

GAT

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 19 de junio de 2003 *

En el asunto C-315/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

y

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), así como de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. J.-P. Puissochet, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen (Ponente) y V. Skouris, la Sra. F. Macken y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;
Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), por el Sr. S. Korn, Universitätsassistent;

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

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. M. Nolin, en calidad de gente, asistido por el Sr. R. Roniger, Rechtsanwalt;

visto el informe del Juez Ponente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de octubre de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante resolución de 11 de julio de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de agosto siguiente, el Bundesvergabebamt planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cinco cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), así como de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

- 2 Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la sociedad Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (en lo sucesivo, «GAT») y la sociedad Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (en lo sucesivo, «ÖSAG») relativo a la adjudicación de un contrato público de suministro en cuyo procedimiento de licitación había participado GAT.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

Directiva 89/665

3 El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 dispone:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [...], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

4 A tenor del artículo 2, apartados 1, 2, 6 y 8, de la Directiva 89/665:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

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

- b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

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

2. Los poderes establecidos en el apartado 1 podrán conferirse a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso.

[...]

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

[...]

8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo [234 CE] y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

Directiva 93/36

- 5 El artículo 15 de la Directiva 93/36, que forma parte del capítulo 1, titulado «Normas comunes de participación», del título IV, dispone en su apartado 1:

«Los contratos se adjudicarán con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo 3 del presente título, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 16, previa comprobación de la aptitud de los proveedores que no hayan sido excluidos en aplicación del artículo 20 efectuada por los poderes adjudicadores atendiendo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 22, 23 y 24.»

- 6 El artículo 23 de la Directiva 93/36, que forma parte del capítulo 2, titulado «Criterios de selección cualitativa», del título IV, establece en su apartado 1, letras a) y d):

«La capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad y la utilización de los productos que se vayan a suministrar:

- a) una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados:

— si se trata de suministros con destino a organismos públicos, se probarán las entregas mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

— si se trata de suministros a particulares, las entregas deberán ser certificadas por el comprador o, a falta de éste, simplemente declaradas por el proveedor;

[...]

d) en lo referente a los productos que se deban suministrar, mediante muestras, descripciones y/o fotografías de los mismos cuya autenticidad pueda certificarse a solicitud del poder adjudicador.»

7 El artículo 26 de la Directiva 93/36, que forma parte del capítulo 3, titulado «Criterios para la adjudicación de contratos», del título IV, precisa, en su apartado 1:

«Los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos serán:

a) bien únicamente el precio más bajo;

b) bien, en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica.»

Normativa nacional

- 8 El Derecho austriaco se ha adaptado a las Directivas 89/665 y 93/36 mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56; en lo sucesivo, «BVergG»).

- 9 El artículo 113 de la BVergG establece las competencias del Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicaciones). Dispone:

«1. El Bundesvergabeamt será competente para resolver a instancia de parte en el procedimiento de recurso con arreglo a las disposiciones contenidas en el capítulo siguiente.

2. El Bundesvergabeamt será competente hasta la fecha de la adjudicación, con el fin de remediar las infracciones de la presente Ley federal y de sus reglamentos de desarrollo, para

- 1) dictar medidas provisionales, así como

- 2) anular las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora.

3. Tras la adjudicación del contrato o el término de la licitación, el Bundesvergabeamt será competente para determinar si la adjudicación no se hizo al mejor postor a causa de una infracción de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo [...]»

10 El artículo 115, apartados 1 y 5, de la BVergG dispone:

«1. El empresario que alegue un interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Ley federal podrá impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora recaída en el procedimiento de licitación, siempre que la ilegalidad alegada le haya ocasionado o amenace ocasionarle un perjuicio.

[...]

5. La demanda deberá contener:

1) la indicación exacta del correspondiente procedimiento de licitación y de la decisión recurrida,

[...]»

11 A tenor del artículo 117, apartados 1 y 3, de la BVergG:

«1. El Bundesvergabeamt anulará, mediante resolución administrativa y teniendo en cuenta el dictamen emitido por la comisión de conciliación en el asunto de que se trate, la decisión de la entidad adjudicadora dictada en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato cuando la decisión impugnada:

- 1) sea contraria a las disposiciones de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo e

- 2) influya de modo decisivo en el resultado del procedimiento de adjudicación.

[...]

3. Después de la adjudicación del contrato, si concurren los requisitos del apartado 1, el Bundesvergabeamt declarará únicamente si la ilegalidad alegada existe o no.»

- 12 De conformidad con el artículo 122, apartado 1, de la BVergG, «en caso de infracción culposa de la Ley federal o de sus reglamentos de desarrollo por los órganos de una entidad adjudicadora, un candidato o licitador cuya oferta no haya sido aceptada tendrá derecho, frente al poder adjudicador al que le sean imputables los actos de los órganos de la entidad adjudicadora, al reembolso de los gastos de elaboración de la oferta y de los demás gastos soportados como consecuencia de la participación en el procedimiento de adjudicación».

- 13 En virtud del artículo 125, apartado 2, de la BVergG, sólo será admisible una demanda de indemnización por daños y perjuicios, que deberá presentarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, si previamente se ha pronunciado el Bundesvergabeamt con arreglo al artículo 113, apartado 3. El órgano jurisdiccional civil que conozca de la demanda de indemnización por daños y perjuicios, así como las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt, quedan vinculados por dicho pronunciamiento.
- 14 Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), punto 40a, de la Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (Ley introductoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1991, BGBl. 1991/50), al procedimiento administrativo ante el Bundesvergabeamt le es aplicable la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Ley general de Procedimiento Administrativo de 1991, BGBl. 1991/51; en lo sucesivo, «AVG»).
- 15 El artículo 39, apartados 1 y 2, de la AVG, en su versión aplicable al procedimiento principal, dispone:

«1. Las normas administrativas serán aplicables al procedimiento de instrucción.

2. Cuando las normas administrativas no contengan disposiciones a este respecto, la autoridad administrativa deberá proceder de oficio y determinar, respetando las disposiciones contenidas en este capítulo, la tramitación del procedimiento de instrucción [...]»

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

- 16 ÖSAG, representada por el Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau (Centro de conservación y explotación de autopistas de St. Michael/Lungau), convocó, el 2 de marzo de 2000, una licitación a escala europea en procedimiento abierto para el suministro de un «vehículo de motor especial: máquina de barrer para vías públicas nueva, operativa y homologada, destinada al centro de conservación y explotación de autopistas de Kalwang, en la autopista de Phyrn A9».

- 17 Se presentaron cinco ofertas. La apertura de plicas tuvo lugar el 25 de abril de 2000. GAT había presentado una oferta por el precio de 3.547.020 ATS, más IVA. La oferta de la empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG ascendía a 4.174.290 ATS netos; la de otro licitador ascendía a 4.168.690 ATS, más IVA.

- 18 Por lo que se refiere a la evaluación de las ofertas, el pliego de condiciones precisaba en el punto B.1.13:

«B.1. 13 Evaluación de las ofertas

La oferta técnica y económicamente más ventajosa se determinará siguiendo el principio del mejor postor. Constituye un requisito fundamental que los vehículos ofrecidos cumplan con el pliego de condiciones.

La evaluación se efectuará del siguiente modo:

En la evaluación de las ofertas se tomará como referencia el mejor postor y la puntuación se calculará en relación con éste.

[...]

2) Otros criterios:

Se adjudicará por otros criterios un máximo de 100 puntos, que en la evaluación global tendrá una ponderación del 20 %.

2.1 Lista de referencias de clientes de máquinas de barrer en el área comunitaria de los Alpes (referencias en lengua alemana) Ponderación: 20 puntos.

Fórmula de evaluación:

El número más elevado de clientes dividido entre el segundo número más elevado, multiplicado por 20 puntos.»

- 19 El 16 de mayo de 2000, ÖSAG descartó la oferta de GAT, alegando que no cumplía el pliego de condiciones, puesto que la máquina limpiadora de aceras sólo era utilizable hasta temperaturas de 0 °C, mientras que la licitación exigía una temperatura de funcionamiento de al menos 5 °C bajo cero. Además, a pesar de haber sido requerida para ello por ÖSAG, GAT no cumplió con el requisito, previsto en el pliego de condiciones, de permitir la inspección de la máquina en un radio de 300 km alrededor de la sede de la entidad adjudicadora. Asimismo, ÖSAG puso en duda que el precio de la oferta de GAT fuese adecuado. Por último, a pesar de haber sido requerida para ello por ÖSAG, GAT no explicó suficientemente el procedimiento técnico para limpiar los reflectores de la máquina propuesta.
- 20 De conformidad con la propuesta de adjudicación de 31 de julio de 2000, se adjudicó el contrato a la empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG mediante escrito de 23 de agosto de 2000. Los demás licitadores fueron informados mediante escrito de 12 de julio de 2000 de la designación del adjudicatario. Mediante escrito de 17 de julio de 2000 se comunicó a GAT que se había descartado su oferta, y mediante escrito de 5 de octubre de 2000 se le comunicaron el nombre del adjudicatario y la cuantía de la adjudicación.
- 21 El 17 de noviembre de 2000, GAT interpuso un recurso ante el Bundesvergabeamt solicitando que se declarase que el contrato no se había adjudicado al mejor postor y alegó que su oferta se había descartado de manera ilegal. En su opinión, la descripción técnica de la limpieza de los reflectores, que había adjuntado a su oferta, era suficiente para un experto. Además, había invitado a ÖSAG a inspeccionar la planta de fabricación de su proveedor. GAT alegó asimismo que, en todo caso, el criterio de adjudicación relativo a la «posibilidad de inspeccionar el objeto de la licitación en un radio de 300 km alrededor de la sede de la entidad adjudicadora» es contrario a las exigencias del Derecho comunitario, pues constituye una discriminación indirecta. ÖSAG debería haber admitido todos los objetos de referencia situados en Europa. Asimismo, GAT consideró que dicho criterio tan sólo podía utilizarse como criterio de adjudicación y no, como erróneamente hizo ÖSAG con posterioridad, como criterio de aptitud. GAT señaló también que, si bien es cierto que el modelo básico de la máquina de barrer que ofrecía no funcionaba a temperaturas

inferiores a 0 °C, ÖSAG se había reservado la posibilidad de adquirir una opción complementaria, que habría permitido una temperatura de utilización de 5 °C bajo cero, como exigía el pliego de condiciones. Por último, el precio de su oferta no era en absoluto inadecuado. Al contrario, GAT pudo explicar suficientemente a ÖSAG por qué su precio era tan favorable.

- 22 Al estimar que la resolución del litigio de que conocía requería la interpretación de varias normas de Derecho comunitario, el Bundesvergabeamt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Cabe deducir del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665, de otra disposición de dicha Directiva o de cualquier otra disposición de Derecho comunitario, que a la autoridad competente para tramitar un procedimiento de recurso en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva, incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), le está prohibido apreciar de oficio, y con independencia de las alegaciones de las partes del procedimiento de recurso, aquellas circunstancias jurídicamente significativas para la adjudicación que en su opinión son relevantes para resolver dicho recurso?

1) b) ¿Se opone el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, en relación eventualmente con cualesquiera otros principios de Derecho comunitario, a una decisión de la autoridad competente para tramitar un procedimiento de recurso en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva, incluido el ejercicio de las facultades que le atribuye su artículo 2, apartado 1, letra c), por la que se desestima un recurso de un licitador dirigido indirectamente a obtener una indemnización, cuando el procedimiento de licitación adolezca ya de un vicio esencial, como consecuencia de una decisión de la entidad adjudicadora distinta de la impugnada por el licitador, porque el eventual perjuicio del licitador también se habría producido por otras razones, con independencia de la decisión recurrida?

- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a), ¿prohíben las disposiciones de la Directiva 93/36, y en particular lo dispuesto en sus artículos 15 a 26, que, en la tramitación de los procedimientos de licitación, la entidad pública adjudicadora no tenga en cuenta las referencias de los productos ofrecidos por los licitadores al comprobar la aptitud de estos, sino que los adopte como criterio de adjudicación, de modo que la evaluación desfavorable de dichas referencias no dé lugar a la exclusión del licitador del procedimiento de licitación, sino tan sólo a que obtenga un resultado peor, en un sistema de puntuación en el que, por ejemplo, la evaluación desfavorable de las referencias se pudiese compensar con un precio inferior?

- 3) En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera, letra a), y segunda, ¿es compatible con las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, incluido el artículo 26 de la Directiva 93/36, con el principio de igualdad de trato y con las obligaciones internacionales de las Comunidades un criterio de adjudicación según el cual las referencias de los productos se evalúan exclusivamente en función de su número, sin examinar si la experiencia de las entidades adjudicadoras con el producto ha sido positiva o negativa, y, además, sólo se tienen en cuenta las referencias procedentes del área comunitaria de los Alpes?

- 4) ¿Es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con el principio de igualdad de trato, un criterio de adjudicación con arreglo al cual tan sólo cabe otorgar una evaluación positiva a la posibilidad de inspeccionar el objeto de la licitación en un radio de 300 km alrededor de la sede de la entidad adjudicadora?

- 5) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión o negativa a las cuestiones tercera o cuarta, ¿debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, en relación eventualmente con cualesquiera otros principios de Derecho comunitario, en el sentido de que si la infracción

de la entidad adjudicadora consiste en la inclusión de un criterio de adjudicación ilegal, el licitador tan sólo tiene derecho a indemnización cuando se acredite de forma concreta que, sin el criterio ilegal de adjudicación, dicho licitador habría presentado la oferta más favorable?»

- 23 El órgano jurisdiccional remitente solicitó asimismo al Tribunal de Justicia que las cuestiones prejudiciales planteadas se tramitaran mediante el procedimiento acelerado previsto en el artículo 104 *bis* del Reglamento de Procedimiento, ya que, por una parte, la primera cuestión se suscita en casi la mitad de los procedimientos de recurso de que conoce y, por otra, el Verfassungsgerichtshof ya ha anulado varias resoluciones del Bundesvergabeamt debido, precisamente, a que éste había apreciado de oficio la ilegalidad de algunos aspectos del procedimiento de adjudicación de que se trataba.
- 24 No obstante, mediante resolución de 13 de septiembre de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia, a propuesta del Juez Ponente y oído el Abogado General, desestimó dicha solicitud debido a que las circunstancias alegadas por el órgano jurisdiccional remitente no acreditaban que existiera una urgencia extraordinaria en que se respondiera a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

- 25 Basándose en la resolución de remisión del Bundesvergabeamt de 11 de julio de 2001, adoptada en el marco de otro asunto de adjudicación de contratos públicos, que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-314/01 y que aún se halla pendiente, la Comisión manifiesta sus dudas con respecto al carácter jurisdiccional del órgano remitente, ya que, en la citada resolución, éste reconoció que sus resoluciones no suponen «órdenes conminatorias a la entidad adjudicadora, susceptibles de ejecución forzosa». En estas circunstancias, la Comisión se plantea la admisibilidad de las cuestiones

formuladas por el Bundesvergabeamt en el presente asunto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de las sentencias de 12 de noviembre de 1998, Victoria Film (C-134/97, Rec. p. I-7023), apartado 14, y de 14 de junio de 2001, Salzmann (C-178/99, Rec. p. I-4421), apartado 14, a tenor de las cuales los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.

- 26 En este sentido, es preciso destacar, por una parte, que tras la adjudicación del contrato el Bundesvergabeamt es competente, en virtud del artículo 113, apartado 3, de la BVergG, para determinar si la adjudicación no se hizo al mejor postor a causa de una infracción de la normativa nacional pertinente.
- 27 Por otra parte, del propio tenor literal del artículo 125, apartado 2, de la BVergG resulta que el pronunciamiento del Bundesvergabeamt con arreglo al artículo 113, apartado 3, de la misma Ley no sólo constituye un requisito de admisibilidad de toda demanda de indemnización por daños y perjuicios que se interponga ante los órganos jurisdiccionales civiles como consecuencia de una infracción culposa de la citada normativa, sino que, además, vincula tanto a las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt como al órgano jurisdiccional civil que conoce del asunto.
- 28 En estas circunstancias, no pueden ponerse en cuestión ni la naturaleza obligatoria de la resolución adoptada por el Bundesvergabeamt en virtud del artículo 113, apartado 3, de la BVergG ni, por tanto, el carácter jurisdiccional de éste.
- 29 De ello se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso de autos por el Bundesvergabeamt.

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

- 30 El Gobierno austriaco alega que la primera cuestión, letra a), y la quinta cuestión no son admisibles ya que se suscitaron en el marco de un procedimiento que se inició con arreglo al artículo 113, apartado 3, de la BVergG, que no constituye un procedimiento de recurso en el sentido de la Directiva 89/665, sino un simple procedimiento declarativo.
- 31 El Gobierno austriaco señala al respecto que el legislador austriaco hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 2, apartado 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 y dispuso que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, las facultades del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limitan a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción. Pues bien, en el ordenamiento jurídico austriaco la facultad de decidir si procede la indemnización por daños y perjuicios —que, conforme al artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever— no se atribuye al Bundesvergabeamt, sino a los órganos jurisdiccionales civiles, tal como resulta de los artículos 122 y 125 de la BVergG.
- 32 El Gobierno austriaco considera que, en estas circunstancias, para resolver el litigio principal no es necesario responder a las cuestiones primera, letra a), ni quinta.
- 33 Es preciso subrayar al respecto, por una parte, que las disposiciones de la Directiva 89/665 no se oponen a que la facultad prevista en su artículo 2, apartado 1, letra c), se reparta entre varios organismos responsables, ya que el artículo 2, apartado 2, de ésta permite expresamente a los Estados miembros conferir las facultades previstas en el apartado 1 del citado artículo a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso.

- 34 Por otra parte, es importante recordar que si bien una vez adjudicado el contrato el Bundesvergabeamt no es competente para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación a dicho Derecho, sino que sólo es competente para determinar si, a causa de dicha infracción, la adjudicación no se hizo al mejor postor, dicho pronunciamiento, tal como resulta del apartado 27 de la presente sentencia, no sólo constituye un requisito de admisibilidad de toda demanda de indemnización por daños y perjuicios que se interponga ante los órganos jurisdiccionales civiles, sino que, además, vincula tanto a las partes en el procedimiento ante el Bundesvergabeamt como al órgano jurisdiccional civil que conoce del asunto.
- 35 En estas circunstancias, procede llegar a la conclusión de que, incluso cuando conoce de un asunto en virtud del artículo 113, apartado 3, de la BVergG, el Bundesvergabeamt actúa en el marco de un procedimiento de recurso previsto por la Directiva 89/665 y, tal como resulta ya del apartado 28 de la presente sentencia, su resolución es de naturaleza vinculante.
- 36 Además, tal como confirma el artículo 117, apartado 3, de la BVergG, en el marco de un procedimiento iniciado con arreglo al artículo 113, apartado 3, de la misma Ley, el Bundesvergabeamt es competente para comprobar la existencia de la irregularidad alegada. Pues bien, no se puede excluir que, al ejercer esta competencia, considere necesario plantear alguna cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.
- 37 En la medida en que tales cuestiones, que el Bundesvergabeamt considera necesarias para comprobar la existencia de una irregularidad, tienen por objeto la interpretación del Derecho comunitario, no pueden declararse inadmisibles (en este sentido, véanse, en concreto, las sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 38, y de 10 de diciembre de 2000, Der Weduwe, C-153/00, Rec. p. I-11319, apartado 31).

- 38 En cambio, el Bundesvergabeamt, que no es directamente competente para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una ilegalidad, no está legitimado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a la propia indemnización por daños y perjuicios o a los requisitos para concederla.
- 39 De lo anterior se desprende que todas las cuestiones prejudiciales que plantea el Bundesvergabeamt en el caso de autos son admisibles, excepto la quinta, que tiene por objeto, precisamente, determinar en qué circunstancias un licitador que afirma haberse visto perjudicado por la adopción de un criterio de adjudicación ilegal tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

Sobre la primera cuestión, letras a) y b)

- 40 En su resolución de remisión el Bundesvergabeamt señala que de los artículos 113, apartado 3, y 115, apartado 1, de la BVergG resulta que, en un procedimiento de recurso iniciado tras la adjudicación de un contrato, debe comprobar la legalidad de la decisión de adjudicación impugnada, pero sólo puede estimar el recurso si la decisión ilegal impugnada ha tenido por efecto que el contrato no se haya atribuido al mejor postor en el sentido de dicha Ley. Por tanto, le resulta imposible estimar el recurso si el procedimiento de licitación adolece ya, como consecuencia de otra decisión, eventualmente anterior, de la entidad adjudicadora, de un vicio esencial que conlleva que la demandante no sea, en ningún caso, el mejor postor en el sentido de la Ley, y si dicha demandante no ha impugnado esta otra decisión de la entidad adjudicadora en el procedimiento de recurso. En efecto, en tal caso, la infracción controvertida no «perjudicaría» a la demandante en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, ya que el perjuicio, que puede adoptar la forma de gastos de licitación realizados en vano, tiene como causa otra infracción de la entidad adjudicadora.

- 41 Por otra parte, el Bundesvergabeamt recuerda que, en virtud del artículo 39, apartado 2, de la AVG, debe determinar de oficio los hechos relevantes y, por tanto, examinar de oficio si, en el asunto principal, son legales otros criterios de adjudicación distintos al de la «posibilidad de inspección visual», al que se opone la demandante. Destaca asimismo que, según una sentencia del Verfassungsgerichtshof (Austria) de 8 de marzo de 2001 (B 707/00), la aplicabilidad de las normas procesales basadas en el principio de la actuación de oficio —que, con independencia de las alegaciones de las partes, permite al organismo responsable del procedimiento de recurso abordar todos los aspectos relevantes del procedimiento de licitación— puede suscitar, habida cuenta del procedimiento contradictorio de recurso del artículo 2, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 89/665, algún problema de Derecho comunitario que haga obligatorio someter el asunto al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero.
- 42 El Bundesvergabeamt explica que es esta jurisprudencia del Verfassungsgerichtshof la que le ha incitado a plantear la primera cuestión, letras a) y b), aunque él mismo no ignora en absoluto, por una parte, que la necesidad de que el procedimiento tenga carácter contradictorio —que se desprende no tanto del artículo 2, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 89/665, que se aplica únicamente a los «organismos independientes» de recurso, sino de los requisitos que debe cumplir un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE— no se opone al principio de la actuación de oficio aplicable en los procedimientos administrativos, ni, por otra parte, que el Tribunal de Justicia ya ha apreciado implícitamente que ante el Bundesvergabeamt se desarrolla un procedimiento contradictorio, en la medida en que ha reconocido su derecho a plantear cuestiones prejudiciales.
- 43 De las consideraciones anteriores, así como del marco normativo en el que se inscriben, se desprende que, mediante su primera cuestión, letras a) y b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 89/665 se opone, por una parte, a que, en el marco de un recurso interpuesto por un licitador para que se declare, a los efectos de obtener posteriormente una indemnización por daños y perjuicios, la ilegalidad de la decisión de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable del procedimiento de recurso aprecie de oficio la ilegalidad de otra decisión de la entidad adjudicadora distinta

de la que impugna el licitador y, por otra parte, a que dicho organismo desestime el recurso del licitador argumentando que, como consecuencia de la ilegalidad apreciada de oficio, el procedimiento de licitación es, en todo caso, irregular y que el posible perjuicio al licitador se hubiera producido aunque no existiera la ilegalidad que este último alega.

- 44 A este respecto, es preciso recordar que, como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véanse, en concreto, las sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartados 33 y 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74).
- 45 No obstante, la Directiva 89/665 sólo establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véase, en concreto, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 47).
- 46 A falta de una norma específica en la materia, corresponde, por tanto, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar si un organismo responsable de los citados procedimientos de recurso puede, y en qué condiciones, apreciar de oficio irregularidades que no han alegado las partes en el litigio de que conoce.

- 47 Ni la finalidad de la Directiva 89/665 ni la necesidad de que los procedimientos de recurso que prevé tengan carácter contradictorio se oponen a que el ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro establezca tal posibilidad.
- 48 En efecto, por una parte, el hecho de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso aprecie de oficio irregularidades que afectan al procedimiento de licitación, sin esperar a que alguna de las partes las alegue, no puede ser contrario al objetivo de la Directiva, que es garantizar el respeto de las normas de Derecho comunitario en materia de contratos públicos mediante vías de recurso eficaces y rápidas.
- 49 Por otra parte, la necesidad de que los procedimientos de recurso tengan carácter contradictorio no permite excluir que el organismo responsable de dicho procedimiento pueda apreciar de oficio una ilegalidad que es el primero en detectar, sino que implica sencillamente que, antes de dictar resolución, dicho organismo debe respetar el derecho de las partes a ser oídas sobre la ilegalidad apreciada de oficio.
- 50 Se desprende de ello que la Directiva 89/665 no se opone a que, en el marco de un recurso interpuesto por un licitador para que se declare, a los efectos de obtener posteriormente una indemnización por daños y perjuicios, la ilegalidad de la decisión de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable del procedimiento de recurso aprecie de oficio la ilegalidad de otra decisión de la entidad adjudicadora distinta de la que impugna el licitador.
- 51 No obstante, de lo anterior no se desprende que dicho organismo pueda desestimar el recurso del licitador argumentando que, como consecuencia de la ilegalidad apreciada de oficio, el procedimiento de licitación es, en todo caso, irregular y que el posible perjuicio al licitador se hubiera producido aunque no existiera la ilegalidad que este último alega.

- 52 En efecto, por una parte, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que están sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véanse, en concreto, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 37, y de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki, C-57/01, Rec. p. I-1091, apartado 68) y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (véanse, entre otras, las sentencias Alcatel Austria y otros, apartado 35, y HI, apartado 49, antes citadas).
- 53 Por otra parte, entre los procedimientos de recurso que la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer con el fin de garantizar que las decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, figura expresamente, en el artículo 2, apartado 1, letra c), el procedimiento que permite conceder indemnizaciones por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.
- 54 De ello se deriva que un licitador perjudicado por una decisión de adjudicación de un contrato público, decisión cuya legalidad cuestiona, no puede verse privado del derecho a solicitar una indemnización por los perjuicios que dicha decisión le ha causado porque el procedimiento de licitación fuera, en todo caso, irregular debido a la ilegalidad, apreciada de oficio, de otra decisión, eventualmente anterior, de la entidad adjudicadora.
- 55 Esta conclusión se impone, con mayor razón, en el supuesto de que un Estado miembro haya hecho uso de la facultad, que le confiere el artículo 2, apartado 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665, de limitar, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, las facultades del organismo responsable de los procedimientos de recurso a conceder una indemnización por daños y perjuicios. En efecto, en tal caso no podría aplicarse ninguna de las sanciones previstas por la Directiva 89/665 a la ilegalidad que invoca el licitador.

- 56 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que la Directiva 89/665 no se opone a que, en el marco de un recurso interpuesto por un licitador para que se declare, a los efectos de obtener posteriormente una indemnización por daños y perjuicios, la ilegalidad de la decisión de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable del procedimiento de recurso aprecie de oficio la ilegalidad de otra decisión de la entidad adjudicadora distinta de la que impugna el licitador. En cambio, la citada Directiva se opone a que dicho organismo desestime el recurso del licitador argumentando que, como consecuencia de la ilegalidad apreciada de oficio, el procedimiento de licitación es, en todo caso, irregular y que el posible perjuicio al licitador se hubiera producido aunque no existiera la ilegalidad que este último alega.

Sobre la segunda cuestión

- 57 Del apartado 18 de la presente sentencia, así como del propio tenor de la tercera cuestión, resulta que en el asunto principal el pliego de condiciones establecía que, al evaluar las ofertas para determinar aquella económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debía tener en cuenta el número de referencias de los productos ofrecidos por los licitadores a otros clientes, sin examinar si la experiencia de estos últimos con los productos adquiridos había sido buena o mala.
- 58 En estas circunstancias, cabe entender que el objeto de la segunda cuestión es saber si la Directiva 93/36 se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de suministro, la entidad adjudicadora tenga en cuenta el número de referencias de los productos ofrecidos por los licitadores a otros clientes no como criterio para comprobar la aptitud de estos para ejecutar el contrato de que se trate, sino como criterio de adjudicación del citado contrato.

- 59 A este respecto, es importante destacar que, en el sistema de la Directiva 93/36, y en particular de su título IV, la comprobación de la aptitud de los proveedores para suministrar los productos objeto del contrato que se ha de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el marco de un procedimiento de licitación. En efecto, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 93/36 establece que la adjudicación del contrato se hará una vez comprobada la aptitud de los proveedores (véase, en este sentido, en materia de contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 15).
- 60 A pesar de que la Directiva 93/36, cuyo objeto, a tenor de sus considerandos quinto y sexto, es la coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de suministro respetando, en la medida de lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros, no excluye que la comprobación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, ambas operaciones se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 16).
- 61 El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 93/36 dispone que la entidad adjudicadora comprobará la aptitud de los licitadores con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica que se especifican en los artículos 22, 23 y 24 de la misma Directiva. El objeto de estos artículos no es delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad económica, financiera y técnica requerido para participar en los diferentes contratos públicos, sino determinar cuáles son las referencias o los medios de prueba que pueden aportarse para justificar la capacidad financiera, económica y técnica de los proveedores (véase al respecto la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).
- 62 Por lo que respecta a los criterios que pueden utilizarse como criterios de adjudicación de un contrato público de suministro, el artículo 26, apartado 1, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras se basarán, o bien únicamente en el precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se

efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, en distintos criterios que pueden variar según el contrato de que se trate, como el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica.

- 63 Tal como resulta claramente del tenor de esta norma y, en concreto, del uso de la expresión «por ejemplo», los criterios que pueden utilizarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo (véanse, en este sentido, en materia de contratos públicos de obras, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 35, y, en materia de contratos públicos de servicios, la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 54).
- 64 No obstante, si bien el artículo 26, apartado 1, de la Directiva 93/36 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vaya a utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, las sentencias Beentjes, apartado 19, SIAC Construction, apartado 36, y Concordia Bus Finland, apartado 59, antes citadas).
- 65 Pues bien, es necesario señalar que la presentación de una relación de las principales entregas efectuadas en los últimos tres años, indicando su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados, figura expresamente entre las referencias o medios de prueba que, en virtud del artículo 23, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/36, se pueden exigir para justificar la capacidad técnica de los proveedores.
- 66 Además, una mera lista de referencias como la que exigía el pliego de condiciones objeto del procedimiento principal, en la que figura únicamente la identidad y el número de clientes anteriores de los licitadores, pero que no contiene otras

precisiones relativas a las entregas efectuadas a dichos clientes, no proporciona ninguna indicación que permita identificar la oferta económicamente más ventajosa, en el sentido del artículo 26, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, y, por tanto, no puede constituir en ningún caso, un criterio de adjudicación en el sentido de la citada norma.

- 67 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 93/36 se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de suministro, la entidad adjudicadora tenga en cuenta el número de referencias de los productos ofrecidos por los licitadores a otros clientes no como criterio para comprobar la aptitud de estos para ejecutar el contrato de que se trate, sino como criterio de adjudicación del citado contrato.

Sobre la tercera cuestión

- 68 Dado que esta cuestión únicamente se ha planteado para el supuesto de que la respuesta a la segunda cuestión sea negativa, no procede responder a ella.

Sobre la cuarta cuestión

- 69 Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho comunitario, y, en concreto, el principio de igualdad de trato, se opone a un criterio de adjudicación de un contrato público de suministro en virtud del cual sólo es posible apreciar de forma positiva la oferta de los licitadores si la entidad adjudicadora puede examinar visualmente el producto objeto de dicha oferta en un radio de 300 km alrededor de su sede.

- 70 Para responder a esta cuestión procede señalar que tal criterio no puede constituir un criterio de adjudicación del contrato.
- 71 En efecto, por una parte, del artículo 23, apartado 1, letra d), de la Directiva 93/36 resulta que, en el marco de un contrato público de suministro, las entidades adjudicadoras pueden exigir que se presenten muestras, descripciones y/o fotografías de los productos que han de suministrarse como referencias o medios de prueba de la capacidad técnica de los proveedores para ejecutar el contrato de que se trata.
- 72 Por otra parte, un criterio como el que se examina en la cuarta cuestión no permite identificar la oferta económicamente más ventajosa, en el sentido del artículo 26, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, y, por tanto, no puede constituir, en ningún caso, un criterio de adjudicación en el sentido de dicha norma.
- 73 En estas circunstancias, no es necesario examinar si el citado criterio es también contrario al principio de igualdad de trato, que, tal como ha señalado repetidamente el Tribunal de Justicia, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en concreto, las sentencias HI, apartado 45, y Universale-Bau y otros, apartado 91, antes citadas).
- 74 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión que la Directiva 93/36 se opone a que, en el marco de un contrato público de suministro, se utilice como criterio de adjudicación de dicho contrato la exigencia de que la entidad adjudicadora pueda examinar visualmente los productos objeto de las ofertas en un radio de 300 km alrededor de su sede.

Costas

- 75 Los gastos efectuados por el Gobierno austriaco y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt mediante resolución de 11 de julio de 2001, declara:

- 1) La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se opone a que, en el marco de un recurso interpuesto por un licitador para que se declare, a los efectos de obtener posteriormente una indemnización por daños y perjuicios, la ilegalidad de la

decisión de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable del procedimiento de recurso aprecie de oficio la ilegalidad de otra decisión de la entidad adjudicadora distinta de la que impugna el licitador. En cambio, la citada Directiva se opone a que dicho organismo desestime el recurso del licitador argumentando que, como consecuencia de la ilegalidad apreciada de oficio, el procedimiento de licitación es, en todo caso, irregular y que el posible perjuicio al licitador se hubiera producido aunque no existiera la ilegalidad que este último alega.

- 2) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de suministro, la entidad adjudicadora tenga en cuenta el número de referencias de los productos ofrecidos por los licitadores a otros clientes no como criterio para comprobar la aptitud de estos para ejecutar el contrato de que se trate, sino como criterio de adjudicación del citado contrato.
- 3) La Directiva 93/36 se opone a que, en el marco de un contrato público de suministro, se utilice como criterio de adjudicación de dicho contrato la exigencia de que la entidad adjudicadora pueda examinar visualmente los productos objeto de las ofertas en un radio de 300 km alrededor de su sede.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 19 de junio de 2003.

El Secretario

El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass

J.-P. Puissochet