del poder adjudicador ha sido regulada en la legislación nacional en la parte 13 de la Ley n.º 134/2016. El recurso de reposición contra el acto del poder adjudicador podrá interponerse en el plazo de 15 días desde la fecha en la que el recurrente haya tenido conocimiento de la infracción legal por el poder adjudicador (artículos 241 y 242 de la Ley).
- 11 Conforme al artículo 245 apartado 1 de la Ley n.º 134/2016 el poder adjudicador remitirá en el plazo de 15 días desde la notificación del recurso de reposición la resolución de este. En la resolución señalará si estima el recurso de reposición o si lo desestima; la resolución debe contener una motivación, en la que el poder adjudicador se pronuncie de forma detallada y comprensible sobre todas las alegaciones efectuadas por el recurrente en el recurso de reposición. Cuando el poder adjudicador estime el recurso de reposición, deberá señalar en la resolución qué medidas correctoras adopta.
- 12 Del artículo 245, apartado 4, de la Ley n.º 134/2016 resulta, además, que cuando el poder adjudicador desestime el recurso de reposición, en la resolución del recurso de reposición informará al recurrente sobre la posibilidad de interponer un recurso de queja ante la Autoridad en el plazo establecido en el artículo 251, apartado 2, contra el acto del poder adjudicador y sobre la obligación de notificar al poder adjudicador una copia de dicho recurso en el mismo plazo.
- 13 El artículo 246, apartado 1, de la Ley n.º 134/2016 dispone que el poder adjudicador no podrá celebrar un contrato con el contratista: a) antes de que expire el plazo para interponer un recurso de reposición contra la exclusión de un participante en un procedimiento para la adjudicación de una licitación pública, contra la selección de un contratista o contra el acto del anuncio voluntario de la intención de celebrar un contrato; b) hasta el momento de la notificación de la resolución del recurso de reposición a los recurrentes, cuando se haya desestimado

el recurso de reposición; c) antes de que expire el plazo para presentar el recurso de queja contra el acto del poder adjudicador, si desestimó el recurso de reposición interpuesto; d) en el plazo de 60 días desde el inicio del procedimiento sobre el recurso de queja contra el acto del poder adjudicador, cuando el recurso de queja se haya presentado en plazo — sin embargo, el poder adjudicador puede celebrar el contrato antes del transcurso de ese plazo, cuando la Autoridad haya desestimado el recurso de queja o haya sido archivado el procedimiento administrativo relativo al recurso de queja y la resolución en esta materia haya devenido firme. Además, conforme al apartado 2 de ese artículo, el poder adjudicador no podrá celebrar un contrato con el contratista en el plazo de 60 días desde la fecha del inicio del procedimiento relativo al control del acto del poder adjudicador, cuando la Autoridad haya iniciado de oficio ese procedimiento; sin embargo, el poder adjudicador podrá celebrar el contrato también antes del transcurso de ese plazo, cuando el procedimiento administrativo haya sido archivado y la resolución sobre esta materia haya devenido firme.

- 14 Del artículo 254, apartado 1, de la Ley n.º 134/2016 resulta que la solicitud de prohibición de la ejecución del contrato en una licitación pública podrá presentarse por el licitador que considere que el poder adjudicador celebró el contrato: a) sin anuncio previo [...]; b) en contra de la prohibición de su celebración, resultante de esa Ley o de las medidas cautelares; c) realizando el acto al margen del procedimiento para la adjudicación de una licitación pública; [...], o d) realizando el acto con arreglo a los artículos 135, apartado 3, y 141, apartado 4 [...].
- 15 El artículo 264, apartado 1, de la Ley n.º 134/2016 dispone que, en el procedimiento iniciado mediante solicitud, conforme al artículo 254, la Autoridad prohibirá al poder adjudicador ejecutar el contrato, cuando el contrato relativo a una licitación pública o el contrato marco hayan sido celebrado en la forma establecida en el artículo 254, apartado 1. Se entiende que el contrato, cuya ejecución hubiese sido prohibida por la Autoridad, es nulo desde un principio, sin necesidad de tramitar el procedimiento con arreglo al apartado 3. El apartado 2 de la norma citada dispone asimismo que el contrato relativo a una licitación pública deviene nulo por infringir esa ley exclusivamente en los supuestos en los que la Autoridad prohíba su ejecución conforme al apartado 1. Ello no afectará la nulidad por otras causas.
- 16 Con arreglo al artículo 257, letra j), de la Ley n.º 134/2016, la Autoridad archivará mediante resolución el procedimiento iniciado, cuando durante el procedimiento administrativo el poder adjudicador hubiese celebrado un contrato para ejecutar el objeto de la licitación pública examinada.
- 17 Con arreglo al artículo 61 de la zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (Ley n.º 500/2004, del Código de procedimiento administrativo; en lo sucesivo, «Ley n.º 500/2004»), en la tramitación del procedimiento el órgano administrativo podrá, de oficio o a instancia de la parte, adoptar mediante resolución una medida cautelar, cuando ello sea necesario para regular provisionalmente la situación de

los participantes en el procedimiento [*omissis*]. La medida cautelar podrá ordenar al participante o a otra persona hacer, abstenerse de hacer o soportar algo, así como intervenir una cosa que pueda servir como prueba o una cosa que pueda ser objeto de ejecución (apartado 1). La solicitud del participante de que se adopte una medida cautelar deberá resolverse en el plazo de 10 días. La resolución se comunicará únicamente al afectado, en su caso al otro participante que haya solicitado su adopción. El recurso contra la resolución sobre la adopción de una medida cautelar no tendrá efectos suspensivos; lo podrá interponer únicamente el participante que haya recibido la comunicación (apartado 2). Mediante resolución el órgano administrativo dejará sin efecto la medida cautelar tan pronto como haya cesado el motivo por el que aquella se adoptó. De no hacerlo, la medida cautelar expirará el día en el que la resolución en el litigio en cuestión haya devenido ejecutable o haya comenzado a surtir otros efectos jurídicos (apartado 3).

- 18 Del artículo 38 de la zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (Ley n.º 150/2002, del Código de procedimiento contencioso-administrativo; en lo sucesivo, «Ley n.º 150/2002») se desprende que, cuando se haya interpuesto un recurso y sea necesario regular temporalmente las relaciones de las partes, por riesgo de un perjuicio grave, el órgano jurisdiccional, mediante auto, podrá adoptar una medida cautelar, ordenando a las partes hacer, abstenerse de hacer o soportar algo. Por esos mismos motivos, el órgano jurisdiccional podrá imponer esa obligación también a un tercero, cuando ello pueda exigirsele legítimamente (apartado 1). En caso de que sea necesario, el órgano jurisdiccional requerirá del resto de las partes que se pronuncien sobre la solicitud de adopción de una medida cautelar (apartado 2). El órgano jurisdiccional resolverá sin dilación la solicitud de adopción de una medida cautelar; cuando no exista un riesgo relativo a una resolución más dilatada de la solicitud, el órgano jurisdiccional dictará una resolución en el plazo de 30 días desde su presentación. El auto sobre la solicitud de adopción de medida cautelar deberá siempre ser motivada (apartado 3). El órgano jurisdiccional podrá derogar o modificar el auto sobre la medida cautelar, cuando cambien las circunstancias, incluso de oficio. La medida cautelar caducará no más tarde el día en el que la resolución del órgano jurisdiccional que finalice el procedimiento devenga ejecutable (apartado 4).
- 19 Conforme al artículo 72, apartado 1, de la Ley n.º 150/2002, el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse en el plazo de dos meses desde la fecha en la que la resolución haya sido comunicada a la parte recurrente mediante la notificación de su testimonio o de otra forma prevista en la ley, a no ser que una ley especial establezca otro plazo.
- 20 De lo dispuesto en el artículo 78, apartado 1, de la Ley n.º 150/2002 se deduce que, cuando el recurso contencioso-administrativo sea procedente, el órgano jurisdiccional anulará la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho o por defectos procesales. El órgano jurisdiccional anulará la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho, también cuando constate que el órgano jurisdiccional ha transgredido los límites resultantes de la ley, de la discrecionalidad administrativa o ha abusado de esta. Finalmente, el apartado 4

dispone que, al anular la resolución, el órgano jurisdiccional acordará asimismo que se devuelva el litigio a la parte demandada para su tramitación ulterior.

III. Análisis de la cuestión prejudicial planteada

- 21 En el presente litigio, el órgano jurisdiccional alberga dudas acerca de si es compatible con las exigencias de la Directiva 89/665 y con la exigencia de la garantía de la tutela judicial efectiva dimanante del artículo 47 de la Carta una disposición legal checa que permite que el poder adjudicador celebre un contrato relativo a una licitación pública antes de que se inicie el control jurisdiccional de la resolución por parte de la Autoridad de un recurso de alzada, en su caso, antes de que el órgano jurisdiccional haya podido pronunciarse sobre la adopción de una medida cautelar que prohíba que el poder adjudicador celebre un contrato hasta que no devenga firme la resolución del recurso contencioso-administrativo.
- 22 Cuando en el procedimiento para la adjudicación de una licitación pública se excluya a un licitador, como ha sucedido en el presente litigio, mientras dure el procedimiento del recurso del licitador excluido, tramitado ante la Autoridad, rige un plazo de 60 días de bloqueo, durante el cual no permite celebrarse un contrato relativo a la licitación pública [artículo 246, apartado 1, letra d), de la Ley n.º 134/2016]. La Autoridad puede extender ese plazo, aplicando una medida cautelar conforme al artículo 61 de la Ley n.º 500/2004, consistente en prohibir al poder adjudicador la celebración del contrato relativo a la licitación pública en tanto no devenga firme la resolución por la Autoridad del recurso. A este respecto, la medida cautelar adoptada caducará a más tardar en el momento en que devenga firme la resolución del presidente de la Autoridad sobre el recurso alzada. Una vez que devenga firme la resolución del presidente de la Autoridad sobre el recurso de alzada, ya no habrá obstáculos para que el poder adjudicador celebre un contrato relativo a la licitación pública. Por ello, con frecuencia se producen situaciones en las que el poder adjudicador celebra un contrato relativo a la licitación pública antes de que se interponga un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del presidente de la Autoridad sobre el recurso de alzada. El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse ante el órgano contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde que se notifique al recurrente la resolución administrativa dictada en segunda instancia (artículo 72, apartado 1, de la Ley n.º 150/2002) y podrá unirse a la solicitud de adopción de una medida cautelar consistente en prohibir que el poder adjudicador celebre un contrato relativo a la licitación pública durante la tramitación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional. No es admisible solicitar la adopción de una medida cautelar antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo (artículo 38 de la Ley n.º 150/2002).
- 23 Con arreglo a reiterada jurisprudencia, cuando tenga lugar la celebración de un contrato relativo a la licitación pública, antes de que se interponga el recurso contencioso-administrativo junto con la solicitud de adopción de una medida cautelar, el órgano jurisdiccional ya no ordenará que se adopte la medida cautelar,

puesto que en esa situación ya no será necesario regular temporalmente las relaciones de las partes del procedimiento [véase, por ejemplo, el auto del Krajský soud v Brně, de 26 de noviembre de 2020, número de expediente 30 Af 66/2020-88]. En caso de que se declare que la Autoridad apreció incorrectamente la legalidad de la exclusión del licitador, el órgano jurisdiccional anulará la resolución de la Autoridad por no ajustarse a Derecho y le devolverá el litigio para su tramitación ulterior (artículo 78, apartados 1 y 4, de la Ley n.º 150/2002). Sin embargo, cuando ya hubiese tenido lugar con anterioridad la celebración del contrato relativo a la licitación pública, la Autoridad, después de que le haya sido devuelto el litigio para su tramitación ulterior, no verificará nuevamente la pertinencia del recurso contra el acto del poder adjudicador conforme a la postura del órgano jurisdiccional, sino que archivará el procedimiento de recurso sobre la base del artículo 257, letra j), de la Ley n.º 134/2016. Por tanto, puede darse la situación en la que el órgano jurisdiccional haga suyos los argumentos del licitador excluido, de que el acto del poder adjudicador consistente en su exclusión no se ajustaba a Derecho, anulando la resolución dictada en segunda instancia por la Autoridad por no ser ajustada a Derecho y, pese a ello, el licitador excluido habrá perdido ya la oportunidad de obtener la licitación pública, puesto que, mientras tanto, entre la firmeza de la resolución por la Autoridad del recurso de alzada y la posible resolución del órgano jurisdiccional sobre la adopción de la medida cautelar mientras dure el procedimiento judicial, se habrá celebrado el contrato relativo a la licitación pública. De conformidad con el Derecho checo, por consiguiente, dicho licitador solamente estará autorizado a reclamar, en un procedimiento civil, con arreglo a la zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (Ley n.º 99/1963, del Código de procedimiento civil), la reparación del daño causado por el acto del poder adjudicador no ajustado a Derecho. Sin embargo, en el procedimiento para la reparación del daño, el licitador que haya sido excluido de forma no ajustada a Derecho del procedimiento para la adjudicación de una licitación pública, solo obtendrá una resolución ventajosa para él cuando acredite: 1) una conducta del poder adjudicador no ajustada a Derecho; 2) el surgimiento de un daño; 3) una relación causal entre la conducta no ajustada a Derecho del autor del daño y el surgimiento de este; y, cuando proceda, 4) la culpa del autor del daño con arreglo al artículo 2911 de la zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (Ley n.º 89/2012, del Código Civil) (sin embargo, invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de octubre de 2010, Strabag y otros, C-314/09, EU:C:2010:567, debe declararse que, en caso de reparación del daño provocado por una infracción del Derecho en materia de contratos públicos, el poder adjudicador responderá *a limine* de ese daño). En la práctica, suele resultar difícil que el licitador que haya sido excluido de forma no ajustada a Derecho del procedimiento para la adjudicación de una licitación pública, acredite el daño efectivo y la relación causal entre la conducta del poder adjudicador no ajustada a Derecho y el surgimiento del daño. En efecto, no es suficiente acreditar únicamente la posibilidad de que surja un daño a raíz de una conducta del poder adjudicador no ajustada a Derecho, sino que deben acreditarse con certeza el surgimiento efectivo del daño y la relación causal.

- 24 Las disposiciones legales checas consideran que la Autoridad es «órgano de recurso» en el sentido de la Directiva 89/665. Lo corrobora también la regla recogida en el artículo 246 de la Ley n.º 134/2016, en la que se ha determinado durante qué plazos está prohibido que el poder adjudicador celebre el contrato mientras dure el procedimiento ante la Autoridad. Sin embargo, la Autoridad no puede considerarse un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley a los efectos del artículo 47 de la Carta.
- 25 El Tribunal de Justicia, en la sentencia de 21 de diciembre de 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, apartado 73, explicó que el artículo 2 bis, apartado 2, de la Directiva 89/665 debe interpretarse a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta. Según el Tribunal de Justicia, en estas circunstancias, para determinar si un licitador ha quedado definitivamente excluido, los términos «órgano de recurso independiente», en el sentido de dicho artículo 2 bis, deben entenderse referidos a un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, en el sentido del artículo 47 de la Carta.
- 26 La solicitud sobre la necesidad de interpretar el concepto de «órgano de recurso independiente» a la luz del artículo 47 de la Carta dimana también de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2016, *Star Storage*, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688, que versaba sobre la interpretación, tanto de la Directiva 89/665, como de la Directiva 92/13, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. En el apartado 41 de dicha sentencia se señaló que las directivas tienen por objeto garantizar la existencia «en todos los Estados miembros, de vías de recurso eficaces, para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en que las infracciones aún pueden subsanarse». En opinión del Tribunal de Justicia, «a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, los Estados miembros deben garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, consagrado en el artículo 47 de la Carta» (véase el apartado 46).
- 27 En caso de que fuera aplicable el principio de que el «órgano de recurso independiente», conforme al artículo 2 bis, apartado 2, en su caso, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe serlo un órgano jurisdiccional imparcial, la norma checa que permite la celebración de un contrato público, tan pronto como haya devenido firme la resolución del presidente de la Autoridad sobre un recurso de alzada, es decir, antes del inicio del procedimiento ante un juez establecido por la ley con arreglo al artículo 47 de la Carta, sería incompatible con el artículo 2 bis, apartado 2, de la Directiva 89/665 y no garantizaría una tutela judicial efectiva a los licitadores que concurran a la adjudicación de un contrato público, que hayan sido excluidos del procedimiento sobre esta materia. La exigencia de garantizar la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 47 de la Carta, se encuentra confirmada así en los apartados 57 y 58 de la sentencia

Randstad anteriormente citada, como, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartados 35 y 36.

- 28 El examen de la compatibilidad de la norma nacional con los requisitos de la Directiva 89/665 tiene una importancia decisiva para el control jurisdiccional de la legalidad de la resolución impugnada por el recurso contencioso-administrativo. Si el Tribunal de Justicia constata que el legislador checo no ha transpuesto las directivas en la suficiente medida, según el órgano jurisdiccional [remitente], en caso de que [este] declare la ilegalidad de la resolución, debería en su sentencia vincular a la Autoridad con una postura jurídica, que daría lugar a que la Autoridad deje inaplicadas las disposiciones nacionales que han llevado a esa infracción (véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de mayo de 2021, Asociația «Forumul Judecătorelor din România», C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, EU:C:2021:393, apartados 250 y 251). En el presente litigio, la única consecuencia razonable, respetuosa con la efectividad del control jurisdiccional, sería que la Autoridad, después de que en el procedimiento judicial se haya anulado su resolución por no ser ajustada a Derecho y habiendo sido devuelto el asunto para su tramitación ulterior, no aplique la norma relativa a la posibilidad de archivar el procedimiento por haberse celebrado el contrato público con arreglo al artículo 257, letra j), de la Ley n.º 134/2016, y declare nulo el contrato celebrado antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo y prohíba su ejecución, aplicando por analogía el artículo 254, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 264, apartados 1 y 2, de la Ley n.º 134/2016. A continuación, la Autoridad debería verificar nuevamente la legalidad de la exclusión del licitador, según la postura jurídica del órgano jurisdiccional que le vincula. De este modo, el licitador mantendría la posibilidad de adjudicarse la licitación pública.

IV. Conclusiones

29 [omissis]

30 [omissis]

31 [omissis]

[omissis]