



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 22 de octubre de 2024*

«Procedimiento prejudicial — Adjudicación de contratos públicos en la Unión Europea — Directiva 2014/25/UE — Artículo 43 — Operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice, de manera recíproca y por igual, el acceso a la contratación pública — Inexistencia de un derecho de estos operadores económicos a un “trato no menos favorable” — Participación de tal operador económico en un procedimiento de adjudicación de un contrato público — Inaplicabilidad de la Directiva 2014/25 — Inadmisibilidad, en el marco de un recurso interpuesto por ese operador económico, de una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación de disposiciones de la citada Directiva»

En el asunto C-652/22,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Visoki upravni sud (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, Croacia), mediante resolución de 10 de octubre de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 2022, en el procedimiento entre

Kolin Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ

y

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave,

con intervención de:

HŽ Infrastruktura d.o.o.,

Strabag AG,

Strabag d.o.o.,

Strabag Rail a.s.,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, el Sr. T. von Danwitz, Vicepresidente, los Sres. C. Lycourgos (Ponente), I. Jarukaitis, A. Kumin, N. Jääskinen y M. Gavalec, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Arabadjiev, E. Regan y Z. Csehi y la Sra. O. Spineanu-Matei, Jueces;

* Lengua de procedimiento: croata.

Abogado General: Sr. A. M. Collins;

Secretario: Sr. M. Longar, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 21 de noviembre de 2023;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ, por la Sra. I. Božić y el Sr. Z. Tomić, odvjetnici;
- en nombre de la Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, por la Sra. M. Kuhar, en calidad de agente;
- en nombre de HŽ Infrastruktura d.o.o., por el Sr. I. Kršić, en calidad de agente, y la Sra. I. Mršo Nastić y el Sr. M. Paulinović, odvjetnici;
- en nombre de Strabag AG, Strabag d.o.o. y Strabag Rail a.s., por la Sra. Ž. Potoku, odvjetnica;
- en nombre del Gobierno croata, por la Sra. G. Vidović Mesarek, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno checo, por la Sra. L. Halajová y los Sres. T. Müller, M. Smolek y J. Vlácil, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno danés, por la Sra. D. Elkan, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno estonio, por las Sras. N. Grünberg y M. Kriisa, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. R. Bénard, la Sra. O. Duprat-Mazaré y el Sr. J. Illouz, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. J. Schmoll, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Gattinara, M. Mataija y G. Wils, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de marzo de 2024;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 36 y 76 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la sociedad turca Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ (en lo sucesivo, «Kolin») y la Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (Comisión Estatal para la Supervisión de los Procedimientos de Contratación Pública, Croacia; en lo sucesivo, «Comisión de Supervisión»), en relación con la adjudicación de un contrato público relativo a la construcción de una infraestructura ferroviaria en Croacia.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y Protocolo Adicional

- 3 El Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía fue firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara (Turquía) y fue concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad Económica Europea mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 (DO 1964, 217, p. 3685; EE 11/01, p. 18).
- 4 El Protocolo Adicional anexo a dicho Acuerdo, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas (Bélgica) y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad Económica Europea mediante el Reglamento (CEE) n.º 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972 (DO 1972, L 293, p. 1; EE 11/01, p. 213; en lo sucesivo, «Protocolo Adicional»), establece en su artículo 41, apartado 1, lo siguiente:

«Las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.»

- 5 A tenor del artículo 57 del Protocolo Adicional:

«Las Partes Contratantes adoptarán progresivamente las condiciones de participación en los contratos otorgados por las administraciones o las empresas públicas, así como por las empresas privadas a las que se hayan concedido derechos especiales o exclusivos, de forma que, transcurrido un período de veintidós años, se elimine cualquier discriminación entre los nacionales de los Estados miembros y los de Turquía establecidos en el territorio de las Partes Contratantes.

El Consejo de Asociación establecerá el ritmo y las modalidades de dicha adaptación, inspirándose en las soluciones adoptadas en dicho ámbito en la Comunidad.»

Directiva 2014/25

6 Los considerandos 2 y 27 de la Directiva 2014/25 indican lo siguiente:

«(2) A fin de garantizar la apertura a la competencia de la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es conveniente elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Esta coordinación es necesaria para garantizar el efecto de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ([Tratado FUE]) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. [...]

[...]

(27) En virtud de la Decisión 94/800/CE del Consejo[, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO 1994, L 336, p. 1)] se aprobó en particular el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en lo sucesivo denominado “ACP”. El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. En relación con los contratos regulados por los anexos 3, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, así como por otros acuerdos internacionales pertinentes por los que está obligada la Unión, las entidades adjudicadoras deben cumplir las obligaciones que les imponen estos acuerdos aplicando la presente Directiva a los operadores económicos de terceros países que sean signatarios de los mismos.»

7 El artículo 1 de la citada Directiva, titulado «Objeto y ámbito de aplicación», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de las entidades adjudicadoras, con respecto a contratos y concursos de proyectos cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales fijados en el artículo 15.»

8 A tenor del artículo 11 de esta Directiva, titulado «Servicios de transporte»:

«La presente Directiva se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el ámbito del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.»

9 El artículo 15 de la citada Directiva, titulado «Umbrales», preceptúa lo siguiente:

«[...] La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes umbrales:

[...]

b) 5 186 000 [euros] en los contratos de obras;

[...]».

- 10 El artículo 36 de la Directiva 2014/25, titulado «Principios de la contratación», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«Las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.»

- 11 El artículo 43 de esta Directiva, titulado «Condiciones relativas al Acuerdo sobre Contratación Pública y otros acuerdos internacionales», establece lo siguiente:

«En lo regulado por los anexos 3, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP y por los demás acuerdos internacionales por los que está obligada la Unión, las entidades adjudicadoras en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.»

- 12 El artículo 45 de dicha Directiva, titulado «Procedimiento abierto», estipula en su apartado 1 lo siguiente:

«En los procedimientos abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación.

[...]»

- 13 El artículo 76 de esa misma Directiva, titulado «Principios generales», prescribe en su apartado 4 lo siguiente:

«Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades adjudicadoras, salvo que se disponga otra cosa en el Derecho nacional que dé aplicación a la presente Directiva, podrán pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo adecuado, siempre que dichas peticiones se realicen cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato y transparencia.»

- 14 A tenor del artículo 86 de la Directiva 2014/25, titulado «Relaciones con terceros países en relación con contratos de obras, suministro y servicios»:

«1. Los Estados miembros informarán a la Comisión [Europea] de cualquier dificultad general, de hecho o de derecho, hallada y comunicada por sus empresas en asegurar la adjudicación de contratos de servicios en terceros países.

2. La Comisión informará al Consejo [de la Unión Europea] a más tardar el 18 de abril de 2019 y de forma periódica posteriormente, sobre las oportunidades de contratos de servicios en terceros países y sobre avances en las negociaciones con dichos países en esta materia, en particular en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

3. La Comisión procurará, al dirigirse al tercer país afectado, solventar cualquier situación en la que considere, sobre la base bien de los informes mencionados en el apartado 2 o de otra información, que, en el contexto de la adjudicación de contratos de servicio, un tercer país:

- a) no concede a las empresas de la Unión un acceso efectivo comparable al que concede la Unión a empresas de dicho país, o bien
- b) no concede a las empresas de la Unión un trato nacional o las mismas oportunidades de competencia de que disponen empresas nacionales, o bien
- c) concede a empresas de otros terceros países un trato más favorable que a empresas de la Unión.

4. Los Estados miembros informarán a la Comisión de cualquier dificultad, de hecho o de derecho, hallada y comunicada por sus empresas debida a la falta de respeto de las disposiciones internacionales en materia de Derecho del trabajo [...] cuando dichas empresas hayan intentado garantizar la adjudicación de contratos en terceros países.

5. En las circunstancias mencionadas en los apartados 3 y 4, la Comisión podrá proponer, en cualquier momento, al Consejo que adopte un acto de ejecución que suspenda o restrinja, durante un plazo establecido en el acto de ejecución, la adjudicación de contratos de servicios a:

- a) empresas sometidas a la legislación del tercer país afectado;
- b) empresas filiales de las empresas mencionadas en la letra a) y que tengan su domicilio social en la Unión, pero que no tengan un vínculo directo y efectivo con la economía de un Estado miembro;
- c) empresas que presenten ofertas cuyos servicios en la materia se encuentren en el tercer país en cuestión.

El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada cuanto antes.

La Comisión propondrá dichas medidas a iniciativa propia o a petición de un Estado miembro.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los compromisos de la Unión relativos a terceros países derivados de acuerdos internacionales sobre contratación pública, en especial en el marco de la OMC.»

Reglamento ICI

- 15 El Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional — ICI) (DO 2022, L 173, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento ICI»), entró en vigor, de conformidad con su artículo 15, el 29 de agosto de 2022.

16 Los considerandos 3 y 10 de este Reglamento presentan la siguiente redacción:

«(3) El artículo 26 [TFUE] establece que la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, y, asimismo, que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de conformidad con las disposiciones de los Tratados. El acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos o de concesiones de la Unión entra en el ámbito de aplicación de la política comercial común.

[...]

(10) Los compromisos internacionales de acceso al mercado adquiridos por la Unión frente a terceros países en el ámbito de los contratos públicos y de las concesiones requieren, entre otras cosas, la igualdad de trato de los operadores económicos de dichos terceros países. Por consiguiente, las medidas adoptadas con arreglo al presente Reglamento solo podrán aplicarse a los operadores económicos, bienes o servicios de terceros países que no sean parte en el Acuerdo plurilateral de la OMC sobre Contratación Pública o en acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales celebrados con la Unión que incluyan compromisos sobre el acceso a los mercados de contratos públicos o de concesiones, o a los operadores económicos, bienes o servicios de países que sean parte en dichos acuerdos, pero únicamente en relación con los procedimientos de contratación pública de bienes, servicios o concesiones que no estén cubiertos por esos acuerdos. De conformidad con las Directivas 2014/23/UE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1)], 2014/24/UE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65),] y [2014/25] y según se aclara en la Comunicación de la Comisión, de 24 de julio de 2019, titulada “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE”, los operadores económicos de terceros países que no sean partes en un acuerdo que prevea la apertura del mercado de contratación de la Unión, o cuyos bienes, servicios y obras no estén cubiertos por un acuerdo de ese tipo, no tienen asegurado el acceso a los procedimientos de contratación en la Unión y pueden ser excluidos de ellos.»

17 El artículo 1 de dicho Reglamento, titulado «Objeto y ámbito de aplicación», dispone lo siguiente:

«1. El presente Reglamento establece medidas en materia de contrataciones no cubiertas, destinadas a mejorar el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países. Establece procedimientos para que la Comisión lleve a cabo investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países contra los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión, e inicie consultas con los terceros países en cuestión.

El presente Reglamento permite a la Comisión la imposición de medidas ICI en relación con tales medidas o prácticas de terceros países, con el fin de restringir el acceso de operadores económicos, bienes o servicios de terceros países a los procedimientos de contratación pública de la Unión.

2. El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos de contratación pública a que se refieren los siguientes actos:

- a) Directiva [2014/23];
- b) Directiva [2014/24];
- c) Directiva [2014/25].

3. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las obligaciones internacionales de la Unión y de las medidas que los Estados miembros o sus poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras puedan adoptar de conformidad con los actos a que se refiere el apartado 2.

[...]»

18 El artículo 6 del mismo Reglamento, titulado «Medidas ICI», establece lo siguiente:

«1. En caso de que la Comisión determine, tras la investigación y las consultas efectuadas en virtud del artículo 5, que existe una medida o práctica de un tercer país, podrá adoptar, si considera que redunda en interés de la Unión, una medida ICI mediante un acto de ejecución. [...]

[...]

6. En la medida ICI contemplada en el apartado 1, la Comisión podrá decidir [...] que se restrinja el acceso de operadores económicos, bienes o servicios de un tercer país a procedimientos de contratación pública, exigiendo a los poderes adjudicadores o a las entidades adjudicadoras que:

- a) impongan un ajuste de puntuación a las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de ese tercer país; o
- b) excluyan las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de ese tercer país.

[...]»

Derecho croata

19 La Zakon o javnoj nabavi (Ley de Contratación Pública), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Ley de Contratación Pública»), dispone en su artículo 262 lo siguiente:

«El poder adjudicador podrá verificar, en cualquier momento del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, si es necesario para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento, la información que figure en el documento europeo único de contratación ante la autoridad responsable de la conservación de los registros oficiales de dichos datos [...] y solicitar la expedición de un certificado a tal efecto, consultando los documentos justificativos o las pruebas que ya obren en su poder [...].

[...]»

20 El artículo 263 de esta Ley es del siguiente tenor:

«1. En el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de valor elevado, el poder adjudicador, antes de tomar una decisión, debe pedir y, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de escasa cuantía, puede pedir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa que presente, en un plazo adecuado de al menos cinco días, los documentos justificativos actualizados [...], a menos que ya los tenga en su poder.

2. El poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o expliquen los documentos recibidos [...].»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 21 El 7 de septiembre de 2020, HŽ Infrastruktura d.o.o., sociedad croata de gestión, mantenimiento y construcción de infraestructuras ferroviarias en Croacia, inició un procedimiento de adjudicación de un contrato público por un valor estimado de 2 042 900 000 kunas croatas (HRK) (aproximadamente 271 millones de euros), excluido el IVA, para la construcción de una infraestructura ferroviaria que conectaba las localidades de Hrvatski Leskovac (Croacia) y Karlovac (Croacia), que debía adjudicarse según el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.
- 22 Según las instrucciones dirigidas a los licitadores por HŽ Infrastruktura, estos debían demostrar su capacidad técnica y profesional mediante la comunicación de un documento que acreditara que, durante los diez años anteriores a la apertura de dicho procedimiento, los licitadores habían ejecutado obras de construcción de infraestructuras ferroviarias o de carreteras, incluyendo puentes, viaductos o pasos, de un valor total de al menos 30 000 000 HRK (aproximadamente 4 millones de euros), excluido el IVA.
- 23 El 25 de enero de 2022, HŽ Infrastruktura adoptó una decisión de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal seleccionando, como oferta económicamente más ventajosa, la de la sociedad austriaca Strabag AG, la sociedad croata Strabag d.o.o. y la sociedad checa Strabag Rail a.s. (en lo sucesivo, conjuntamente, «consorcio Strabag»).
- 24 Kolin, que figuraba entre los licitadores, interpuso un recurso contra dicha decisión ante la Comisión de Supervisión.
- 25 Mediante resolución de 10 de marzo de 2022, dicha Comisión anuló la decisión de HŽ Infrastruktura mencionada en el apartado 23 de la presente sentencia, debido a que no se había acreditado debidamente que el consorcio Strabag dispusiera de la capacidad técnica y profesional requerida.
- 26 El 6 de abril de 2022, en el marco del procedimiento iniciado a raíz de la anulación de su decisión de adjudicación, HŽ Infrastruktura solicitó al consorcio Strabag, con arreglo al artículo 263, apartado 2, de la Ley de Contratación Pública, que presentara, en su caso, una lista completada de las obras realizadas, acompañada de un certificado acreditativo de la conformidad y la finalización de dichas obras.

- 27 El 7 de abril de 2022, el consorcio Strabag presentó esa lista, acompañada de tal certificado, con fecha de 21 de marzo de 2016. La lista completada contenía una nueva referencia, titulada «A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke» («Lote 1 de la extensión completa de la cadena de los túneles de Klaus en la autopista A9 de Pyhrn, viaducto que atraviesa el valle del Steyr y puente en arco»).
- 28 El 13 de abril de 2022, en virtud del artículo 263, apartado 2, de la Ley de Contratación Pública, HŽ Infrastruktura solicitó al consorcio Strabag que aportara precisiones al certificado de 21 de marzo de 2016.
- 29 El 21 de abril de 2022, el consorcio Strabag completó este certificado facilitando documentos que reflejaban el valor exacto de las obras relativas a la infraestructura en cuestión y una lista completada que mencionaba los trabajos realizados.
- 30 A raíz de un nuevo examen y de una nueva evaluación de las ofertas, HŽ Infrastruktura adoptó, el 28 de abril de 2022, una nueva decisión de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal en favor del consorcio Strabag. En efecto, estimó que la nueva referencia mencionada en el apartado 27 de la presente sentencia bastaba, por sí sola, para acreditar que dicho consorcio disponía de la capacidad técnica y profesional requerida.
- 31 Kolin interpuso un recurso contra esta nueva decisión de adjudicación ante la Comisión de Supervisión, alegando que la iniciativa de HŽ Infrastruktura de invitar al consorcio Strabag a completar su lista de obras era ilegal.
- 32 Mediante resolución de 15 de junio de 2022, la Comisión de Supervisión desestimó dicho recurso, basándose en que ninguna disposición nacional se oponía a que el consorcio Strabag completara la lista de las obras indicando la realización de obras distintas de las que figuraban inicialmente, ya que el artículo 263, apartado 2, de la Ley de Contratación Pública permite, en efecto, al poder adjudicador invitar a un licitador a que complete o explique las pruebas aportadas.
- 33 Kolin interpuso un recurso de anulación contra esta resolución ante el Visoki upravni sud (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, Croacia), que es el órgano jurisdiccional remitente, alegando que son ilegales no solo la invitación al consorcio Strabag, por HŽ Infrastruktura, a completar la lista de obras inicialmente adjunta a su oferta, sino también la toma en consideración de la lista completada de las obras, por cuanto la aceptación de la referencia mencionada en el apartado 27 de la presente sentencia modifica sustancialmente la oferta de dicho consorcio y vulnera, en particular, el principio de igualdad de trato.
- 34 Habida cuenta de los artículos 36 y 76 de la Directiva 2014/25, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la facultad de una entidad adjudicadora, como HŽ Infrastruktura, de tener en cuenta, tras la anulación por la Comisión de Supervisión de su primera decisión de adjudicación del contrato en cuestión, los documentos complementarios relativos a la capacidad técnica y profesional del consorcio Strabag, que no figuraban en la oferta inicial presentada por dicho consorcio y que fueron presentados por este a petición de la referida entidad adjudicadora.

35 En estas circunstancias, el Visoki upravni sud (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Permite el artículo 76 [de la Directiva 2014/25], en relación con el artículo 36 de dicha Directiva, que la entidad adjudicadora tome en consideración documentos presentados por primera vez por el licitador tras la expiración del plazo de presentación de ofertas, documentos que no estaban incluidos en la oferta inicial y que acreditan hechos que el licitador no había mencionado en la oferta inicial?
- 2) En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 76 [de la Directiva 2014/25], en relación con el artículo 36 de dicha Directiva, en el sentido de que se opone a que, tras la anulación de la primera decisión de adjudicación y la remisión del asunto a la entidad adjudicadora para un nuevo procedimiento de examen y evaluación de las ofertas, la entidad adjudicadora solicite al operador económico que presente documentos complementarios que acrediten que cumple los requisitos para participar en el procedimiento de licitación, que no estaban incluidos en la oferta inicial, tales como la lista de las obras ejecutadas completada con una referencia que no se había mencionado en la lista inicial de obras, es decir, que no formaba parte integrante de la oferta inicial?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 76 [de la Directiva 2014/25], en relación con el artículo 36 de dicha Directiva, en el sentido de que se opone a que, tras la anulación de la primera decisión de adjudicación y la remisión del asunto a la entidad adjudicadora para un nuevo procedimiento de examen y evaluación de las ofertas, el operador económico facilite a la entidad adjudicadora documentos que acreditan que cumple los requisitos para participar en el procedimiento de licitación que no estaban incluidos en la oferta inicial, tales como la lista de las obras ejecutadas completada con una referencia que no se había mencionado en la lista inicial de obras, es decir, que no formaba parte integrante de la oferta inicial?»

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

- 36 Según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 24 de julio de 2023, Lin, C-107/23 PPU, EU:C:2023:606, apartado 61 y jurisprudencia citada).
- 37 No obstante, incumbe al Tribunal de Justicia examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, a fin de verificar su propia competencia o la admisibilidad de la petición que se le presenta [véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2022, Prokurator Generalny (Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo — Nombramiento), C-508/19, EU:C:2022:201, apartado 59 y jurisprudencia citada].

- 38 En particular, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a examinar si las disposiciones del Derecho de la Unión a las que se refieren las cuestiones prejudiciales son aplicables al litigio principal. De no ser así, estas disposiciones carecen de pertinencia para la resolución de ese litigio y la decisión prejudicial solicitada no es necesaria para que el órgano jurisdiccional remitente pueda emitir su fallo, de modo que procede declarar la inadmisibilidad de estas cuestiones.
- 39 En el presente asunto, es preciso comprobar si un recurso interpuesto ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un operador económico de un tercer país, en este caso la República de Turquía, con el fin de impugnar la decisión de adjudicación de un contrato público adoptada en ese Estado miembro puede examinarse a la luz de las normas en materia de contratos públicos establecidas por el legislador de la Unión, como los artículos 36 y 76 de la Directiva 2014/25 que invoca Kolin en el caso de autos y que son objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas.
- 40 A tal fin, el Tribunal de Justicia instó a las partes en el litigio principal y a los demás interesados mencionados en el artículo 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a pronunciarse sobre qué normas se aplican a la participación de un operador económico de un país tercero, como Kolin, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en la Unión, lo que tales partes y demás interesados hicieron tanto por escrito como en la vista ante el Tribunal de Justicia.
- 41 A este respecto, procede señalar de entrada que la Unión está vinculada, con respecto a determinados países terceros, por acuerdos internacionales, en particular el ACP, que garantizan, de manera recíproca y por igual, el acceso de los operadores económicos de la Unión a los contratos públicos en estos países terceros y el de los operadores económicos de dichos países terceros a los contratos públicos en la Unión.
- 42 El artículo 43 de la Directiva 2014/25 refleja estos compromisos internacionales de la Unión al disponer que, en la medida en que así lo prevean el ACP u otros convenios internacionales que vinculen a la Unión, las entidades adjudicadoras de los Estados miembros deben conceder a los operadores económicos de los terceros países que sean parte en tal acuerdo un trato no menos favorable que el concedido a los operadores económicos de la Unión.
- 43 Tal como se desprende del considerando 27 de dicha Directiva, este derecho al trato no menos favorable del que disfrutaban los operadores económicos de esos terceros países implica que estos operadores económicos pueden invocar las disposiciones de la citada Directiva.
- 44 Hasta la fecha, otros terceros países no han celebrado con la Unión ningún acuerdo internacional como los mencionados en el apartado 41 de la presente sentencia.
- 45 Por lo que respecta a los operadores económicos de esos terceros países, procede señalar que, si bien el Derecho de la Unión no se opone a que, a falta de medidas de exclusión adoptadas por la Unión, esos operadores económicos sean admitidos a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por la Directiva 2014/25, se opone, en cambio, a que dichos operadores económicos puedan, en el marco de su participación en tal procedimiento, invocar la citada Directiva y, de este modo, exigir la igualdad de trato de su oferta con respecto a las presentadas por los licitadores de los Estados miembros y por los licitadores de los terceros países contemplados en el artículo 43 de esa Directiva.

- 46 En efecto, la inclusión de los operadores económicos de los terceros países mencionados en el apartado 44 de la presente sentencia en el ámbito de aplicación de las normas en materia de contratos públicos que el legislador de la Unión estableció, como se desprende del considerando 2 de la Directiva 2014/25, con el fin de garantizar una competencia no falseada y cuya esencia misma implica el principio de igualdad de trato (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495, apartado 81; de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 43, y de 13 de junio de 2024, *BibMedia*, C-737/22, EU:C:2024:495, apartado 30) tendría como efecto conferirles un derecho a un trato no menos favorable infringiendo el artículo 43 de dicha Directiva, que circunscribe el disfrute de ese derecho a los operadores económicos de terceros países que hayan celebrado con la Unión un acuerdo internacional como los contemplados en este artículo.
- 47 Por lo tanto, el derecho que el artículo 45, apartado 1, de la Directiva 2014/25 confiere a «cualquier operador económico interesado» de presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación en el marco de un procedimiento abierto de adjudicación de un contrato público en la Unión no se extiende a los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado tal acuerdo internacional con la Unión. Tampoco implica que dichos operadores, cuando son admitidos a participar en tal procedimiento, tengan derecho a invocar el amparo de esta Directiva. Interpretar de otro modo esta disposición y, así, atribuir un alcance ilimitado al ámbito de aplicación personal de esta Directiva equivaldría a garantizar a los operadores económicos de esos terceros países un acceso igual a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión. Pues bien, por la razón expuesta en el apartado 46 de la presente sentencia y como también enuncia actualmente el considerando 10 del Reglamento ICI, la Directiva 2014/25 debe entenderse en el sentido de que no se garantiza el acceso de los operadores económicos de dichos terceros países a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión y de que tales operadores pueden ser excluidos de ellos.
- 48 Entre los terceros países contemplados en el apartado 44 de la presente sentencia figura la República de Turquía, que no es parte ni en el ACP ni en ningún otro acuerdo que confiera, sobre una base de reciprocidad, a los operadores económicos turcos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión en pie de igualdad con los operadores económicos de la Unión.
- 49 Es cierto que el artículo 57 del Protocolo Adicional prevé la adecuación progresiva, según el ritmo y las modalidades definidas por el Consejo de Asociación, de las condiciones de participación en los respectivos contratos públicos de la Unión y de Turquía, con el fin de eliminar, a largo plazo, las discriminaciones entre operadores económicos de la Unión y los operadores económicos turcos. Sin embargo, como señaló el Abogado General en los puntos 9 y 10 de sus conclusiones, hasta la fecha no se ha llevado a cabo la adaptación prevista por el citado artículo 57 y, por tanto, hasta ahora no se ha llevado a cabo la apertura recíproca de los contratos públicos entre la Unión y la República de Turquía.
- 50 Por otra parte, ningún elemento de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia permite considerar que la Unión, o la República de Croacia desde su adhesión a la Unión, hayan establecido una nueva restricción, en el sentido del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, que tenga por objeto o efecto limitar, en relación con la situación existente en el momento de la entrada en vigor de dicho Protocolo o, por lo que respecta a la República de Croacia, en el momento de su adhesión, las posibilidades de acceso de los operadores económicos turcos a la contratación pública en la Unión o, más concretamente, en ese Estado

miembro. En estas circunstancias, los operadores económicos turcos no pueden, en ningún caso, invocar esta disposición para disfrutar de un trato no menos favorable, en el sentido del artículo 43 de la Directiva 2014/25, y, más ampliamente, de la aplicación de esta Directiva respecto a ellos.

- 51 Así pues, en una situación como la controvertida en el litigio principal, caracterizada por la participación, aceptada por la entidad adjudicadora, de un operador económico turco en un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por la Directiva 2014/25, dicho operador no puede invocar los artículos 36 y 76 de la citada Directiva para impugnar la decisión de adjudicación del contrato en cuestión.
- 52 Es preciso examinar además si las cuestiones prejudiciales planteadas, que se refieren a la interpretación de esos artículos de la Directiva 2014/25, son, no obstante, admisibles habida cuenta de la circunstancia, que se desprende de la petición de decisión prejudicial y de la respuesta de la Comisión de Supervisión a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, de que las disposiciones de la legislación croata por las que se procede a la transposición de dichos artículos se interpretan en el sentido de que se aplican indistintamente a todos los licitadores de la Unión y de los terceros países y de que, por tanto, pueden ser invocadas por Kolin.
- 53 A este respecto, procede recordar que, ciertamente, son admisibles peticiones de decisión prejudicial relativas a la interpretación de disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones que se hallan fuera del ámbito de aplicación de ese Derecho, pero en las que tales disposiciones, sin modificación de su objeto o alcance, han sido declaradas aplicables como consecuencia de una remisión directa e incondicional efectuada por el Derecho nacional. En estas situaciones, es un interés manifiesto del ordenamiento jurídico de la Unión que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de una interpretación uniforme (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360, apartados 36 y 37, y de 13 de octubre de 2022, *Baltijas Starptautiskā Akadēmija y Stockholm School of Economics in Riga*, C-164/21 y C-318/21, EU:C:2022:785, apartado 35).
- 54 Sin embargo, esta jurisprudencia no puede aplicarse cuando las autoridades de un Estado miembro han hecho aplicables las disposiciones de Derecho nacional que transponen una directiva ignorando una competencia exclusiva de la Unión.
- 55 Así sucede en el caso de autos en lo que respecta a la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a dichos contratos.
- 56 En efecto, según reiterada jurisprudencia, la política comercial común, contemplada en el artículo 207 TFUE, para la que la Unión dispone de competencia exclusiva en virtud del artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e), se refiere al comercio con terceros países e incluye cualquier acto de la Unión destinado, en lo esencial, a promover, facilitar o regular dicho comercio y que produzca efectos directos e inmediatos en este [véanse, en particular, la sentencia de 18 de julio de 2013, *Daiichi Sankyo y Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520, apartados 50 y 51, y el dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartado 36].

- 57 Pues bien, todo acto de alcance general que tenga por objeto específico determinar las modalidades según las cuales los operadores económicos de un tercer país pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión puede tener efectos directos e inmediatos en el comercio de mercancías y de servicios entre ese tercer país y la Unión, de modo que es competencia exclusiva de la Unión con arreglo al artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e) [véase, en este sentido, el dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartados 76 y 77]. Así sucede con los actos que, a falta de acuerdo celebrado entre la Unión y un tercer país, determinan unilateralmente si los operadores económicos de ese tercer país pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión y, en su caso, en qué condiciones. En efecto, al igual que los acuerdos, estos actos unilaterales tienen efectos directos e inmediatos en el comercio de mercancías y de servicios entre ese tercer país y la Unión.
- 58 Esta competencia exclusiva se ilustra en el artículo 86 de la Directiva 2014/25, que, en caso de dificultad general hallada y comunicada por las empresas de uno o varios Estados miembros cuando pretenden obtener contratos públicos en un tercer país, atribuye a la Unión y no a los Estados miembros la competencia para suspender o restringir la participación de las empresas de ese tercer país en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de la Unión.
- 59 El carácter exclusivo de esta competencia de la Unión también se ve confirmado por el Reglamento ICI, que se refiere a las medidas de alcance general que pueden adoptarse respecto de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, en lo que respecta a la exclusión o la restricción del acceso de estos operadores a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Ese Reglamento, que, ciertamente, aún no era aplicable en la fecha de los hechos del litigio principal, fue adoptado sobre la base del artículo 207 TFUE y enuncia, en su considerando 3, que el acceso de los operadores económicos de terceros países a los mercados de contratos públicos de la Unión está comprendido en el ámbito de aplicación de la política comercial común.
- 60 Si bien la política comercial común no engloba, en cambio, como se desprende del artículo 207 TFUE, apartado 5, la negociación y la celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de los transportes y, por tanto, no puede abarcar totalmente la cuestión del acceso de los operadores económicos de terceros países a los contratos públicos sectoriales contemplados por la Directiva 2014/25, no es menos cierto que la celebración de un acuerdo que garantice el acceso de los operadores económicos de un tercer país a esos contratos públicos sectoriales también es competencia exclusiva de la Unión, a saber, la contemplada en el artículo 3 TFUE, apartado 2 [véase, en este sentido, el dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartados 219 a 224]. En cuanto a la adopción de actos que determinen, a falta de tal acuerdo, si los operadores económicos del tercer país de que se trate pueden participar en los procedimientos de adjudicación de tales contratos públicos sectoriales en la Unión y, en su caso, en qué condiciones, es preciso señalar que el artículo 207 TFUE, apartado 5, no la contempla y que, por tanto, se inscribe en el marco de la política comercial común.
- 61 De las consideraciones expuestas en los apartados 55 a 60 de la presente sentencia se desprende que la Unión es la única competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso, en su seno, a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, estableciendo bien un régimen de

acceso garantizado a esos procedimientos para dichos operadores económicos, bien un régimen que los excluya o que prevea un ajuste de la puntuación resultante de la comparación de sus ofertas con las presentadas por otros operadores económicos.

- 62 En efecto, en virtud del artículo 2 TFUE, apartado 1, en los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión, solo esta puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, y los Estados miembros únicamente pueden hacerlo por sí mismos si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Pues bien, la Unión no ha facultado a los Estados miembros para legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes sobre el acceso a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión. Tal como señaló el Abogado General en los puntos 50 a 52 de sus conclusiones, hasta la fecha, la Unión tampoco ha adoptado actos de esta naturaleza que los Estados miembros puedan aplicar.
- 63 A falta de actos adoptados por la Unión, corresponde a la entidad adjudicadora evaluar si procede admitir a un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos y, en caso de que decida tal admisión, si procede prever un ajuste de la puntuación resultante de la comparación entre las ofertas realizadas por dichos operadores y las presentadas por otros operadores.
- 64 Dado que los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos no disfrutan de un derecho al trato no menos favorable en virtud del artículo 43 de la Directiva 2014/25, la entidad adjudicadora puede exponer, en los documentos de contratación, modalidades de trato destinadas a reflejar la diferencia objetiva entre la situación jurídica de dichos operadores, por una parte, y la de los operadores económicos de la Unión y de los terceros países que hayan celebrado con la Unión tal acuerdo, en el sentido del citado artículo 43, por otra parte.
- 65 En cualquier caso, las autoridades nacionales no pueden interpretar las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 2014/25 en el sentido de que se aplican también a operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo de este tipo con la Unión, que hayan sido admitidos por una entidad adjudicadora a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en el Estado miembro de que se trate, so pena de vulnerar el carácter exclusivo de la competencia de la Unión en este ámbito.
- 66 Si bien es concebible que las modalidades de trato de tales operadores deban ser conformes con determinados requisitos, como los de transparencia o proporcionalidad, un recurso de uno de ellos dirigido a denunciar el incumplimiento de tales requisitos por parte de la entidad adjudicadora solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional y no del Derecho de la Unión.
- 67 De todo lo anterior se desprende que las autoridades nacionales no son competentes para hacer aplicables, a los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, las disposiciones nacionales que transponen las normas contenidas en la Directiva 2014/25. En estas circunstancias, la jurisprudencia recordada en el apartado 53 de la presente sentencia no puede llevar a declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales relativas, en el marco del litigio entre Kolin y la Comisión de Supervisión, a la interpretación de dichas normas.

- 68 En consecuencia, la interpretación de los artículos 36 y 76 de la Directiva 2014/25 no puede, en modo alguno, ser pertinente para resolver el litigio principal.
- 69 De lo anterior se infiere que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La petición de decisión prejudicial planteada por el Visoki upravni sud (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, Croacia), mediante resolución de 10 de octubre de 2022, es inadmisibile.

Firmas