

Sonsoles Centeno y Guillermo Cabrera

El TJUE interpreta que los operadores de terceros Estados no pueden reclamar igualdad de trato en la contratación pública de la UE, si no hay un acuerdo internacional entre la UE y ese tercer Estado que garantice la reciprocidad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) mediante su [sentencia de Gran Sala, de 22 de octubre de 2024](#) (la “**Sentencia**”)¹, dictada en el asunto Kolin İnşaat Turizm Sanayi v. Ticaret, C-652/22, declara la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial. En concreto, considera que no se puede aplicar la [Directiva 2014/25 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 (la “**Directiva**”) al operador económico de aquellos terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión Europea que garantice el acceso igual y recíproco a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

I. Análisis de la Sentencia

La cuestión prejudicial se plantea en un litigio iniciado por una sociedad turca contra una decisión de adjudicación de un contrato por la “Comisión Estatal para la Supervisión de los Procedimientos de Contratación Pública” a una sociedad austriaca en Croacia.

El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Croacia plantea una cuestión prejudicial sobre ciertos aspectos de la Directiva, pero el TJUE no entra a analizar lo solicitado por el juez nacional, por entender que no se puede aplicar la Directiva. Lo novedoso de la sentencia se encuentra en el análisis de inadmisibilidad y los efectos de dicha declaración en los operadores extranjeros que participan en licitaciones.

Los elementos de hecho relevantes a efectos del análisis son los siguientes:

- La República de Turquía no es parte del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (“**ACP**”), ni de 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. Además, el protocolo adicional del Acuerdo de Asociación no se había desarrollado a los efectos de eliminar las discriminaciones entre operadores económicos de la Unión².
- La autoridad croata había autorizado a participar en la licitación pública a la sociedad turca, y las disposiciones de transposición de la Directiva en la legislación croata se interpretan, según se explicó en el procedimiento judicial, en el sentido de que se aplican indistintamente a todos los licitadores de la Unión de los terceros países, pudiendo ser invocadas por la sociedad turca³.

El TJUE no llega a declarar la exclusión del licitador turco, pero declara que el operador turco no puede disfrutar de un trato no menos favorable tal y como se reconoce en el artículo 43 de la Directiva, y por tanto no puede invocar los artículos 36 y 76 de la Directiva para impugnar la decisión de adjudicación, al no ser la República de Turquía un firmante del Acuerdo ACP o de un acuerdo equivalente.

Además, resultan relevantes las siguientes consideraciones:

Primero, **la política comercial es una competencia exclusiva de la Unión Europea** e incluye la determinación de las modalidades según las cuales los operadores económicos de un tercer país pueden participar

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2024, asunto C-652/22, Kolin İnşaat Turizm Sanayi v. Ticaret, EU:C:2024:910.

² Apartados 48 y 49 de la Sentencia.

³ Apartado 52 de la Sentencia.

en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión. El Instrumento de Contratación Internacional⁴, como acto legislativo con base jurídica en el artículo 207 TFUE, es una demostración de que se trata de una competencia exclusiva de la Unión Europea, y no de sus Estados miembros.

Por tanto, cualquier medida de exclusión de los procedimientos de licitación debe ser adoptada por la Unión Europea, bien para garantizar el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, bien para aplicar 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 económicos⁵.

Segundo, **si no hay ningún acto de la Unión Europea en este sentido, corresponde a la entidad adjudicadora evaluar si procede admitir a un procedimiento de adjudicación de un contrato público a dicho operador económico**, y en su caso, si procede prever un ajuste de la puntuación resultante de la comparación de las ofertas realizadas, pero sin que éste pueda invocar la Directiva al no tener derecho al trato no menos favorable⁶.

No obstante, se indica que la entidad adjudicadora debe exponer, en los documentos de contratación, las modalidades de trato que reflejen esa diferencia objetiva entre, por una parte, los operadores UE y aquellos con los que ha celebrado un acuerdo y, por otro lado, aquellos que no han celebrado un acuerdo. Además, establece que cualquier modalidad de trato que establezcan deben ser conforme con determinados requisitos, como los de transparencia o proporcionalidad, conforme exclusivamente a Derecho nacional⁷.

Tercero, en todo caso, se prohíbe a la entidad adjudicadora interpretar y aplicar las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 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 públicos⁸.

II. Alcance de la sentencia

La Sentencia resulta relevante porque supone el primer pronunciamiento del TJUE aplicando la Directiva en el ámbito de la contratación pública con respecto a licitadores de terceros Estados, permitiendo de manera clara esa diferencia de trato respecto de operadores de terceros Estados que no hayan firmado el acuerdo ACP o equivalente en base al Derecho nacional. En este caso, no se ha planteado la exclusión del licitador porque conforme a la legislación croata se permitía la participación.

La sentencia deja claro que la competencia general en estas cuestiones pertenece a la Unión Europea, pero admite que las autoridades adjudicadoras puedan diferenciar el trato entre operadores. Deja, pues, cierta indefinición sobre el modo en que la entidad adjudicadora, reuniendo los requisitos de transparencia y proporcionalidad, puede llegar a establecer modalidades para diferenciar unos operadores y otros, y al mismo tiempo garantizar los derechos de defensa del licitador.

En realidad, la sentencia se alinea con la finalidad de instrumentos recientes, como es el Instrumento Internacional de Contratación (por primera vez se interpreta, aunque sea solo a mayor abundamiento) o el Reglamento de subvenciones extranjeras⁹. En efecto, la sentencia no trata de garantizar ese “*level playing field*” entre los operadores que participan en la licitación, sino que se aparta de lo que tradicionalmente era el enfoque abierto y sin restricciones a los mercados de contratación pública de la Unión Europea.

El problema fundamental de esta sentencia reside en su aplicación práctica, y si las autoridades adjudicadoras realizarán esa distinción. Resulta cuestionable el razonamiento que permite aplicar el Derecho nacional, aun cuando se trate de un ámbito ampliamente armonizado, y en el que según el propio TJUE indica, la Unión tiene competencia exclusiva. El tiempo dirá si se trata de una sentencia aislada o si el TJUE concretará o matizará la misma. En todo caso, habrá que estar atento al modo en que las Autoridades nacionales interpretan esta sentencia.

4 [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 L 173 de 30/06/2022, p. 1–16.

5 Apartados 56 a 61 de la Sentencia.

6 Apartado 63 de la Sentencia.

7 Apartados 64 y 66 de la Sentencia.

8 Apartado 67 de la Sentencia.

9 [Reglamento \(UE\) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022](#) sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, DO L 330 de 23.12.2022, p. 1–45.

Contactos



Sonsoles Centeno

Socia de Derecho
de la Unión Europea

scenteno@perezllorca.com

T. +32 (0) 2 79 67 51



Débora Melo Fernandes

Socia de Derecho Administrativo

deboramfernandes@perezllorca.com

T. +351 934 453 620



Beatriz García

Socia de Derecho
Administrativo

bgarcía@perezllorca.com

T. +34 91 423 20 78



Rita Leandro Vasconcelos

Socia de Derecho
de la Unión Europea

rvasconcelos@perezllorca.com

T. +351 912 201 402



Elena Veleiro

Socia de Derecho
Administrativo

eveleiro@perezllorca.com

T. +34 91 423 66 72



Adolfo Mesquita Nunes

Socio de Derecho Administrativo

adolfofmesquitಾನunes@perezllorca.com

T. +351 912 585 103



Natalia Olmos

Socia de Derecho
Administrativo

nolmos@perezllorca.com

T. +34 91 423 67 15



Oficinas

Europe ↗

Barcelona
Lisbon
Madrid

Brussels
London

America ↗

New York
Mexico City
Monterrey

Asia-Pacific ↗

Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 4 de noviembre de 2024 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

©2024 Pérez-Llorca. Todos los derechos reservados.

App Pérez-Llorca
Todo el contenido jurídico



perezllorca.com ↗

