SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 25 de abril de 1996 *

En el asunto C-87/94,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Hendrik van Lier, Consejero Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandante,

contra

Reino de Bélgica, representado por el Sr. Jan Devadder, directeur del ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération au développement, en calidad de Agente, asistido por M^es^ Michel Waelbroeck y Denis Waelbroeck, Abogados de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Bélgica, 4, rue des Girondins,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), así como el principio de igualdad de trato en el que se basa toda regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, al tomar en consideración, en el marco de un contrato público convocado por la Société régionale wallonne du transport, las modificaciones introducidas en una

* Lengua de procedimiento: francés.

de las ofertas una vez abiertas éstas, al admitir en el procedimiento de adjudicación a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de cláusulas administrativas y al aceptar una oferta que no respondía a los criterios de adjudicación del referido pliego,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres.: D.A.O. Edward (Ponente), Presidente de Sala; J.C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, P. Jann y L. Sevón, Jueces;

Abogado General: Sr. C.O. Lenz;
Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 13 de julio de 1995;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de septiembre de 1995;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 11 de marzo de 1994, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE, con el fin de que se declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los

procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva»), así como el principio de igualdad de trato en el que se basa toda regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, al tomar en consideración, en el marco de un contrato público convocado por la Société régionale wallonne du transport (en lo sucesivo, «SRWT»), las modificaciones introducidas en una de las ofertas una vez abiertas éstas, al admitir en el procedimiento de adjudicación a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de cláusulas administrativas y al aceptar una oferta que no respondía a los criterios de adjudicación del referido pliego.

La Directiva

2 Los considerandos trigésimo segundo y trigésimo tercero de la Directiva indican, por una parte, que las normas que apliquen las entidades correspondientes deben crear un marco para las prácticas comerciales leales y permitir un máximo de flexibilidad y, por otra, que como contrapartida de esta flexibilidad y para promover una mayor confianza mutua, deberá garantizarse un nivel mínimo de transparencia.

3 El artículo 2 de la Directiva cita, entre las entidades contratantes a las que se aplica, a las empresas públicas que exploten una red destinada a prestar un servicio público en el campo del transporte por autobús. En el segundo párrafo de la letra c) del apartado 2 de dicho artículo se precisa que tal red existe cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio.

4 El apartado 1 del artículo 4 de la Directiva exige que, para formalizar sus contratos de suministro, las entidades contratantes apliquen los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la Directiva.

5 Conforme al apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, las entidades contratantes velarán por que los suministradores y los contratistas no sean objeto de discriminación.

6 El apartado 2 del artículo 27 de la Directiva prevé que, en los casos en que un contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, «[...] las entidades contratantes harán constar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tienen previsto aplicar, de ser posible en orden de importancia decreciente».

7 Por último, el apartado 3 del artículo 27 establece:

«Cuando el criterio para la adjudicación del contrato sea la oferta económicamente más ventajosa, las entidades contratantes podrán tomar en consideración variantes presentadas por un licitador siempre que cumplan los requisitos mínimos estipulados por dichas entidades. Las entidades contratantes indicarán, en el pliego de condiciones, las condiciones mínimas que deben reunir las variantes, así como los requisitos para su presentación. Indicarán en el pliego de condiciones si no se aceptan variantes.»

8 Una declaración común del Consejo y de la Comisión al artículo 15 de la Directiva (DO 1990, L 297, p. 48) prevé:

«*El Consejo y la Comisión* declaran que, tanto en los procedimientos abiertos como en los restringidos, quedará excluida cualquier negociación con los candidatos o con los licitadores que se refiera a elementos fundamentales de los contratos cuya modificación pudiera distorsionar la acción de la competencia y, en particular, a los precios; sólo podría discutirse con los candidatos o con los licitadores para que precisen o completen el contenido de sus ofertas así como los requisitos de las entidades contratantes, siempre que ello no tenga un efecto discriminatorio.»

Los hechos

9 La SRWT, establecida en Namur (Bélgica) convocó, mediante un anuncio publicado en el suplemento del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 22 de abril de 1993 (DO S 78, p. 76), una licitación, conforme a un procedimiento abierto, para la formalización de un contrato público de suministro relativo a trescientos siete vehículos estándar. Dicho contrato, de un importe estimado en más de 2.000 millones de BFR (sin IVA) y repartido en ocho lotes, debía ejecutarse durante un período de tres años.

10 El pliego de cláusulas administrativas del contrato incluía, por una parte, el pliego de cláusulas administrativas tipo nº 1 (en lo sucesivo, «pliego de base») y, por otra, el pliego de cláusulas administrativas particulares nº 545 (en lo sucesivo, «pliego particular»), que modificaba algunos términos del pliego de base.

11 El pliego particular preveía, en el punto 20.2, que el contrato debería adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. La selección de dicha oferta debería basarse en una evaluación de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación cuyos epígrafes se citan en el punto 59 de las conclusiones del Abogado General. Se trataba, en especial, de una evaluación del precio de base de los autobuses más el precio de las variantes tomadas en consideración, ajustado a continuación en función de las ventajas y desventajas derivadas de la aplicación de diez criterios técnicos de apreciación (en lo sucesivo, «criterios técnicos»).

12 La SRWT invitó expresamente a los posibles licitadores a proponer determinadas variantes relativas a la estructura financiera del contrato, como el pago aplazado, el arrendamiento financiero y el alquiler de los vehículos.

13 En cuanto a los criterios técnicos, el pliego particular preveía, en cada epígrafe, una fórmula que permitía a la SRWT atribuir un valor, en términos de bonificación o

de penalización medido en «francos ficticios», a determinadas características de los autobuses ofrecidos, dependiendo de las variables de la fórmula. Dicho valor debería añadirse al precio de base o deducirse de éste.

14 Después de enviar a los interesados el pliego de cláusulas administrativas, SWRT les dirigió tres anuncios de rectificación, de fechas 30 de abril de 1993, 5 y 28 de mayo de 1993, respectivamente, que introducían determinadas correcciones y precisiones en el pliego de cláusulas administrativas. En el segundo anuncio de rectificación, SWRT precisó determinados aspectos del pliego de cláusulas administrativas que se referían al número obligatorio de asientos, al número total de plazas que se deseaba alcanzar, a las alturas máximas de techo y a la fórmula para calcular una de las penalizaciones ficticias. Conforme a cada uno de los anuncios de rectificación, los licitadores debían indicar claramente en sus ofertas que habían recibido tales anuncios y que los habían tenido en cuenta.

15 El 7 de junio de 1993, fecha límite fijada por el anuncio de licitación tanto para la recepción de ofertas como para su apertura pública, habían presentado ofertas cinco empresas: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruselas), Berkhof (Roeselaere) y Jonckheere (Roeselaere).

16 Durante los meses de junio y julio de 1993, la SRWT analizó estas ofertas. Una nota de fecha 24 de agosto de 1993, redactada para la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993, recomendó que se adjudicara el lote nº 1 a Jonckheere y los lotes nºs 2 a 6 a Van Hool.

17 En el intervalo, los días 3, 23 y 24 de agosto de 1993, EMI había enviado a la entidad contratante tres notas llamadas «complementarias» en las que comentaba algunos puntos de sus ofertas iniciales, en particular, el consumo de combustible, la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios y determinados elementos sobre la calidad técnica del material ofrecido.

18 Tras analizar estas tres notas, el servicio técnico de la entidad contratante redactó, el 31 de agosto de 1993, una nota en la que consideraba que las notas complementarias de EMI contenían modificaciones de las ofertas iniciales y, por consiguiente, no podían tenerse en cuenta. En consecuencia, debían mantenerse las propuestas de adjudicación contenidas en la nota redactada para la sesión de 2 de septiembre de 1993.

19 Durante la reunión de 2 de septiembre de 1993, el Consejo de Administración consideró que no disponía de información suficiente para poder adoptar una decisión definitiva. En particular, se preguntaba si podía tener en cuenta las tres notas complementarias de EMI y decidió solicitar el dictamen jurídico del Ministro de Transportes valón sobre esta cuestión.

20 Mediante escrito de 14 de septiembre de 1993, el Ministro de Transportes valón respondió que el hecho de tomar en consideración las tres notas complementarias de EMI no suscitaba, en relación con la mayor parte de los extremos que en ellas se mencionaban, ningún problema jurídico. Propuso que se examinara de nuevo el expediente teniendo en cuenta sus observaciones.

21 El 28 de septiembre de 1993, la SRWT pidió a EMI que le confirmara los consumos de combustible indicados en la nota complementaria de 24 de agosto de 1993, así como la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios mencionada en la nota complementaria de 23 de agosto de 1993. EMI confirmó, mediante carta de 29 de septiembre de 1993, que los datos que había facilitado eran fundados.

22 Como consecuencia de esta confirmación, la SRWT efectuó una nueva comparación de las ofertas, teniendo en cuenta los elementos de las tres notas complementarias. Para la reunión del Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993, se preparó una nota en la que se proponía la adjudicación del lote nº 1 a Jonckheere y de los lotes nºs 2 a 6 a EMI.

23 Durante su reunión de 6 de octubre de 1993, el Consejo de Administración decidió, por una parte, seguir estas propuestas y adjudicar, por tanto, el lote nº 1 a Jonckheere y los lotes nºs 2 a 6 a EMI, y, por otra parte, posponer al año 1996 el pedido de treinta vehículos.

24 El mismo día, Van Hool interpuso una demanda ante el Conseil d'Etat de Bélgica, con objeto de obtener la suspensión de esta decisión conforme al procedimiento de extrema urgencia. Esta demanda fue desestimada mediante sentencia de 17 de noviembre de 1993.

25 El 30 de noviembre de 1993, la Comisión, ante la que Van Hool había presentado una denuncia, envió al Reino de Bélgica un escrito de requerimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado. Mediante escrito de 15 de diciembre de 1993, el Gobierno belga respondió que el incumplimiento invocado carecía de fundamento. Por considerar que esta respuesta no era convincente, la Comisión envió un dictamen motivado al Gobierno belga, instándole a que interviniera ante las autoridades competentes con el fin de suspender los efectos jurídicos del contrato celebrado entre la SRWT y EMI. Respondiendo a este dictamen, el Gobierno belga mantuvo que la Comisión no había demostrado que existiera un incumplimiento.

26 El 11 de marzo de 1994, la Comisión interpuso el presente recurso y presentó una demanda de medidas provisionales para obtener la suspensión tanto de la decisión de adjudicación adoptada por la SRWT como de las medidas de ejecución de dicha decisión. La demanda de medidas provisionales fue desestimada mediante auto de 22 de abril de 1994.

27 Mediante escrito de 9 de junio de 1995, la Comisión desistió de su segundo motivo. Con arreglo a éste, la Comisión reprochaba al Reino de Bélgica haber aceptado ofertas de EMI que no respondían a los criterios de selección enunciados en el pliego particular.

28 El recurso, así modificado, tiene por objeto que se declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, así como el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se basa toda regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, en la medida en que, en el marco de un contrato público convocado por la SRWT,

— tomó en consideración modificaciones introducidas en una de las ofertas una vez abiertas éstas;

— aceptó una oferta que no respondía a los criterios de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas.

29 Antes de analizar estos motivos, es necesario examinar en primer lugar la alegación del Gobierno belga según la cual la Directiva no se aplica al caso de autos.

Sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario

30 Consta que la SRWT es una empresa pública que explota una red que presta un servicio público en el campo del transporte por autobús, en el sentido del artículo 2 de la Directiva, y que, por consiguiente, con arreglo al artículo 4, estaba obligada a cumplir las normas de la Directiva cuando formalizó el contrato de suministro de ocho lotes de autobuses que dio lugar al presente recurso.

31 No obstante, dado que todos los licitadores eran empresas belgas, el Gobierno belga alegó que el asunto se refería a una situación puramente interna a la que no se aplicaba el Derecho comunitario.

32 Este argumento no puede ser acogido.

33 En efecto, la obligación impuesta a las entidades contratantes por el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva no está supeditada a ningún requisito relativo a la nacionalidad o al lugar de establecimiento de los licitadores. Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es perfectamente posible que empresas establecidas en otros Estados miembros se vean afectadas, directa o indirectamente, por la adjudicación de un contrato público. Por consiguiente, el procedimiento previsto por la Directiva debe cumplirse, independientemente de la nacionalidad o del lugar de establecimiento de los licitadores.

34 Durante el procedimiento, el Gobierno belga alegó además que la entidad contratante no estaba obligada a adjudicar el contrato mediante un procedimiento abierto. Podía haber elegido un procedimiento negociado, al que se habría ajustado su comportamiento.

35 A este respecto, basta indicar que, si bien es cierto que, a tenor del apartado 1 del artículo 15 de la Directiva, las entidades contratantes que están obligadas a aplicar los procedimientos de la Directiva pueden elegir en cierta medida el procedimiento que debe aplicarse a un contrato, desde el momento en que convocan una licitación mediante un procedimiento determinado, están obligadas a respetar las normas aplicables a éste hasta la adjudicación definitiva del contrato.

Sobre los motivos del recurso

36 La Comisión considera que la SRWT violó el principio de igualdad de trato de los licitadores al tomar en consideración datos que le fueron facilitados en las tres notas complementarias de EMI, relativos, más en particular, al consumo de

combustible, a la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios, así como a determinados elementos de la calidad técnica del material ofrecido.

37 Por lo que respecta al consumo de combustible, la Comisión reprocha al Reino de Bélgica haber tomado en consideración, en el momento de evaluar las ofertas, un nuevo consumo indicado por EMI a la SRWT una vez abiertas las ofertas y modificado respecto al que figura en sus ofertas iniciales.

38 Por lo que se refiere a la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios, la Comisión censura al Reino de Bélgica el haber tomado en consideración datos proporcionados por EMI una vez abiertas las ofertas que, por una parte, constituían modificaciones de sus ofertas iniciales y, por otra, no respondían a las prescripciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas.

39 En cuanto a los elementos de la calidad técnica del material ofrecido, la Comisión considera que la SRWT tomó en consideración equivocadamente, al evaluar las ofertas de EMI, elementos que no figuraban en los criterios de adjudicación.

Sobre el consumo de combustible

40 El punto 20.2.2.1 del pliego particular establece:

«20.2.2.1. Consumo de combustible

Al comparar las ofertas, se concederá una ventaja ficticia equivalente al valor de 6.000 litros de gasóleo para un autobús estándar (precio oficial en la fecha de apertura de las plicas) por fracción entera de 1 litro/100 km de diferencia entre el consumo de combustible garantizado en la oferta (tolerancia incluida), con arreglo a la prueba descrita en el anexo 10 del presente pliego de cláusulas administrativas, y el consumo del vehículo ofrecido que más consuma.»

41 Conforme a los requisitos de este anexo, la prueba debía efectuarse con un vehículo cargado con un peso correspondiente al número mínimo de viajeros.

42 En sus ofertas iniciales, EMI indicó, para los lotes n^{os} 2 a 6, un consumo de combustible de 54 litros/100 km. No obstante, en su nota n° 1 (en lo sucesivo, «nota 1»), adjuntada como anexo a sus ofertas, EMI alegó que —dado que el consumo de 54 litros/100 km se había obtenido como resultado de pruebas efectuadas en un vehículo no rodado y no especialmente bien ajustado— el consumo que se registraría con un vehículo rodado y en óptimas condiciones podía disminuir entre un 5 % y un 8 % en relación con el previsto en las ofertas.

43 EMI confirmó también en sus ofertas iniciales que había recibido los tres anuncios de rectificación y que los había tenido en cuenta.

44 La SRWT efectuó una primera evaluación de las ofertas sobre la base del consumo indicado por EMI en sus ofertas iniciales, a saber, 54 litros/100 km. Dado que se trataba de la oferta que indicaba el mayor consumo de entre todas las presentadas para tales lotes, dicho consumo debía servir de base para la evaluación de las ventajas ficticias de las demás ofertas, con arreglo al método de cálculo establecido en el pliego particular. De los anexos 5 y 6 a la nota redactada para la sesión de 2 de septiembre de 1993 resulta que, al efectuar tal evaluación, las ofertas de EMI no recibieron ninguna ventaja ficticia por el consumo de combustible, mientras que todos los demás licitadores recibieron tales ventajas, calculadas en relación con el consumo indicado por EMI.

45 En su primera nota complementaria de 3 de agosto de 1993, EMI informó a la SRWT de su interpretación del alcance del anuncio de rectificación n° 2. Según EMI, dicho anuncio implicaba el abandono del número total de plazas indicado en el pliego particular como requisito imperativo del contrato. En su opinión, dicho abandono influyó en el cálculo del consumo de combustible, ya que la lógica de la igualdad de trato de los licitadores exigía que el cálculo se efectuara sobre la base del peso máximo autorizado. Por consiguiente, estimaba que, para efectuar una comparación de sus datos con los de los demás licitadores, era importante tomar en consideración el consumo indicado en las ofertas iniciales, reducido en un 8 %.

46 A continuación, tras recordar el contenido de su nota 1, EMI comunicó a la SRWT, en su nota complementaria de 24 de agosto de 1993, que había realizado más pruebas, esta vez en condiciones óptimas, y que, como resultado de dichas pruebas, se comprobó que el consumo de combustible, para sus ofertas relativas a los lotes n^{os} 2 a 6, era de 45 litros/100 km, a saber, una disminución del 16,7 % respecto al consumo de 54 litros/100 km. EMI solicitó a la SRWT que tomara en consideración este nuevo consumo para la evaluación de sus ofertas.

47 El Gobierno belga confirmó que la SRWT había tomado en consideración este nuevo consumo al adjudicar el contrato a EMI.

48 En efecto, como esta última ya no era la que indicaba el mayor consumo, la SRWT efectuó una nueva evaluación de las ventajas ficticias concedidas a todos los licitadores. De los anexos 1 y 2 a la nota redactada para la sesión de 6 de octubre de 1993 resulta que, durante esta segunda evaluación, las ventajas ficticias de los demás licitadores, a excepción de EMI, disminuyeron respecto a las que se les habían concedido al efectuar la primera evaluación, de forma que las ventajas ficticias de Jonckheere desaparecieron, mientras que las ofertas de EMI obtuvieron una ventaja.

49 La Comisión estima que, al tomar en consideración, en la adjudicación del contrato, los datos facilitados por EMI en su nota complementaria de 24 de agosto

de 1993, que modificaron, una vez abiertas las ofertas, el consumo indicado inicialmente por dicha empresa, la SRWT violó el principio de igualdad de trato de los licitadores.

50 El Gobierno belga opina, en primer lugar, que el principio de igualdad de trato exigía precisamente que, a la hora de adjudicar el contrato, se tomara en consideración la rectificación del consumo por parte de EMI, ya que los demás licitadores habían anunciado en sus ofertas iniciales resultados obtenidos ya en condiciones óptimas. A continuación, destaca que el consumo de combustible es de carácter objetivo y puede comprobarse, de forma que no se trata de una modificación voluntaria o resultado de negociaciones con la entidad contratante. Por último, el cambio no afectó a las características técnicas del vehículo ni del motor y, por consiguiente, no se modificaron las ofertas iniciales de EMI.

51 Con carácter preliminar, procede recordar que, en la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, «Storebaelt» (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 33, el Tribunal de Justicia declaró que el deber de respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores responde a la esencia misma de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

52 Lo mismo ocurre respecto a la Directiva de que se trata en el presente asunto, como resulta del apartado 2 del artículo 4.

53 Además, del trigésimotercer considerando de dicha Directiva se desprende que ésta tiene por objeto garantizar un nivel mínimo de transparencia en la adjudicación de los contratos a los que se aplica.

54 En consecuencia, el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.

55 Cuando, como sucede en el caso de autos, una entidad contratante opta por un procedimiento abierto, esta igualdad de oportunidades queda garantizada por la obligación, impuesta a dicha entidad por la letra a) del apartado 1 del artículo 16 de la Directiva, de actuar de conformidad con el Título A de su Anexo XII. Así, está obligada a fijar, por una parte, una fecha límite para la recepción de las ofertas, de forma que todos los licitadores dispongan, tras la publicación del anuncio de licitación, del mismo período de tiempo para preparar sus ofertas, y, por otra, la fecha, hora y lugar para su apertura, lo que contribuye también a reforzar la transparencia del procedimiento, ya que el contenido de todas las ofertas presentadas se da a conocer en el mismo momento.

56 Debe señalarse que, cuando una entidad contratante toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento.

57 En el presente asunto, ha quedado acreditado, por una parte, que la reducción del consumo indicada por EMI en su nota complementaria de 24 de agosto de 1993 sobrepasó ampliamente el límite del 8 % previsto por EMI en la nota 1 que acompañaba como anexo a sus ofertas iniciales y, por otra, que la SRWT tomó en consideración, en la comparación final de las ofertas, este último consumo.

58 De este exceso resulta, sin que sea siquiera necesario decidir si la SRWT hubiera podido tomar en consideración el nuevo consumo indicado por EMI en su nota complementaria de 3 de agosto de 1993, que se mantenía dentro del límite del 8 % previsto en su oferta, que el nuevo consumo de 45 litros/100 km constituía una modificación de las ofertas iniciales de EMI. En efecto, esta última acreditó, en sus notas complementarias, elementos derivados de los anuncios de rectificación que

declaró haber tenido en cuenta en su oferta inicial y no explicó las razones por las que estas nuevas pruebas no habían podido realizarse antes de la fecha límite señalada para la presentación de las ofertas. De ello resulta que el consumo de 45 litros/100 km no debería haberse tomado en consideración en ningún caso.

59 Por otra parte, es importante destacar que el hecho de tomar en consideración estos datos cambió, en perjuicio de los demás licitadores, el importe de las ventajas ficticias que resultaban de la primera comparación de las ofertas, de forma que influyó en la clasificación de los licitadores.

60 Por consiguiente, procede declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, al tomar en consideración los datos facilitados por EMI en relación con el consumo de combustible en su nota complementaria de 24 de agosto de 1993 y, por lo tanto, una vez abiertas las ofertas.

Sobre la frecuencia de sustituciones del motor y de la caja de cambios

61 El punto 20.2.2.2 del pliego particular establece:

«20.2.2.2. Tiempo de montaje y de desmontaje, precio de las piezas

El licitador comunicará los precios de las piezas de repuesto y los tiempos de montaje y de desmontaje de los órganos enumerados en el anexo 23.

Se aplicará de oficio una penalización ficticia a todas las ofertas, para tener en cuenta los gastos de mantenimiento, de conformidad con el formulario del anexo 23.»

62 Del formulario del anexo 23 resulta que debía aplicarse una penalización ficticia por los gastos de mantenimiento de solamente cuarenta y cinco órganos del autobús. El cálculo de dicha penalización se ajustaba, para cada órgano mencionado, a una fórmula cuyas variables eran el número de unidades idénticas de dicho órgano en el autobús, el tiempo de desmontaje, el tiempo de montaje, el precio y el número de sustituciones previsibles del órgano.

63 No obstante, para calcular la penalización ficticia, el anexo 23 del pliego particular pedía a los licitadores que sólo hicieran propuestas para las tres primeras variables. Respecto al número de sustituciones previsibles, el anexo 23 precisaba, sobre la base de la experiencia de la SRWT, una cifra constante para cada órgano. Para las sustituciones del motor y de la caja de cambios, dichas cifras eran, respectivamente, dos y tres. Por lo tanto, no se pedía a los posibles licitadores que precisaran el número de sustituciones previsibles para estos dos órganos.

64 Conforme al tenor literal del anexo 23, cuando cumplimentó el formulario previsto, EMI no formuló ninguna propuesta relativa al número de sustituciones previsibles para los órganos mencionados. No obstante, en su nota complementaria de 23 de agosto de 1993, destacó ante la SRWT que, para la utilización de sus autobuses, debían preverse un solo motor y 1,25 caja de cambios y que, en consecuencia, las cifras fijadas por la SRWT en el anexo 23 no debían aplicarse a sus ofertas.

65 El Gobierno belga admite que, cuando calculó la penalización ficticia de las ofertas de EMI, la SRWT utilizó estas nuevas cifras en lugar de las que figuraban en el formulario del anexo 23, mientras que para el cálculo de las penalizaciones ficticias de todas las demás ofertas había aplicado estas últimas cifras.

66 La Comisión considera que este comportamiento constituye una doble violación del principio de igualdad de trato de los licitadores. En primer lugar, al tener en cuenta las cifras de que se trata al adjudicar el contrato, la SRWT permitió que uno de los licitadores modificara el contenido de sus ofertas iniciales una vez abiertas éstas. En segundo lugar, dado que estas nuevas cifras no se ajustaban a las prescripciones del formulario del anexo 23, la SRWT adjudicó el contrato a un licitador apartándose de sus propios criterios de adjudicación previstos en el pliego particular.

67 Respecto al primero de estos motivos, la Comisión considera que si, como resultado de las observaciones formuladas por EMI, la SRWT hubiese quedado convencida, a la luz de las ofertas presentadas, de que las prescripciones que había señalado eran erróneas, habría podido modificarlas, ofreciendo a los demás licitadores la misma posibilidad de prescindir de ellas. No obstante, como sólo dio tal posibilidad a EMI, violó el principio de igualdad de trato de los licitadores.

68 El Gobierno belga considera que EMI no modificó sus ofertas iniciales, dado que el material ofrecido continuaba siendo estrictamente idéntico. Destaca que todos los demás licitadores hubieran podido comunicar también a la SRWT que sus autobuses lograban mejores resultados que los exigidos en el anexo 23. Afirma que, si la SRWT no hubiera podido tomar en consideración los datos de que se trata, se le habría impedido tener en cuenta las ventajas de vehículos de concepción más reciente.

69 Debe recordarse que el anexo 23 del pliego particular no pedía a los licitadores que facilitaran indicaciones sobre la frecuencia de sustitución de las piezas de repuesto para sus autobuses. Por el contrario, respecto a este factor, la SRWT había fijado en su formulario una cifra para cada órgano. Por otra parte, en el punto 20.2.2.2 del pliego particular, la SRWT había previsto la aplicación de una penalización ficticia a todas las ofertas «de conformidad con el formulario del anexo 23». En consecuencia, las cifras previstas en dicho formulario debían considerarse prescripciones del pliego particular.

70 A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 37 de la sentencia Storebaelt, antes citada, que, cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas.

71 De ello resulta que las prescripciones del anexo 23 seguían siendo aplicables a todas las ofertas, las cuales debían ajustarse a ellas. En consecuencia, debe considerarse, por una parte, que EMI no pudo «modificar» el contenido de sus ofertas iniciales por lo que respecta a las prescripciones y, por otra, que la SRWT no estaba autorizada a calcular las penalizaciones ficticias de EMI según sus nuevas cifras, que no respondían a las prescripciones del pliego particular.

72 A este respecto, debe señalarse que el hecho de tomar en consideración nuevas cifras condujo necesariamente a conceder una ventaja real a EMI en la comparación de las ofertas. Según el anexo 23, la cifra relativa a la frecuencia de sustitución de las piezas de repuesto interviene en el cálculo de la penalización ficticia con carácter de multiplicador de las demás indicaciones facilitadas por los licitadores en materia de costes. Por lo que respecta a la penalización ficticia de EMI, la SRWT utilizó para el número de sustituciones una cifra inferior que la establecida en el anexo 23 y, por lo tanto, que las utilizadas en el cálculo realizado para las demás ofertas. Por lo tanto, la penalización ficticia relativa al mantenimiento de los órganos correspondientes de los autobuses de EMI disfrutó de un multiplicador menos elevado.

73 En la medida en que la SRWT permitió únicamente a EMI apartarse de las prescripciones de que se trata, no es necesario decidir si la Comisión considera acertadamente que la SRWT habría podido modificar las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas una vez abiertas las ofertas, concediendo a todos los licitadores la misma posibilidad de prescindir de aquéllas.

74 Por consiguiente, procede declarar, respecto a esta parte del motivo del recurso, que la SRWT incumplió los criterios de adjudicación establecidos en el pliego particular, así como el principio de igualdad de trato de los licitadores, al adjudicar el

contrato a EMI sobre la base de cifras que no se ajustaban a las prescripciones del anexo 23 del pliego particular para el cálculo de la penalización ficticia de esta empresa, por lo que respecta a los gastos de mantenimiento en relación con la sustitución del motor y de la caja de cambios. En consecuencia, el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben sobre este punto en virtud de la Directiva.

Sobre los elementos relativos a la calidad técnica del material ofrecido

75 En su nota complementaria de 3 de agosto de 1993, EMI afirmó que «el funcionamiento diario» de los autobuses que ofrecía «permite un ahorro considerable» para el usuario. EMI elaboró dos listas de elementos del autobús que permitían tal ahorro (en lo sucesivo, «elementos de ahorro»).

76 La primera lista, titulada «Elementos cuyo valor puede determinarse», hacía referencia a los asientos «cantilever» propuestos, a un mecanismo de desempañado de los cristales laterales y a un sistema particular de montaje modular. Respecto a cada uno de estos elementos, EMI precisaba el importe de la ventaja económica que de él resultaría por autobús durante su período de funcionamiento, a saber, respectivamente, 480.000 BFR, 240.000 BFR y 100.000 BFR.

77 La segunda lista, titulada «Elementos cuyo valor no puede determinarse», incluía ocho elementos que contribuirían al «ahorro», a pesar de que EMI no los hubiera evaluado en sus ofertas iniciales ni en su nota complementaria de 3 de agosto de 1993.

78 La Comisión alega que la SRWT tuvo en cuenta estos elementos de ahorro para decidir la adjudicación del contrato a EMI, cuando en realidad tales elementos no figuraban en los criterios de adjudicación enumerados en el anuncio de licitación ni en el pliego de cláusulas administrativas. Pues bien, con arreglo al apartado 2 del artículo 27 de la Directiva, que se aplica en el caso de autos, la SRWT sólo debería haber tomado en consideración, a la hora de adjudicar el contrato, los criterios mencionados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas.

Además, la SRWT únicamente tuvo en cuenta estos elementos al apreciar las ofertas de EMI, mientras que, para las demás ofertas, aplicó estrictamente los criterios de adjudicación mencionados en el punto 20.2 del pliego particular. Por consiguiente, este comportamiento produjo, una vez más, una violación del principio de igualdad.

79 En la nota redactada para la sesión de 6 de octubre de 1993, la Administración de la SRWT hizo referencia al conjunto de elementos de ahorro para recomendar que se adjudicaran los lotes nºs 2 a 6 a EMI. En la exposición de motivos de la recomendación para el lote nº 2, señaló que los elementos de ahorro tenían «un impacto económico considerable», de forma que podían «influir favorablemente en los costes de utilización del vehículo, en una medida ampliamente superior a la diferencia económica registrada únicamente sobre la base de los criterios adoptados para la valoración».

80 De los autos resulta que, para los lotes nºs 4, 5 y 6, la comparación de las ofertas únicamente sobre la base de los criterios de adjudicación previstos en el punto 20.2 del pliego particular había llevado a clasificar una de las ofertas de Van Hool en primera posición, mientras que una de las ofertas de EMI, aun teniendo en cuenta los datos facilitados por dicha empresa en sus notas complementarias en materia de consumo de combustible y de sustitución del motor y de la caja de cambios, quedaba clasificada en segunda posición. Las diferencias entre las mejores ofertas de Van Hool y las ofertas de EMI clasificadas en segunda posición ascendían, respectivamente, a 294.799 BFR, 471.513 BFR y 185.897 BFR para los tres lotes. No obstante, tras tomar en consideración los elementos de ahorro, esta primera clasificación se invirtió, de forma que una oferta de EMI, a pesar de dichas diferencias, sustituyó a la de Van Hool como oferta recomendada para estos lotes.

81 El Gobierno belga admitió formalmente que todos los elementos de ahorro fueron tomados en consideración en la decisión de adjudicación del contrato y que este hecho tuvo una influencia decisiva en la elección de EMI como proveedor de los lotes nºs 2 a 6.

82 El Gobierno belga señala que el punto 20.2.1 del pliego particular permitía expresamente que la SRWT tomara en consideración posibles sugerencias, tales como los elementos de ahorro. Además, recuerda que, con arreglo al apartado 3 del artículo 27 de la Directiva, la SRWT también estaba autorizada a tomar en consideración dichas sugerencias, siempre que estas últimas cumplieran los requisitos mínimos exigidos.

83 Por otra parte, destaca que los elementos de ahorro, que se ajustaban a los requisitos mínimos del pliego particular, no fueron objeto de valoración a la hora de comparar las ofertas, sino que se aceptaron como elementos de comodidad y de calidad cuyo valor no podía determinarse que permitían afirmar que, considerada en su conjunto, la oferta de EMI era la oferta económicamente más ventajosa. Además, tanto el anuncio de licitación como el pliego particular hacían referencia a los elementos de calidad técnica del material ofrecido como criterios de adjudicación. De ello resulta, en su opinión, que la SRWT podía tomar en consideración los elementos de ahorro controvertidos.

84 La Comisión admite que los licitadores están facultados para presentar variantes y que éstas pueden ser tomadas en consideración por una entidad contratante, siempre que, no obstante, se respete el principio de igualdad. En su opinión, esto no ocurrió en el caso de autos, ya que el hecho de apartarse de los criterios previstos en el pliego particular llevó a conceder una ventaja únicamente a EMI.

85 En primer lugar, debe señalarse que los elementos de ahorro no figuraban entre los criterios de adjudicación adoptados por la SRWT para la adjudicación del contrato.

86 Sin duda alguna podría interpretarse —haciendo abstracción de las definiciones siguientes— que los epígrafes de los criterios de adjudicación mencionados en el punto 20.2 del pliego particular tienen un amplio alcance (véase, por ejemplo, en el punto 20.2.2.4 del pliego particular, el epígrafe de los siete criterios técnicos, titulado «La calidad técnica del material ofrecido»), de forma que, como afirma el Gobierno belga, todas las características relativas a la calidad técnica del material ofrecido deberían tomarse en consideración al comparar las ofertas.

87 No obstante, es necesario recordar que la propia la SRWT definió todos los criterios técnicos mediante una fórmula precisa que figura debajo de cada epígrafe (véase el apartado 13 de la presente sentencia). De ello resulta que el alcance de los criterios técnicos, sea cual fuere el tenor literal de los epígrafes, quedaba limitado por las fórmulas con las que la SRWT los había definido.

88 Debe destacarse que la obligación, impuesta por el apartado 2 del artículo 27 de la Directiva a las entidades contratantes, de mencionar «en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tienen previsto aplicar, de ser posible en orden de importancia decreciente», tiene por objeto, precisamente, hacer que los posibles licitadores conozcan los elementos que se tomarán en consideración para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Así, todos los licitadores conocen los criterios de adjudicación a los que deben responder sus ofertas, así como su importancia relativa. Por otra parte, esta exigencia garantiza el respeto de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia.

89 Además, si bien es cierto que el apartado 3 del artículo 27 de la Directiva permite que las entidades contratantes tomen en consideración las variantes, esta disposición debe interpretarse a la luz de los principios en los que se basa la Directiva y del apartado 2 de este mismo artículo. Así, para garantizar que un contrato se adjudica con arreglo a criterios que todos los licitadores conocen antes de preparar su oferta, una entidad contratante sólo puede tomar en consideración las variantes como criterios de adjudicación en la medida en que las haya mencionado como tales en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación.

90 En cuanto a la alegación del Gobierno belga relativa a la toma en consideración de las «sugerencias», basta señalar que el apartado 3 del artículo 27 de la Directiva sólo reconoce la toma en consideración de las variantes y no la de las sugerencias. Además, la Directiva no hace ninguna referencia a estas últimas como criterios de adjudicación y, por consiguiente, dichas sugerencias tampoco pueden ser tomadas en consideración por una entidad contratante a la hora de adjudicar el contrato.

91 Sin que sea necesario decidir si la norma establecida en el apartado 2 del artículo 27 de la Directiva excluye la posibilidad de que una entidad contratante cambie sus criterios de adjudicación durante el procedimiento, siempre que respete los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia del procedimiento, basta señalar que, en el caso de autos, tales principios no se respetaron.

92 Es necesario indicar que, para los lotes n^{os} 4 a 6, la SRWT utilizó, únicamente en el caso de EMI, los elementos de ahorro propuestos por esta empresa para compensar las diferencias económicas, que ascendían a 294.799 BFR, 471.513 BFR y 185.897 BFR, entre las ofertas de Van Hool clasificadas en primera posición y las de EMI clasificadas en segunda posición. En efecto, aun cuando, como afirma el Gobierno belga, la SRWT no hubiera asignado un valor concreto a los elementos de ahorro, EMI le facilitó una lista de «Elementos cuyo valor puede determinarse» (véase el apartado 76 de la presente sentencia) cuyo importe total para cada lote (820.000 BFR) bastaba ampliamente para compensar tales diferencias.

93 En cambio, para los lotes n^{os} 2 y 3, de la nota redactada para la sesión de 6 de octubre de 1993 resulta que las ofertas controvertidas de EMI quedaron clasificadas en primera posición aun antes de que la SRWT tomara en consideración los elementos de ahorro. Por consiguiente, la SRWT no pudo conceder una importancia decisiva a los elementos de ahorro correspondientes a tales lotes, ya que las ofertas de EMI se consideraban ya las ofertas económicamente más ventajosas. En consecuencia, este aspecto del motivo del recurso no se ha probado.

94 Debe llegarse a la conclusión de que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, al tomar en consideración, a la hora de comparar las ofertas para los lotes n^{os} 4 a 6, elementos de ahorro propuestos por EMI, sin haberlos mencionado en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación, al utilizarlos para compensar las diferencias económicas entre las ofertas clasificadas en primera posición y las de EMI clasificadas en segunda posición, y al haber aceptado algunas de las ofertas de EMI por el hecho de haber tomado en consideración tales elementos.

95 A la luz de todo lo anterior, procede declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva

— al tomar en consideración los datos facilitados por EMI en relación con el consumo de combustible en su nota complementaria de 24 de agosto de 1993 y, por lo tanto, una vez abiertas las ofertas;

— al adjudicar el contrato a EMI sobre la base de cifras que no se ajustaban a las prescripciones del anexo 23 del pliego particular para el cálculo de la penalización ficticia de esta empresa, por lo que respecta a los gastos de mantenimiento en relación con la sustitución del motor y de la caja de cambios;

— al tomar en consideración, a la hora de comparar las ofertas para los lotes n^{os} 4 a 6, elementos de ahorro propuestos por EMI, sin haberlos mencionado en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación, al utilizarlos para compensar las diferencias económicas entre las ofertas clasificadas en primera posición y las de EMI clasificadas en segunda posición, y al haber aceptado algunas de las ofertas de EMI por el hecho de haber tomado en consideración tales elementos.

Costas

96 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por el Reino de Bélgica y por haberlo solicitado la Comisión, procede condenar en costas al Reino de Bélgica.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

decide:

1) **Declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, al tomar en consideración, en el marco de un contrato público convocado por la Société régionale wallonne du transport, los datos facilitados por EMI en relación con el consumo de combustible en su nota complementaria de 24 de agosto de 1993 y, por lo tanto, una vez abiertas las ofertas; al adjudicar el contrato a la empresa EMI sobre la base de cifras que no se ajustaban a las prescripciones del anexo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares para el cálculo de la penalización ficticia de esta empresa por lo que respecta a los gastos de mantenimiento en relación con la sustitución del motor y de la caja de cambios; al tener en cuenta, a la hora de comparar las ofertas para los lotes n^{os} 4 a 6, elementos de ahorro propuestos por la empresa EMI, sin haberlos mencionado en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación, al utilizarlos para compensar las diferencias económicas entre las ofertas clasificadas en primera posición y las de la empresa EMI clasificadas en segunda posición, y al haber aceptado algunas de las ofertas de la empresa EMI por el hecho de haber tomado en consideración tales elementos.**

2) **Condenar en costas al Reino de Bélgica.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Jann Sevón

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 25 de abril de 1996.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Quinta

D.A.O. Edward