

Asunto C-274/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

28 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

22 de abril de 2021

Parte recurrente:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Partes recurridas:

República de Austria

Bundesbeschaffung GmbH

Objeto del procedimiento principal

Procedimiento para adoptar medidas provisionales mediante procedimiento de urgencia en el marco de un procedimiento de recurso contra una o varias decisiones en un procedimiento de contratación

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación de la Directiva 89/665/CEE y del Reglamento (UE) n.º 1215/2012; conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa nacional sobre tasas judiciales en un procedimiento ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo; «BVwG») para adoptar medidas provisionales y las consecuencias del impago de dichas tasas; artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Un procedimiento de urgencia para adoptar medidas provisionales con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, previsto a escala nacional en Austria también ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo), en que también puede obtenerse, por ejemplo, la prohibición temporal de celebrar acuerdos marco o de celebrar contratos de suministro, es un litigio en materia civil y mercantil con arreglo al artículo 1, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil? ¿Ese tipo de procedimiento de urgencia para adoptar medidas provisionales a que se refiere la cuestión anterior es un asunto civil al menos en el sentido del artículo 81, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea? ¿El procedimiento de urgencia para adoptar medidas provisionales con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, es un procedimiento para adoptar medidas provisionales o cautelares con arreglo al artículo 35 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil?

2. ¿Debe interpretarse el principio de equivalencia, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que confiere derechos subjetivos a los particulares frente al Estado miembro y en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa nacional austriaca en virtud de la cual, antes de resolver acerca de una solicitud de medidas provisionales, como las previstas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, el órgano jurisdiccional debe determinar el tipo de procedimiento de contratación y el valor (estimado) de la contratación, así como la suma de las decisiones impugnables por separado que son impugnadas en un procedimiento de contratación específico o, en su caso, también los lotes de un procedimiento de contratación específico, para que posteriormente, en su caso, el presidente de la sala competente del órgano jurisdiccional emita una orden de subsanación a efectos de reclamar las tasas adicionales y, en caso de impago de las tasas, la sala jurisdiccional competente para el procedimiento de recurso liquide el pago de las tasas procesales antes o, a más tardar, al mismo tiempo que resuelva inadmitir la solicitud de medidas provisionales por falta de pago íntegro de las tasas, so pena, en caso contrario, de la pérdida del derecho correspondiente, cuando en (otros) asuntos de Derecho civil en Austria, en general, como, por ejemplo, en el caso de las acciones de indemnización por daños y perjuicios o de cesación por infracciones de las normas sobre competencia, el impago de las tasas no impide que se resuelva sobre una solicitud conexa de medidas provisionales, cualquiera que sea la cuantía de las tasas judiciales adeudadas, y tampoco el impago de las tasas a tanto alzado por las medidas provisionales solicitadas al margen de una demanda impide, en principio,

que se resuelva sobre las mismas; y, a título comparativo, en Austria, el impago de las tasas de recurso en el caso de los recursos contra las resoluciones administrativas o de las tasas de recurso o de casación en el caso de los recursos contra las resoluciones de los tribunales de lo contencioso-administrativo ante el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) o el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) no da lugar a la inadmisión del recurso por falta de pago de las tasas y, por ejemplo, tampoco implica que las solicitudes de concesión del efecto suspensivo en dichos procedimientos de recurso o de casación puedan resolverse únicamente con la inadmisión?

2.1. ¿Debe interpretarse el principio de equivalencia, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que se opone a la aplicación de las disposiciones nacionales austriacas en virtud de las cuales, antes de que se resuelva una solicitud de medidas provisionales, como las previstas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, el presidente de sala, como juez único, debe emitir una orden de subsanación por falta de ingreso de tasas a tanto alzado suficientes y dicho juez único debe inadmitir la solicitud de medidas provisionales por falta de pago de las tasas, cuando en las demás demandas de Derecho civil en Austria, en principio y con arreglo a la Gerichtsgebührengesetz (Ley de Tasas Judiciales), en primera instancia no hay que pagar tasas judiciales a tanto alzado adicionales por una solicitud de medidas provisionales presentada conjuntamente con la demanda y tampoco hay que pagar tasas específicas por las solicitudes accesorias de concesión del efecto suspensivo, presentadas junto con un recurso contra decisiones administrativas ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, un recurso de casación ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) o un recurso ante el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) y que en el plano funcional tienen el mismo o similar objetivo de tutela judicial que una solicitud de medidas provisionales?

3. ¿Debe interpretarse el mandato previsto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 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 (89/665/CEE) (DO L 395 de 30.12.1989, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2014/[23]/UE, que prevé

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,

habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que dicho mandato de inmediatez confiere el derecho subjetivo a una decisión sin demora sobre una solicitud de medidas provisionales y que se opone a la aplicación de disposiciones nacionales austriacas que establezcan que, incluso en

el caso de una contratación llevada a cabo de manera no transparente, el tribunal, antes de resolver sobre una solicitud de medidas provisionales que busca impedir nuevas contrataciones del adjudicador, incluso cuando no sea relevante para resolver, debe determinar el tipo de procedimiento de contratación y el valor (estimado) de la contratación, así como la suma de las decisiones impugnables por separado que son impugnadas o van a ser impugnadas en un procedimiento de contratación específico o, en su caso, también los lotes de un procedimiento de contratación específico, para que posteriormente, en su caso, el presidente de la sala competente del órgano jurisdiccional emita una orden de subsanación a efectos de reclamar las tasas adicionales y, en caso de impago de las tasas, la sala jurisdiccional competente para el procedimiento de recurso liquide el pago de las tasas procesales antes o, a más tardar, al mismo tiempo que resuelva inadmitir la solicitud de medidas provisionales por falta de pago íntegro de las tasas, so pena, en caso contrario, de la pérdida del derecho correspondiente frente a la solicitante?

4. ¿Debe interpretarse el derecho a un proceso equitativo ante un órgano jurisdiccional previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [(2012/C 326/02) ES 26 de octubre de 2012 Diario Oficial de la Unión Europea C 326/391], habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que confiere derechos subjetivos a los particulares y se opone a la aplicación de disposiciones nacionales austriacas que establezcan que, incluso cuando no sea relevante para resolver, también cuando una contratación ha sido llevada a cabo de manera no transparente, el tribunal, antes de resolver sobre una solicitud de medidas provisionales que busca impedir nuevas contrataciones del adjudicador, debe determinar el tipo de procedimiento de contratación y el valor (estimado) de la contratación, así como la suma de las decisiones impugnables por separado que son impugnadas en un procedimiento de contratación específico o, en su caso, también los lotes de un procedimiento de contratación específico, para que posteriormente, en su caso, el presidente de sala competente del órgano jurisdiccional emita una orden de subsanación a efectos de reclamar las tasas adicionales y, en caso de impago de las tasas, la sala jurisdiccional competente para el procedimiento de recurso liquide el pago de las tasas procesales antes o, a más tardar, al mismo tiempo que resuelva inadmitir la solicitud de medidas provisionales por falta de pago íntegro de las tasas, so pena, en caso contrario, de la pérdida del derecho correspondiente frente a la solicitante?

5. ¿Debe interpretarse el principio de equivalencia, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que confiere derechos subjetivos a los particulares frente al Estado miembro y se opone a la aplicación de las disposiciones nacionales austriacas en virtud de las cuales, en caso de impago de las tasas a tanto alzado por una solicitud de medidas provisionales en el sentido de la Directiva 89/665/CEE, en su versión vigente, (únicamente) una sala jurisdiccional de un tribunal de lo contencioso-administrativo, en su calidad de órgano jurisdiccional, debe liquidar las tasas a tanto alzado (lo que implica menores opciones de tutela judicial para el obligado al pago de las tasas), cuando en las demás situaciones las tasas por demandas, medidas provisionales y recursos

en los procedimientos judiciales civiles, en caso de impago, son liquidadas mediante una decisión según la Gerichtliches Einbringungsgesetz (Ley de Cobros Judiciales) y las tasas por recursos en el Derecho administrativo por los recursos ante un tribunal de lo contencioso-administrativo o ante el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) o por recursos de casación ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), por regla general, son establecidas, en caso de impago, mediante una liquidación de una autoridad recaudadora (es decir, una liquidación de tasas), contra la que se puede presentar siempre un recurso ante un tribunal de lo contencioso-administrativo y, a continuación, también un recurso de casación ante el Verwaltungsgerichtshof o un recurso ante el Verfassungsgerichtshof?

6. ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que la celebración de un acuerdo marco con un único operador económico con arreglo al artículo 33, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE es la celebración del contrato prevista en el artículo 2 bis, apartado 2, de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE?

6.1. ¿Debe interpretarse la expresión «los contratos basados en este acuerdo marco» del artículo 33, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE en el sentido de que existe un contrato basado en el acuerdo marco cuando el adjudicador adjudica un contrato específico basándolo expresamente en el acuerdo marco celebrado? ¿O debe interpretarse el pasaje citado «los contratos basados en este acuerdo marco» en el sentido de que, si el volumen global del acuerdo marco según la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-216/17, apartado 64, ya se ha agotado, ya no existe un contrato basado en el acuerdo marco celebrado inicialmente?

7. ¿Debe interpretarse el derecho a un proceso equitativo ante un órgano jurisdiccional previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [(2012/C 326/02) ES 26 de octubre de 2012 Diario Oficial de la Unión Europea C 326/391], habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que se opone a la aplicación de una disposición que establece que el adjudicador señalado en un litigio en materia de contratación pública debe proporcionar toda la información necesaria y aportar toda la documentación necesaria en el procedimiento para adoptar medidas provisionales, so pena de ser condenado en rebeldía en caso contrario, si los administradores o empleados de dicho adjudicador, que deben facilitar esa información en nombre del adjudicador, se exponen en ocasiones al riesgo de verse obligados incluso a inculparse penalmente al proporcionar la información o aportar los documentos?

8. ¿Debe interpretarse el mandato previsto en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 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 (89/665/CEE) (DO L 395 de 30.12.1989, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2014/[23]/UE,

que los procedimientos de recurso contra contrataciones deben realizarse, en particular, de manera eficaz,

considerando adicionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que dichas disposiciones confieren derechos subjetivos y se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales según las cuales incumbe al solicitante de medidas provisionales, que busca tutela judicial, identificar en su solicitud de medidas provisionales el procedimiento de contratación concreto y la decisión concreta del adjudicador, aunque dicho solicitante, en los procedimientos de contratación sin publicidad previa, por regla general desconocerá cuántos procedimientos de contratación no transparentes ha realizado el adjudicador y cuántas decisiones de contratación ya ha adoptado en estos procedimientos de contratación no transparentes?

9. ¿Debe interpretarse el mandato de un proceso equitativo ante un órgano jurisdiccional previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que confiere derechos subjetivos y se opone a la aplicación de disposiciones nacionales que establezcan que incumbe a quien interpone un procedimiento de recurso en busca de tutela judicial identificar en su solicitud de [medidas] provisionales el procedimiento de contratación concreto y la decisión concreta del poder adjudicador que se puede impugnar por separado y que es impugnada, aunque, en el caso de un procedimiento de contratación no transparente para él, sin publicidad previa, por regla general dicho recurrente no pueda saber cuántos procedimientos de contratación no transparentes ha llevado a cabo el poder adjudicador y cuántas decisiones de contratación ya se han adoptado en los procedimientos de contratación no transparentes?

10. ¿Debe interpretarse el mandato de un proceso equitativo ante un órgano jurisdiccional previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, habida cuenta de las demás disposiciones del Derecho de la Unión, en el sentido de que confiere derechos subjetivos y se opone a la aplicación de disposiciones nacionales que establezcan que incumbe al solicitante de las medidas provisionales, que busca tutela judicial, pagar unas tasas a tanto alzado cuyo importe no puede conocer de antemano, pues, en el caso de un procedimiento de contratación no transparente para él, sin publicidad previa, por regla general el solicitante no puede saber si el poder adjudicador ha llevado a cabo procedimientos de contratación no transparentes ni cuántos ni el valor estimado de la contratación, ni cuántas decisiones de contratación impugnables por separado se han adoptado ya en los procedimientos de contratación no transparentes?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), en particular, el artículo 81, apartado 1

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en particular, los artículos 1, apartado 1, y 35

Directiva 89/655/CEE), en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, en particular, los artículos 1, apartado 1; 2, apartado 1, letra a); 2 *bis*, apartado 2

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, en particular, el artículo 33, apartado 3

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, el artículo 47

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Bundesvergabegesetz 2018 (Ley Federal de Contratación Pública de 2018), BGBl I-2018/65 (en lo sucesivo, «BVergG»), en particular, los artículos 2, 31, 46, 142 y siguientes, 334, 336, 340 y siguientes, 344, 350, 353, 354, 356 y 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley General de Procedimiento Administrativo; en lo sucesivo, «AVG»), en particular, los artículos 49 y 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 — BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 (Decreto de 2018 sobre tasas a tanto alzado por litigios en materia de contratación pública ante el BVwG), BGBl II-2018/212 (en lo sucesivo, «Decreto sobre tasas a tanto alzado»)

Las disposiciones señaladas de la BVergG y del Decreto sobre tasas a tanto alzado pueden resumirse como sigue:

- Los procedimientos de recurso previos a la adjudicación de un contrato, mediante los cuales se pueden declarar nulas las decisiones de los poderes adjudicadores impugnables por separado, es decir, anuladas en el sentido de la Directiva 89/665 en su versión vigente, requieren que el contrato aún no haya sido adjudicado en el procedimiento de contratación. Una vez realizada la adjudicación, solo es posible una pretensión declarativa.
- En los procedimientos de recurso solo se puede pretender la declaración de nulidad de una decisión impugnables por separado. A tal efecto, lo que constituye una decisión impugnables por separado debe determinarse a partir del catálogo

pertinente del artículo 2, punto 15, letra a), de la BVergG, en función del tipo de procedimiento de contratación.

– Actualmente, las adjudicaciones directas previstas en el artículo 46 de la BVergG solo son admisibles hasta 100 000 euros en virtud de un decreto por el que se establecen las cuantías.

– Adoptar medidas provisionales, según lo previsto en los artículos 350 y siguientes de la BVergG (según el Derecho de la Unión en el artículo 2 de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23), solo es admisible como medida de aseguramiento de los recursos dirigidos contra decisiones impugnables por separado de procedimientos de contratación específicos. Una vez adjudicado el contrato, la adopción de medidas provisionales basadas en el artículo 351 de la BVergG es inadmisibile.

– Los artículos 344, apartado 1, y 350, apartado 2, de la BVergG establecen que el recurrente debe identificar el procedimiento de contratación y las decisiones del poder adjudicador en dicho procedimiento que son impugnadas. Dichas decisiones deben ser impugnables por separado de acuerdo con el catálogo del artículo 2, punto 15, de la BVergG.

– Como se desprende de los artículos 344, apartados 1 y 2, y 350, apartado 2, de la BVergG, un recurso y la solicitud de medidas provisionales presentada a tal efecto como salvaguarda deben formularse, en principio, siempre con respecto a una única decisión del poder adjudicador.

– Los procedimientos de recurso relativos a las adjudicaciones directas están sujetos a una tasa a tanto alzado de 324 euros por procedimiento de contratación directa y por decisión impugnada por separado. En el caso de que se presente adicionalmente una solicitud de medidas provisionales, se devenga un recargo del 50 % de esta tasa, es decir, 486 euros (por cada adjudicación directa).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 En otoño de 2020, las recurridas celebraron (al menos) 15 acuerdos marco para el suministro de pruebas de antígenos para la detección de la COVID-19, cada uno de ellos en un procedimiento negociado sin publicidad previa. Dichos acuerdos marco fueron celebrados, cada uno, con un único operador económico (artículo 33, apartado 3, de la Directiva 2014/24).
- 2 El 1 de diciembre de 2020, la recurrente presentó un escrito ante el tribunal remitente alegando que las partes recurridas habían celebrado de un modo no transparente 21 acuerdos marco, con un valor de 3 millones cada uno ellos, para la adquisición de pruebas de antígenos para la detección de la COVID-19. Expuso que esto y los pedidos específicos realizados en virtud de dichos acuerdos marco le perjudican infringiendo la legislación sobre contratación pública.

- 3 Solicitó que el BVwG incoara un procedimiento de recurso relativo a la legalidad del procedimiento de contratación seleccionado o de los procedimientos de contratación seleccionados, las invitaciones a presentar ofertas en el marco de procedimientos negociados sin publicidad, así como de los futuros pedidos planificados o de las convocatorias de licitación resultantes de los acuerdos marco de Bundesbeschaffung GmbH (en lo sucesivo, «BBG») y que declarase la nulidad de varias decisiones de las partes recurridas.
- 4 El 1 de diciembre de 2020, la recurrente presentó, además, una solicitud de medidas provisionales, según la cual el BVwG, mientras durara el procedimiento de recurso, debía prohibir a las partes recurridas tanto continuar con el procedimiento o los procedimientos de contratación como celebrar contratos de suministro mediante adjudicación directa, así como realizar pedidos o convocatorias de licitación en virtud de los acuerdos marco de BBG relativos al suministro de pruebas de antígenos, así como la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad relativo al suministro de pruebas de antígenos.
- 5 El mismo 1 de diciembre de 2020, el BVwG dictó una orden de subsanación, ya que atendiendo a los escritos presentados no estaba claro respecto de qué decisiones concretas, impugnables por separado, de qué procedimientos de contratación la recurrente pretendía la declaración de nulidad y con respecto a qué procedimientos de contratación específicos pretendía una medida provisional con un contenido determinado.
- 6 Mediante escrito de 7 de diciembre de 2020, la recurrente informó al tribunal remitente de que solo impugnaba una decisión, impugnable por separado, de las partes recurridas en relación con un procedimiento de contratación, a saber, la decisión referente a la elección del procedimiento de contratación para el pedido de «pruebas de antígeno SARS-Cov-2 (COVID-19)» adicionales para la realización de pruebas masivas en Austria.
- 7 En un escrito de 9 de diciembre de 2020 explicó que su recurso no se dirigía contra los acuerdos marco celebrados por BBG, sino contra los pedidos ilegales de la República de Austria, ya que los acuerdos marco celebrados por BBG se limitaban a un volumen de pedido de 3 millones de euros. Consideró que, por lo tanto, los pedidos ulteriores constituyen una adjudicación directa inadmisibile en virtud de la legislación sobre contratación pública. Señaló a tres empresas respecto de las que impugnaba la respectiva decisión de contratación o un nuevo pedido en virtud de un acuerdo marco.
- 8 El BVwG requirió a la recurrente para que presentara alegaciones acerca de las tasas a tanto alzado que debía pagar. La recurrente alegó que no impugnaba la celebración de los 21 acuerdos marco de BBG, sino la adjudicación directa del pedido de varios (presumiblemente dos) millones de pruebas de antígeno SARS-Cov-2 (COVID-19) adicionales por parte de la República de Austria. En su opinión, estaba descartado por completo que la tasa a pagar se calculara sobre la

base del valor total de los 21 acuerdos marco. Afirmó que solo debía tenerse en cuenta el valor de las contrataciones realizadas o que se pretendían realizar.

- 9 La recurrente instó al tribunal remitente que investigara en detalle qué procedimientos de contratación y qué decisiones impugnables del poder adjudicador existen, cuando la identificación del procedimiento o de los procedimientos de contratación y de la respectiva decisión impugnada del poder adjudicador, con arreglo a la BVergG, está comprendida por la carga de la alegación de la recurrente.
- 10 En su escrito de 5 de enero de 2021, la recurrente manifestó, sin que esto se hubiera podido apreciar ya en el escrito de 1 de diciembre de 2020 por el que se iniciaba el procedimiento, que en adelante se refería exclusivamente a los pedidos resultantes de los acuerdos marco con las empresas S e I realizados a partir del 20 de noviembre de 2020. A tal efecto, asumió que se había superado el volumen de pedidos admisible en virtud de los acuerdos marco con S e I. Alegó en varias ocasiones que, a este respecto, deseaba impugnar como una «adjudicación directa» (en el sentido de la terminología de la BVergG nacional) los pedidos que superan el valor estimado del acuerdo marco correspondiente. La cuestión de si la recurrente con ello se refiere objetivamente a procedimientos negociados sin publicidad previa en el sentido de la jurisprudencia nacional, aún seguirá siendo objeto de investigación por parte del BVwG.
- 11 En lo que respecta a la prohibición de autoinculpación, procede concretar los hechos señalando que, según un artículo de periódico, al parecer han sido denunciados miembros del Gobierno federal [en el sentido del artículo 80 del Strafprozessordnung (Código de Enjuiciamiento Criminal)]. La fiscalía competente ha confirmado que ha recibido una denuncia, de modo que es posible que en el futuro se produzcan medidas de enjuiciamiento penal.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 12 La recurrente reprocha la falta de transparencia de los actos de adquisición, pues se desconoce, así alega, si BBG llevó a cabo procedimientos de contratación específicos y separados para formalizar el pedido en cuestión sin publicidad previa con una única empresa en cada caso o un único procedimiento con todas las empresas. Argumenta que, en consecuencia, a la hora de identificar los procedimientos de contratación se ve obligada a tener en cuenta también los posibles procedimientos negociados sin publicidad previa y, por tanto, las posibles convocatorias de licitación basadas en acuerdos marco existentes. Aduce que, como se expone detalladamente en el recurso, la decisión impugnada por la recurrente es, de hecho, una única decisión concreta de las partes recurridas, a saber, la decisión de contratar de manera informal (sin ningún fundamento en la legislación sobre contratación pública) millones de pruebas de antígeno SARS-Cov-2 (COVID-19).

- 13 Alega que debido a la flagrante violación del requisito de transparencia en materia de contratación pública, ni el anuncio ni los documentos del procedimiento de contratación están a disposición de la recurrente. Expone que se trata más bien de una forma de adjudicación directa de millones de euros que no debería o no debería poder disimularse aduciendo formalidades.
- 14 Entiende que, en aras de una tutela judicial efectiva, no debe ser necesario conocer la denominación específica del procedimiento de contratación. Afirma que en el caso de la contratación de unos bienes por un valor de decenas de millones de euros sin publicidad, sin que exista ninguna otra información cierta accesible a la recurrente (como la documentación de la licitación) y únicamente con base en conocimientos resultantes de la información en los medios de comunicación, la carga de la identificación concreta del procedimiento de contratación no puede recaer en la recurrente. En este caso, eso equivaldría a burlar la tutela judicial efectiva, en particular debido a la flagrante violación del requisito de transparencia.
- 15 Una interpretación de las disposiciones de la BVergG 2018 según la cual la recurrente estuviera obligada a indicar la cantidad y la identificación exactas del procedimiento o de los procedimientos de contratación, así como la identificación de las decisiones de la parte recurrida impugnables por separado, sin posibilidad de haber tenido conocimiento de ellas por la falta de transparencia de la parte recurrida, sería contraria a los requisitos de la tutela judicial efectiva establecidos por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia reiterada.
- 16 Las partes recurridas niegan que la recurrente ostente legitimación activa y solicitan que se desestimen o, subsidiariamente, se inadmitan las solicitudes de medidas provisionales.
- 17 Dado que, con arreglo a la redacción inequívoca del artículo 344 de la BVergG 2018, según la cual un recurso al amparo del artículo 342, apartado 1, de la BVergG 2018 debe contener en cualquier caso la identificación del procedimiento de contratación correspondiente, así como de la decisión impugnada que sea susceptible de impugnación separada, argumentan que en el mismo recurso la recurrente ya debe identificar la decisión impugnada y que el BVwG, según la jurisprudencia del Verwaltungsgerichtshof no está obligado en ningún caso a investigar los hechos del caso.
- 18 Según las partes recurridas, las pretensiones de la recurrente carecen de fundamento y no sirven para hacer valer un derecho subjetivo de un licitador, de modo que, en consecuencia, son inadmisibles.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 19 En el presente caso, el BVwG se enfrenta a una situación en que la identificación de los objetos de la impugnación por la recurrente y también su pretensión de aseguramiento han variado.

- 20 Dependiendo del número de decisiones impugnadas en el marco de un procedimiento de contratación específico y dependiendo del procedimiento de contratación que sea objeto de un procedimiento de recurso y de una solicitud de medidas provisionales, en Austria deben pagarse unas tasas a tanto alzado.
- 21 Según el punto de vista nacional sobre dicha normativa de tasas y de acuerdo con la jurisprudencia del Verfassungsgerichtshof, el BVwG no puede resolver un procedimiento de recurso ni una solicitud de medidas provisionales estimándolos, desestimándolos o inadmitiéndolos ni suspender el procedimiento correspondiente después de la retirada de la respectiva solicitud de tutela judicial antes del pago ni antes de la liquidación de las tasas a tanto alzado adeudadas en virtud de una decisión, puesto que las respectivas tasas a tanto alzado a pagar ya no pueden ser liquidadas una vez resuelta la solicitud de tutela judicial. Por lo tanto, el pago de tasas suficientes es un requisito previo de la decisión sobre el fondo del asunto.
- 22 Si las tasas adeudadas no son liquidadas, se podría considerar que los administradores de los órganos judiciales han causado culposa e ilícitamente un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública.
- 23 Por lo demás, en el ordenamiento jurídico federal austriaco se desconocen este tipo de normas sobre caducidad o prescripción relativas a las tasas judiciales, limitadas a la duración del procedimiento. En los demás procedimientos, por regla general, se aplican plazos mucho más largos en cuanto a la posibilidad de liquidar tasas (por ejemplo, cinco años en los asuntos de Derecho civil o tres años en el caso de los recursos de casación ante el Verwaltungsgerichtshof).
- 24 En consecuencia, en particular en el caso de actos de contratación no transparentes como los que nos ocupan, es necesario realizar una investigación muy amplia de los hechos antes de liquidar las tasas, que a veces ni siquiera sería necesaria para la resolución de las solicitudes de tutela judicial propiamente dichas.
- 25 En estos procesos de adquisición tan faltos de transparencia para la recurrente, es incluso posible que en el momento de presentar su solicitud de tutela judicial (que desencadena la obligación de pagar las tasas) no sepa ni siquiera la cantidad que finalmente deberá desembolsar en concepto de tasas judiciales a tanto alzado, dependiendo de cuántas adjudicaciones directas o procedimientos negociados sin publicidad previa se hayan producido efectivamente y cuántas decisiones impugnables por separado se hayan dictado.
- 26 A los efectos de la normativa en materia de tasas, el BVwG también debe investigar si la recurrente en virtud de la modificación, en una o en varias ocasiones, de sus solicitudes de tutela judicial, puede haber desistido de solicitudes, lo que puede dar lugar a una reducción posterior de la tasa a tanto alzado en un 25 % por cada solicitud de tutela judicial sujeta a tasas. También debe determinarse si, en su caso, en realidad se han presentado nuevas solicitudes de tutela judicial, adicionales.

- 27 Según la jurisprudencia del Verwaltungsgerichtshof, lo relevante no es (principalmente) la identificación del procedimiento de contratación por parte de la recurrente, sino lo que se persigue con el contenido de la solicitud, pues esto determinará el coste procesal y la posible utilidad.
- 28 En el caso de la impugnación en relación con contratos de suministro (por ejemplo, de pruebas de antígenos) con un valor de contratación estimado de tres millones de euros por acuerdo marco, siendo tres las decisiones impugnadas, incluidas las solicitudes de medidas provisionales, frente a adjudicadores públicos centrales como la República de Austria, y 21 supuestos casos de acuerdos marco, se devengaría la cantidad 1 061 424 euros en concepto de tasas a tanto alzado.
- 29 Hasta ahora, la recurrente ha pagado 486 euros en concepto de tasas a tanto alzado.
- 30 En el caso de actos de contratación no transparentes y unas alegaciones procesales, efectuadas con la debida cautela, propia de la abogacía, referidas a, por ejemplo, 21 procedimientos de contratación y tres decisiones impugnables por separado e impugnadas en ese marco y un valor de contratación de más de veinte veces el umbral superior aplicable a los contratos de suministro, una parte como la recurrente posiblemente tenga que hacer frente, en virtud de una orden de subsanación de tasas, a una reclamación complementaria de tasas a tanto alzado en el rango de varios millones de euros, que no tenía por qué esperar de antemano.
- 31 De acuerdo con la jurisprudencia del Verfassungsgerichtshof en el asunto V 64/2019, el BVwG debe ahora, en primer lugar, dictar una orden de subsanación de tasas por impago de tasas suficientes y, a continuación, en caso de impago de las tasas a tanto alzado reclamadas *a posteriori*, liquidar las mismas a fin de generar un título de ejecución antes de que pueda adoptar una resolución definitiva sobre, por ejemplo, el recurso y la solicitud de medidas provisionales señaladas en este caso.
- 32 A este respecto procede aclarar que, de acuerdo con la redacción de la ley nacional, la obligación de pagar las tasas no cesa, aunque el recurso y la solicitud de medidas provisionales deban ser inadmitidas por impago de las tasas.
- 33 En virtud de la BVergG, solamente pueden ser anuladas en el sentido de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, o declaradas nulas en el sentido de la terminología de dicha ley, las decisiones impugnables por separado de un procedimiento específico de contratación.
- 34 En consecuencia, en el presente asunto cabría considerar, en el caso de un procedimiento de adjudicación directa con arreglo a la BVergG, la *elección de la adjudicación directa* o, en el caso de un procedimiento negociado sin publicidad previa para la celebración de un acuerdo marco con un único operador económico/contratista, las decisiones del poder adjudicador enumeradas en el artículo 2, punto 15, letra a).

- 35 En ese sentido, la recurrente debe identificar el procedimiento de contratación y la decisión impugnada por separado en el recurso y en su correspondiente solicitud de medidas provisionales. En el caso de varios procedimientos de contratación «impugnados», debe quedar claro qué decisión impugnada por separado de qué procedimiento de contratación se está impugnando.
- 36 Ante un acuerdo marco celebrado con un único contratista/operador económico en un procedimiento negociado sin publicidad previa, la última decisión que puede ser impugnada a este respecto por los competidores del contratista seleccionado es la decisión relativa al contratista con el que se celebrará el acuerdo marco.
- 37 En consecuencia, en el caso de una contratación no transparente, un justiciable que busque tutela judicial al amparo de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, solo tiene el recurso específico de la normativa de contratación pública de formular una pretensión declarativa.
- 38 Si, en función del resultado de la prueba que se practique, efectivamente existen adjudicaciones directas en el sentido del artículo 31, apartado 11, de la BVergG, solamente se podrá impugnar la elección del procedimiento de adjudicación directa mediante el procedimiento de recurso.
- 39 En relación con el procedimiento de recurso, la cuestión que de momento se suscita para el BVwG es si, en el caso de los recursos y las solicitudes de medidas provisionales, con este tipo de obligaciones de identificación del procedimiento de contratación, la tutela judicial es equivalente, efectiva y equitativa cuando los procedimientos de contratación no son transparentes para los recurrentes.
- 40 En caso de que dichas obligaciones de identificación no estén amparadas por el Derecho de la Unión y, por lo tanto, sean ineficaces o inaplicables, cabría imaginar que el BVwG fuera de oficio competente para investigar y declarar la nulidad de las decisiones del poder adjudicador que puedan ser identificadas a partir de determinados procedimientos de contratación y que pudieran ser anuladas antes de la adjudicación del contrato. Si, por el contrario, las obligaciones de identificación en cuestión se ajustan al Derecho de la Unión, el BVwG deberá inadmitir los recursos por falta de la identificación pertinente tras un procedimiento de subsanación.

Sobre el principio de equivalencia y el principio de efectividad

- 41 El Derecho sustantivo de la contratación pública, como conjunto de normas que regulan principalmente las obligaciones precontractuales de conducta de los poderes adjudicadores obligados por la normativa de la contratación pública y de los contratistas interesados en ofrecer sus prestaciones, según la opinión aquí expresada, es un Derecho civil especial como régimen regulador de la celebración de contratos y, por tanto, está comprendido por el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1215/2012.

- 42 El artículo 25 del Reglamento n.º 1215/2012 prevé el acuerdo de elección de foro como posibilidad para atribuir competencia judicial. De acuerdo con el Derecho procesal nacional, el Verwaltungsgerichtshof austriaco ha descartado el acuerdo de elección de foro en el ámbito del Derecho de la contratación pública. A partir de ahí podría deducirse que el Derecho de contratación pública consagrado en Austria en la BVergG no es de naturaleza civil.
- 43 La naturaleza civil del Derecho sustantivo de la contratación pública (primera cuestión prejudicial), en relación con el principio de equivalencia, es una cuestión previa a las cuestiones prejudiciales.
- 44 En cualquier caso, partiendo de una comparativa internacional, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) de Alemania asume que el Derecho de la contratación pública está incluido en el Derecho civil (Bundesverwaltungsgericht 2 de mayo de 2007, Bundesverwaltungsgericht 6 B 10.07 y jurisprudencia citada).
- 45 Dado que en virtud de las medidas provisionales, tal y como se prevén en la Directiva 89/665 en su versión vigente y también en la BVergG nacional, las posibilidades de celebrar contratos pueden limitarse mucho en el tiempo, en este asunto se opina que el procedimiento para adoptar una medida provisional al amparo del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, es también un procedimiento sobre derechos subjetivos de naturaleza civil en el sentido de la resolución del TEDH de 15 de octubre de 2009, 15BSW 17056/06 *Micaleff c. Malta*.
- 46 El principio de equivalencia del Derecho de la Unión exige que la aplicación de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión no sea injustificadamente más difícil que la aplicación de los derechos derivados del ordenamiento jurídico nacional.
- 47 Por tanto, con el principio de equivalencia, el Derecho de la Unión prohíbe la discriminación procesal en el ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión en comparación con las normas procesales cuando a través de estas se ejercen derechos creados exclusivamente por el Derecho nacional.
- 48 En los litigios de Derecho civil, iniciados en primera instancia con una demanda ante un tribunal de distrito o regional, se suelen adeudar tasas judiciales a tanto alzado en función de la cuantía del litigio, que el demandante, que es comparable a un recurrente en virtud de la normativa sobre contratación pública, normalmente conoce de antemano. Por lo tanto, el demandante sabe qué tasas son previsibles.
- 49 Mientras que en virtud de la BVergG, según su artículo 340, apartado 1, punto 4, por la solicitud de medidas provisionales hay que pagar una tasa a tanto alzado del 50 % de las tasas debidas por el recurso, incluso si las medidas provisionales se solicitan junto con el recurso que da inicio al procedimiento, ante los tribunales civiles de Austria no se paga una tasa a tanto alzado específica por las medidas

provisionales solicitadas junto con una demanda, aunque por principio existe una obligación de pagar tasas por la demanda.

- 50 Sin embargo, parece que el elemento central en este asunto es que, en el caso de las tasas a tanto alzado en virtud de la *Gerichtsgebührengesetz* por las demandas y solicitudes de medidas provisionales, haber efectuado ya el pago de las tasas no es una condición previa para una resolución sobre el fondo y no implica la pérdida del derecho del Estado a las tasas.
- 51 A diferencia de las tasas a tanto alzado previstas en la *BVergG*, en caso de impago las tasas judiciales a tanto alzado se liquidan mediante una decisión administrativa, sin que ello influya de ningún otro modo en la resolución de la demanda o la solicitud de medidas provisionales.
- 52 La decisión de liquidación puede recurrirse a continuación ante el *BVwG* como tribunal con competencia plena. Las correspondientes resoluciones sobre tasas del *BVwG* pueden ser recurridas a su vez mediante el recurso de casación ante el *Verwaltungsgerichtshof* o con un recurso ante el *Verfassungsgerichtshof*.
- 53 En este sentido, quienes interponen un procedimiento de recurso y de medidas provisionales ante el *BVwG*, que promueven procedimientos de tutela judicial previstos por el Derecho de la Unión según la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, parecen estar en varios aspectos en una situación peor que en los procedimientos de tutela judicial meramente nacionales.
- 54 A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, por la solicitud de medidas provisionales presentada ante el *BVwG*, generalmente junto con el recurso, siempre habrá que abonar tasas a tanto alzado adicionales.
- 55 El recurso y la solicitud de medidas provisionales será inadmitida con arreglo a la *BVergG* si el recurrente no paga sus tasas a tanto alzado debidas según el criterio del tribunal tras recibir una orden de subsanación de tasas; por falta de pago de las tasas ya pierde el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de sus pretensiones de tutela judicial. Un recurso y una solicitud de medidas provisionales al amparo de la *BVergG* tampoco puede ser inadmitida por razones distintas a la falta de pago de las tasas antes de la liquidación de tasas, incluso si a este respecto ya hubiera quedado vista para resolver. En particular, los adjudicatarios que se enfrentan a solicitudes de medidas provisionales con efecto suspensivo *ex lege* pueden verse afectados negativamente por el hecho de que la cuestión de las tasas tenga que resolverse antes de poder resolver sobre la solicitud de medidas provisionales, pues en caso contrario los magistrados incurrirían en responsabilidad por no haber liquidado las tasas a tanto alzado.
- 56 Cuando las tasas a tanto alzado previstas en la *BVergG* son liquidadas por el *BVwG* como órgano jurisdiccional, el recurrente no tiene derecho a recurrir ante un tribunal de lo contencioso-administrativo con competencia plena, como ocurre en los demás casos, sino que solo tiene la posibilidad de recurrir ante el *Verwaltungsgerichtshof*, donde las cuestiones relativas a la valoración de la

prueba solo pueden ser abordadas de forma muy limitada, o de recurrir ante el Verfassungsgerichtshof, ante el cual, en principio, solo se puede recurrir por la aplicación de normas generales y abstractas contrarias a Derecho o por la aplicación inconstitucional de la ley en casos individuales.

- 57 Sin perjuicio de la opinión expresada aquí de que el sistema de tasas para las demandas ante la jurisdicción de lo civil y las solicitudes conexas de medidas provisionales, por un lado, y el sistema de tasas aplicable al procedimiento de recurso, pretensiones declarativas y solicitudes de medidas provisionales, por otro, deberían presentar ambos la misma configuración favorable en el sentido del principio de equivalencia del Derecho de la Unión, para una comparación jurídica más amplia, a continuación se describirá el sistema de tasas en relación con los recursos contra decisiones administrativas ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, los recursos de casación ante el Verwaltungsgerichtshof y los recursos contra las decisiones de un tribunal de lo contencioso-administrativo ante el Verfassungsgerichtshof.
- 58 En el caso de dichos recursos también se devengan tasas. Si, en el caso de los recursos contra decisiones administrativas ante un tribunal de lo contencioso-administrativo o de recursos ante el Verfassungsgerichtshof o de recursos de casación ante el Verwaltungsgerichtshof, se presentan solicitudes de reconocimiento (o denegación) del efecto suspensivo, que en algunos casos alcanzan el mismo efecto funcional que las medidas provisionales, hasta ahora el Verwaltungsgerichtshof siempre ha considerado que dichas solicitudes, que se presentan junto con el recurso o el recurso de casación, no están sujetas a una tasa a tanto alzado adicional al ser solicitudes accesorias.
- 59 En ninguno de los regímenes de tasas expuestos anteriormente para el ámbito del Derecho administrativo el pago de las tasas es una condición de admisibilidad para obtener una resolución sobre el fondo del recurso correspondiente.
- 60 Si no se pagan estas tres tasas de recurso señaladas en lo que antecede, la Administración fiscal competente liquidará dichas tasas mediante una decisión administrativa. En ese caso, el deudor de la tasa tendrá derecho a recurrir al Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario) como tribunal con competencia plena; las resoluciones del Bundesfinanzgericht se pueden recurrir a su vez ante el Verwaltungsgerichtshof mediante un recurso de casación o ante el Verfassungsgerichtshof.
- 61 Según el principio de efectividad o eficacia del Derecho de la Unión, las disposiciones nacionales no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión en el ámbito de la contratación pública. A este mandato de hacer posible un ejercicio efectivo de los derechos también se hace referencia en el artículo 1 de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

- 62 La Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, tiene por objeto garantizar unos procedimientos de recurso rápidos y eficaces que puedan conducir a la anulación de las decisiones del poder adjudicador. Las medidas provisionales basadas en dicha Directiva tienen por objeto permitir que se adopten cuanto antes medidas provisionales en relación con las pretensiones principales de recurso y anulación.
- 63 Según el artículo 1, apartado 1, de la Directiva, los acuerdos marco también son contratos en el sentido de la Directiva.
- 64 Las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de esta Directiva pueden conferir derechos subjetivos a los particulares [véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-391/15].
- 65 A este respecto, el BVwG opina que el Derecho de la Unión confiere un derecho subjetivo a que los procedimientos de recurso y las solicitudes de medidas provisionales se resuelvan lo más rápidamente posible y con independencia de las cuestiones relativas a las tasas judiciales a tanto alzado.
- 66 En cuanto al sistema nacional de tasas creado específicamente para la tutela judicial en materia de contratación pública, para el BVwG se suscita la cuestión de si puede ser conforme con el Derecho de la Unión, efectivo, equitativo, equivalente y favorecedor de un procedimiento rápido, que en el caso de los procedimientos de contratación pública no transparentes se genere una deuda por tasas judiciales en el momento de la presentación del recurso, cuyo importe puede incluso desconocerse en el momento de presentar el recurso.
- 67 En otras palabras, se suscita la cuestión de si es en particular equivalente, efectivo y equitativo o favorecedor de un procedimiento de recurso y de medidas provisionales rápido, que el BVwG, incluso cuando la causa ya esté vista para resolver, respecto del recurso y de la solicitud de medidas provisionales deba primero investigar en otro ámbito cuántas decisiones del poder adjudicador emitidas en qué momento en cuántos procedimientos de contratación han sido impugnados por la recurrente en el procedimiento de recurso, incluida la correspondiente solicitud de medidas provisionales, en el momento de iniciarse el procedimiento según la intención objetivamente declarada de dicha parte, y de cuántas impugnaciones planteadas en el procedimiento de recurso no ha desistido la recurrente, incluida la correspondiente solicitud de medidas provisionales, en este caso, por ejemplo, el 5 de enero de 2021.

Sobre las cuestiones prejudiciales

- 68 Desde el punto de vista del BVwG, en primer lugar hay que esclarecer la situación según el Derecho de la Unión y el efecto directo del Derecho de la Unión, incluida la inaplicabilidad de las disposiciones nacionales contrarias, antes de proceder, con base en la situación jurídica aclarada, a una investigación añadida, más o

menos amplia, de los hechos de la situación jurídica específica del caso en cuestión.

- 69 **Sobre la primera cuestión prejudicial:** Si el Derecho sustantivo de la contratación pública es una parte específica del Derecho civil, el principio de equivalencia del Derecho de la Unión parece exigir que no se regule el ejercicio de los derechos de la recurrente en el Derecho de la contratación pública de forma menos favorable que en otros ámbitos del Derecho civil, netamente nacionales.
- 70 Se propone responder a estas cuestiones en el sentido de que el Derecho sustantivo de la contratación pública, como conjunto de normas que imponen derechos y obligaciones durante la fase precontractual, es un ámbito del Derecho civil igual a otras normas sobre la celebración de contratos; y que las medidas provisionales en virtud del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, son igualmente procedimientos de Derecho civil, o, al menos, procedimientos en el sentido del artículo 35 del Reglamento n.º 1215/2012.
- 71 **Sobre la segunda cuestión prejudicial:** Con esta cuestión prejudicial se pregunta si el principio de equivalencia del Derecho de la Unión, junto con el resto del Derecho de la Unión, implica la inaplicación del sistema nacional de tasas anteriormente descrito.
- 72 En caso de que el Tribunal de Justicia responda a esta cuestión en el sentido de que el Derecho de la Unión lleva a que la solicitud de medidas provisionales, así como otros recursos de tutela judicial individual, puedan resolverse en Austria al margen de la cuestión de las tasas a tanto alzado y del pago de las mismas, en este asunto el BVwG podría considerar que son de naturaleza subsidiaria las medidas de investigación necesarias para la liquidación de las tasas y, aplicando el principio de economía procesal, muy probablemente podría resolver la solicitud o las solicitudes de medidas provisionales presentadas con cierta celeridad, en función del resultado de la investigación, sin tener que llevar a cabo de antemano extensas investigaciones sobre el número de procedimientos de contratación.
- 73 **Sobre el apartado 1 de la segunda cuestión prejudicial:** A la luz, en particular, del principio de equivalencia del Derecho de la Unión, se plantea la cuestión prejudicial de si, con arreglo al Derecho de la Unión, la solicitud de medidas provisionales en el procedimiento de recurso puede estar sujeta a una tasa a tanto alzado específica si se presenta junto con el recurso, cuando en las demás normas del Derecho civil las solicitudes de medidas provisionales vinculadas a una acción no devengan una tasa adicional distinta de la tasa por la demanda y, por otra parte, en el ámbito del Derecho administrativo, las solicitudes de efecto suspensivo vinculadas a un recurso no devengan una tasa adicional.
- 74 Si el Tribunal de Justicia, en otras palabras, se pronunciara en el sentido de que el recurrente en el procedimiento de recurso no tiene que satisfacer ninguna tasa adicional por las solicitudes de medidas provisionales presentadas junto con el

recurso debido a la discriminación procesal que supondría en comparación con otros recurrentes en Austria, la solicitud de medidas provisionales de la recurrente podría resolverse mucho más rápidamente y, en particular, sin necesidad de investigaciones específicas a los efectos de las tasas.

- 75 **Sobre la tercera cuestión prejudicial:** Con esta cuestión prejudicial se plantea si es inadmisibles según el Derecho de la Unión, en particular en el contexto del mandato de celeridad con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, o del mandato de inmediatez con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, vincular la resolución rápida de un recurso o de una solicitud de medidas provisionales en el procedimiento de recurso al hecho de que las tasas judiciales debidas por ese tipo de actos hayan sido pagadas o sean pagadas, tras una orden de subsanación de tasas so pena de inadmisión por falta de pago de las tasas, incluso si dicho recurso o solicitud pudiera resolverse muy rápidamente con independencia de la cuestión de las tasas. Se sugiere que se responda a esta cuestión prejudicial que la situación descrita es inadmisibles.
- 76 **Sobre la cuarta cuestión prejudicial:** Según la opinión expresada aquí, no es equitativo para todas las partes del procedimiento que el tribunal, como en este caso ante unos actos de contratación no transparentes, tenga que llevar a cabo extensas investigaciones de los hechos relevantes para la cuantificación de las tasas, posiblemente tenga que emitir una orden de subsanación de tasas y posteriormente, en su caso, tenga que inadmitir el recurso o la solicitud de medidas provisionales en el procedimiento de recurso por falta de pago de las tasas correspondientes. En caso de que un sistema de tasas de este tipo sea inaceptable con arreglo al Derecho de la Unión y, por tanto, también inaplicable a escala nacional, posiblemente el BVwG podría resolver mucho más rápidamente el presente recurso y las solicitudes presentadas.
- 77 **Sobre la quinta cuestión prejudicial:** Por regla general, contra la liquidación de tasas judiciales por parte de un órgano administrativo existe el derecho de recurso ante un tribunal de lo contencioso-administrativo con competencia plena, mientras que en el caso de las tasas judiciales específicas de la contratación pública establecidas por la BVergG para los recursos, pretensiones declarativas o solicitudes de medidas provisionales, tras una resolución sobre las tasas en primera instancia, solo se puede recurrir la liquidación de las tasas ante el Verfassungsgerichtshof y el Verwaltungsgerichtshof y estos dos tribunales de máxima instancia no realizan un examen exhaustivo (véase el apartado 57 *supra*).
- 78 Frente a esta situación, en el caso de las tasas judiciales por acciones en el procedimiento civil o por recursos en el Derecho administrativo, se expide una liquidación administrativa de tasas, que siempre puede ser impugnada con un recurso ante el tribunal de lo contencioso-administrativo competente y posteriormente ser recurrida de nuevo ante el Verwaltungsgerichtshof mediante un recurso de casación o ante el Verfassungsgerichtshof.

- 79 Según la opinión expresada aquí, una normativa nacional de este tipo en materia de tasas judiciales por la tutela judicial en el ámbito de la contratación pública prevista por la BVergG, con la que se genera una discriminación en cuanto a la tutela judicial es, en general, inadmisibles con arreglo al Derecho de la Unión, sobre todo si se tiene en cuenta que el pago de estas tasas judiciales, a diferencia de otras tasas judiciales, es incluso un requisito previo para una decisión sobre el fondo.
- 80 **Sobre la sexta cuestión prejudicial:** Con esta cuestión prejudicial se plantea si, en particular, a la luz del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, la celebración del acuerdo marco con un único operador económico constituye, desde el punto de vista de un poder adjudicador, la celebración del contrato con arreglo a la citada Directiva y, por tanto, la adjudicación del contrato con arreglo al Derecho nacional.
- 81 En caso de que se responda afirmativamente a esta cuestión prejudicial, está claro que, a los efectos de la conformidad con el Derecho de la Unión del procedimiento de investigación que continúa ante el BVwG, desde ese momento ya solo eran admisibles las pretensiones declarativas con arreglo al artículo 334 de la BVergG y que las solicitudes de medidas provisionales deberán ser inadmitidas por el mero hecho de que ya se ha producido la «adjudicación del contrato».
- 82 Se propone que la respuesta a estas dos cuestiones sea que la celebración del acuerdo marco con un único operador económico es la celebración del contrato o la adjudicación del mismo, puesto que el artículo 1 de la Directiva mencionada ya prevé su equiparación.
- 83 **Sobre el apartado 1 de la sexta cuestión prejudicial:** El objetivo de esta cuestión es aclarar si, en virtud del Derecho de la Unión, los contratos basados en un acuerdo marco también se basan en dicho acuerdo marco, aunque ya se haya superado el volumen global del acuerdo marco en el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-216/17. En caso de respuesta afirmativa, habría que suponer, según el Derecho nacional y en función de los resultados correspondientes de la investigación, que los contratos que superan el volumen global, por haber sido adjudicados después de la celebración del acuerdo marco, solo pueden ser impugnados con una pretensión declarativa sin que sean admisibles medidas provisionales.
- 84 Si, por el contrario, el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que cada uno de los contratos, una vez superado el volumen global del acuerdo marco inicial, ya no se basa en el acuerdo marco inicial, habría que examinar si en tal caso cada uno de los nuevos contratos es (ha sido) objeto de una adjudicación directa con arreglo al Derecho nacional, o si la intención era que fuera un contrato de suministro en un procedimiento de contratación no transparente o si ha sido adjudicado como tal, o si debe valorarse como un contrato específico con base en un nuevo acuerdo marco no transparente. En ese caso seguiría siendo posible la interposición de nuevos recursos y de las correspondientes solicitudes de medidas provisionales

antes de la adjudicación del contrato. En función de lo que antecede habría que valorar si son admisibles recursos, pretensiones declarativas o solicitudes de medidas provisionales dirigidas contra estas nuevas adquisiciones.

- 85 Por razones de economía procesal, se sugiere que se responda a las dos cuestiones en el sentido de que las contrataciones realizadas al amparo de un acuerdo marco se basan en el acuerdo marco, incluso si ya se había agotado el volumen global del acuerdo marco.
- 86 **Sobre la séptima cuestión prejudicial:** Con esta cuestión prejudicial se plantea el problema de la obligación de proporcionar información a la vista de la prohibición de autoinculpación.
- 87 El artículo 49, apartado 1, punto 1, de la AVG, que es aplicable en este caso, regula el derecho del testigo a guardar silencio acerca de preguntas que causarían al testigo o a alguno de sus allegados un perjuicio patrimonial directo o que les acarrearía el riesgo de enjuiciamiento penal o que les causaría deshonor.
- 88 A tenor del artículo 51 de la AVG, este derecho a guardar silencio también se aplica a las partes en un procedimiento, aunque no existe el derecho a guardar silencio por un perjuicio patrimonial.
- 89 Con arreglo al artículo 336 de la BVergG, en el contexto de una decisión discrecional, es posible adoptar una resolución en rebeldía basada en las alegaciones procesales de la otra parte en el procedimiento, si una parte en el procedimiento no facilita información o si no presenta los documentos solicitados.
- 90 Sin embargo, el artículo 336 de la BVergG no prevé ningún derecho a guardar silencio ni a la denegación de información como en el artículo 49, apartado 1, punto 1, de la AVG.
- 91 En opinión del BVwG, podría violar la prohibición de autoinculpación el hecho de que los administradores o empleados del poder adjudicador tuvieran que facilitar información y detalles para evitar el riesgo de una resolución en rebeldía, incluso si esto pudiera conducir a la revelación de hechos que pudieran utilizarse posteriormente contra estos administradores y empleados a los efectos del Derecho penal (o también de la normativa en materia de responsabilidad por daños y perjuicios).
- 92 Si, por el contrario, no existiera esa posibilidad de dictar una resolución en rebeldía en caso de no facilitar información o no presentar documentos, se limitaría la efectividad de la tutela judicial en el marco de la contratación pública.
- 93 Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, se sugiere que se responda a esta cuestión prejudicial en el sentido de que no existen obligaciones de información ni de presentación de documentos si esto crea una obligación de autoincriminación para las personas físicas que actúan en nombre del poder adjudicador.

- 94 **Sobre las cuestiones prejudiciales octava y novena:** Con estas cuestiones se plantean dudas acerca de la suficiencia de la normativa nacional en cuanto a su efectividad y equidad en el caso de unos actos de contratación no transparentes para el recurrente.
- 95 Parece al menos realista y posible que la recurrente no supiera en el momento de presentar el escrito de iniciación del procedimiento cuántos procedimientos de contratación de qué tipo (adjudicaciones directas, procedimientos negociados sin publicidad previa) están llevando a cabo o han llevado a cabo las recurridas, ni cuántas decisiones impugnables por separado han adoptado ya las partes recurridas en el procedimiento o en los procedimientos de contratación.
- 96 Por lo tanto, es posible que se haya impuesto a la recurrente una carga de alegación relativa a la identificación concreta de los procedimientos de contratación y de las decisiones impugnables por separado, sin que exista ninguna transparencia al respecto. En consecuencia, la recurrente ha formulado alegaciones procesales faltas de concreción.
- 97 Por otra parte, todo demandante en un procedimiento civil austriaco, en el marco de su carga de alegación, debe exponer los hechos en los que fundamenta sus derechos y, a falta de disposiciones legales contrarias en materia de carga de la prueba, con arreglo al principio general aplicable ha de soportar también la carga objetiva de la prueba si los hechos expuestos en que fundamente sus derechos no pueden probarse o solo pueden probarse parcialmente.
- 98 En consecuencia, este tipo de riesgos relacionados con la carga de la alegación y de la prueba parecen ser generalmente inherentes al ordenamiento jurídico austriaco, en particular en el ámbito del Derecho civil (por ejemplo, en materia de daños y perjuicios y en el Derecho de la competencia).
- 99 Si para la admisión de un recurso y una solicitud de medidas provisionales en la BVergG se exige la identificación de la decisión concreta impugnada por separado y que se impugna en el marco un procedimiento de contratación específico, so pena de inadmisión tras una orden de subsanación, para un justiciable puede ser muy difícil o incluso imposible conocer con suficiente certeza, en particular con la antelación precisa antes de la adjudicación del contrato, cuántas decisiones impugnables por separado se han dictado ya en qué número de procedimientos de contratación.
- 100 Sin embargo, si se examina esta falta de transparencia que sufre el justiciable en comparación con otros sistemas de tutela judicial y, en particular, con las acciones ante los tribunales civiles austriacos, también allí sucede que el demandante que solicita tutela judicial soporta, en primer lugar, la carga de la alegación y, a continuación, la carga objetiva de la prueba, es decir, el riesgo de que no puedan probarse los hechos que fundamentan sus derechos.
- 101 Por lo tanto, a la luz de esta conclusión de comparativa procesal, se sugiere que se responda a las cuestiones en el sentido de que tales obligaciones de identificación

no hacen que el sistema de tutela judicial de la BVergG sea *per se* inefectivo o no equitativo en el sentido del Derecho de la Unión.

- 102 **Sobre la décima cuestión prejudicial:** Con esta cuestión prejudicial se plantea si el derecho a un juicio equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales permite la aplicación de un sistema de tasas judiciales en los procedimientos en que el justiciable busca tutela judicial frente a actos de contratación que no son transparentes, en el que el importe de las tasas judiciales que deben pagarse depende en el fondo del importe del valor estimado de la contratación, de la cantidad de procedimientos de contratación llevados a cabo con un determinado valor de la contratación y del número de decisiones impugnadas que puedan impugnarse por separado.
- 103 Según la opinión expresada aquí, la falta de transparencia para la recurrente en el presente caso significa que no parezca equitativo exigir tasas a tanto alzado por los recursos y por las solicitudes de medidas provisionales en el procedimiento de recurso, respecto de cada decisión impugnable por separado de un procedimiento de contratación específico, una vez que el tribunal ha investigado debidamente cuántas decisiones impugnables por separado de cuántos procedimientos de contratación con qué valor de contratación estimado quería impugnar la demandante. No es equitativo porque, en comparación, el justiciable que acude a un tribunal civil normalmente ya sabe cuánto tiene que pagar en concepto de tasas judiciales al presentar la demanda, incluida la solicitud conexas de medidas provisionales. En el sistema de tasas judiciales previsto en el artículo 340 de la BVergG y según las circunstancias, los justiciables se pueden encontrar con «tasas sorpresivas» considerables.
- 104 Si se respondiera a las cuestiones prejudiciales octava y novena en el sentido de que el Derecho de la Unión exige que las obligaciones de identificación relativas a la decisión impugnada y al procedimiento de contratación correspondiente no son procedentes en el momento de interponer el recurso cuando se impugnan contrataciones no transparentes, pero aun así el importe de las tasas que deben pagarse en virtud del artículo 340 de la BVergG y del Decreto sobre tasas a tanto alzado debe determinarse en el curso del procedimiento de recurso y de medidas provisionales con arreglo a los procedimientos de contratación que en ese momento puedan identificarse con un concreto valor estimado de la contratación y al número de decisiones que deben anularse, la falta de transparencia del importe de las tasas en el momento de interponer el recurso resultaría aún más evidente.
- 105 Por lo tanto, se propone responder a esta cuestión prejudicial en el sentido de que no es equitativo según el Derecho de la Unión y que, en consecuencia, las normas nacionales sobre tasas deben ser inaplicadas, cuando exijan al recurrente el pago de unas tasas que no podía prever en el momento de interponer el recurso debido a la falta de transparencia del procedimiento de contratación.