Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 10 de marzo de 2016 [1]

Asunto C-6/15

TNS Dimarso NV
contra
Vlaams Gewest

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State van België (Consejo de Estado de Bélgica)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2004/18/CE — Artículo 53 — Criterios de adjudicación de los contratos — Licitadores — Igualdad de trato — Oferta económicamente más ventajosa — Valoración de las ofertas»

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Raad van State van België (Consejo de Estado de Bélgica) desea saber, en esencia, si el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,[2] a la luz de los principios de igualdad de trato y de transparencia, obliga a los poderes adjudicadores, siempre o en determinadas circunstancias, a dar a conocer previamente, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración o las reglas de ponderación utilizadas para valorar las ofertas de los licitadores.

2. Dicha petición se planteó en un litigio entre TNS Dimarso NV (en lo sucesivo, «Dimarso») y Vlaams Gewest (Agencia pública flamenca de la vivienda; en lo sucesivo, «Agencia de la vivienda»), en relación con la legalidad del método de valoración de las ofertas de los licitadores en una licitación de servicios organizada por dicha entidad.

3. En resumen, de la resolución de remisión se desprende que, mediante un anuncio de licitación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 31 de enero de 2012, la Agencia de la vivienda convocó una licitación de servicios cuyo objetivo era la realización de un estudio a gran escala sobre la vivienda y sobre sus consumidores en Flandes. El importe estimado de dicho contrato ascendía a 1 400 000 euros, impuesto sobre el valor añadido (IVA) incluido.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 134, p. 114. Directiva en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 319, p. 43) (en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»).

4. El pliego de condiciones de dicha licitación mencionaba los dos criterios de adjudicación siguientes:

«1 Calidad de la oferta (50/100)

Calidad de la preparación, de la organización y de la ejecución del trabajo de campo, de la codificación y del primer tratamiento de los datos. Las prestaciones propuestas deberán describirse del modo más detallado posible. De la oferta deberá deducirse con claridad que el licitador puede asumir la totalidad del contrato (como mínimo 7 000 muestras y como máximo 10 000 muestras) en el plazo de ejecución previsto de 12 meses.

2 Precio (50/100)

Coste de ejecución del contrato para la muestra de base (7 000 muestras) y coste por cada tramo de 500 direcciones adicionales facilitadas (importes IVA incluido).»

5. Presentaron ofertas cuatro licitadores que, según el informe del comité de evaluación relativo a la selección cualitativa, cumplían los requisitos mínimos en materia de competencia técnica. El modo de valoración de las ofertas se exponía como sigue en el informe de adjudicación del comité de evaluación de 23 de marzo de 2012:

«El comité procedió a continuación a valorar las ofertas.

Las cuatro ofertas fueron examinadas y cotejadas entre sí en base a los criterios anteriormente referidos. En primer lugar, las ofertas fueron examinadas y valoradas en función del criterio "calidad". A este respecto, se adjudicó por unanimidad a todas las ofertas una determinada puntuación (muy bien — suficiente — bajo). En segundo lugar, se aplicó el criterio del precio.

Por último, sobre la base de estas puntuaciones, se elaboró una clasificación final.»

6. Del informe de adjudicación se desprende que, en lo que respecta al primer criterio, esto es, la calidad de las ofertas, Dimarso y otros dos licitadores obtuvieron la mención de «muy bien» y el cuarto licitador obtuvo la apreciación de «bajo». En lo que atañe al segundo criterio, a saber, el precio, mientras que el cuarto licitador presentó la oferta más baja, Dimarso presentó la oferta más elevada.

7. El 11 de abril de 2012, el contrato fue finalmente adjudicado a uno de los licitadores que había obtenido la mención de «muy bien» y cuya oferta tenía un precio inferior a la de Dimarso.

8. En apoyo de su recurso de anulación contra la resolución de adjudicación del contrato, Dimarso alega ante el órgano jurisdiccional remitente que, al parecer, el comité de evaluación examinó las ofertas en base a la escala «muy alto — suficiente — bajo», no mencionada en el pliego de condiciones, en cuanto al criterio de la calidad de las ofertas, mientras que, según Dimarso, del pliego de condiciones se desprende que debería haberse asignado a cada una de las ofertas una puntuación de 0 a 50 puntos. En cuanto al criterio del precio, indica que el comité de evaluación tampoco realizó un estudio, una comparación ni una valoración final adecuados de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación en los términos que figuran en el pliego de condiciones, incluida la ponderación de «50/100» de cada uno de los criterios de adjudicación, tal como se precisaba en la licitación.

9. El órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que, al desestimar la primera parte del recurso que ante él interpuso Dimarso, no va más allá de una apreciación razonable la interpretación de la mención «50/100» que figura en el pliego de condiciones para cada uno de los criterios de adjudicación, en el sentido de que únicamente pretende indicar que debe considerarse que ambos criterios tienen el mismo valor y que, por consiguiente, cada uno de ellos es determinante, en un 50 %, a efectos de la clasificación de las ofertas.

10. A continuación, observa que, tanto en el considerando 46 como en el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18, sólo se hace referencia a «criterios» y a su «ponderación relativa» y que en ningún sitio se mencionan expresamente el método de valoración ni las reglas de ponderación. El órgano jurisdiccional remitente pone de relieve que el método de valoración no es neutro, sino que, por el contrario, puede resultar determinante para el resultado de la valoración de las ofertas en virtud de los criterios de adjudicación. Pone como ejemplo el criterio de adjudicación del precio, en cuyo marco el poder adjudicador puede optar, en particular, por aplicar la regla de la proporcionalidad, atribuir la puntuación máxima a la oferta más baja o no puntuar la oferta más elevada y aplicar una interpolación lineal para las ofertas intermedias o primar al máximo la oferta de precio medio.

11. El órgano jurisdiccional remitente señala, por último, que ni la sentencia Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40), apartados 38, 44 y 45, referente a la interpretación del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios,[3] disposición que, en esencia, tiene idéntico contenido que el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18, ni la sentencia Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), ofrecen ninguna respuesta o, cuando menos, ninguna respuesta decisiva, a la cuestión que se plantea en el procedimiento principal, consistente en dilucidar si debe ponerse en conocimiento de los licitadores con carácter previo el método de valoración, esto es, el método concreto que el poder adjudicador utilizará para calificar las ofertas, así como los criterios y los subcriterios de adjudicación y los «coeficientes de ponderación».

12. Habida cuenta de estas consideraciones, el Raad van State van België (Consejo de Estado de Bélgica) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18[...], considerado tanto individualmente como teniendo en cuenta el alcance de los principios del Derecho de la Unión de igualdad y transparencia en relación con la contratación pública, en el sentido de que, en caso de adjudicación al licitador con la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista de la administración contratante, ésta está siempre obligada a fijar previamente y a recoger en el anuncio o en el pliego de condiciones el método de valoración o las reglas de ponderación, con independencia de su previsibilidad, carácter usual o alcance, en función de las cuales se valorarán las ofertas con arreglo a los criterios o los subcriterios de adjudicación?

o bien,

en caso de que no exista semejante obligación general, ¿hay circunstancias, como, entre otras, el alcance, la falta de previsibilidad o la falta de carácter usual de dichas reglas de ponderación, en las que sí exista esa obligación?»

13. Dimarso, los Gobiernos belga e italiano y la Comisión Europea formularon observaciones escritas con respecto a dicha cuestión. Tales partes, salvo el Gobierno italiano, que no estaba representado, también fueron oídas en la vista celebrada el 13 de enero de 2016.

3 — DO L 209, p. 1.

II. Análisis

14. Mediante la cuestión prejudicial que se plantea en el caso de autos, se solicita al Tribunal de Justicia que precise el alcance del artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18. Más concretamente, se pregunta al Tribunal de Justicia si dicha disposición, a la luz de los principios de igualdad de trato y de transparencia, exige que, en la adjudicación de un contrato de servicios sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, el poder adjudicador informe a los licitadores, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, del método de valoración utilizado para evaluar las ofertas de los licitadores.

15. Con carácter preliminar, es necesario señalar que no se discute que el contrato de servicios controvertido en el procedimiento principal esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 y que, en particular, su artículo 53 sea plenamente aplicable.

16. En efecto, por un lado, en virtud del artículo 20 de la Directiva 2004/18, los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A, entre los que se incluyen, en la categoría 10, los de «servicios de investigación de estudios y encuestas de la opinión pública», se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 23 a 55 de dicha Directiva. Por otro lado, el contrato de servicios objeto del litigio principal superaba notablemente el umbral de 200 000 euros indicado en el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18, aplicable en la fecha en la que la Agencia de la vivienda publicó el anuncio de licitación.

17. De conformidad con el artículo 53 de la Directiva 2004/18, que lleva por título «Criterios de adjudicación del contrato», los contratos públicos se adjudicarán a la oferta que haya propuesto «el precio más bajo», o bien a «la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador», es decir, como indica el considerando 46, párrafo tercero, de dicha Directiva y como recordó el Tribunal de Justicia, a la oferta que «presenta la mejor relación calidad/precio» desde el punto de vista del poder adjudicador. [4]

18. En este último caso, que se corresponde con el supuesto del contrato de servicios controvertido en el procedimiento principal, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 establece una lista no exhaustiva de criterios vinculados al objeto del contrato público que se trate que el poder adjudicador podrá tomar en consideración. [5] Entre dichos criterios figuran la calidad y el precio, que son, como indica el pliego de condiciones en el procedimiento principal, los dos únicos criterios que tuvo en cuenta la Agencia de la vivienda en la adjudicación del contrato controvertido en el asunto principal.

19. Manteniéndonos siempre en el supuesto de la adjudicación de un contrato a la oferta económicamente más ventajosa, el artículo 53, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 establece que el poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones «la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar [dicha] oferta». Esta ponderación, con arreglo al párrafo segundo de la referida disposición, podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada. Según el párrafo tercero de esta disposición, cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, éste indicará en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones el orden decreciente de importancia de los criterios.

4 — Véase la sentencia Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), apartado 29.

5 — El Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones que tales criterios no son exhaustivos: véanse, recientemente, las sentencias eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 61, y Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), apartado 30.

20. Procede desde ahora observar que la obligación de indicar tanto los criterios de adjudicación como, desde la adopción de la Directiva 2004/18, salvo imposibilidad debidamente justificada, la ponderación relativa de cada uno de dichos criterios en la fase de la publicación del anuncio de licitación o del pliego de condiciones, que figura en el artículo 53, apartado 2, de dicha Directiva, responde a la necesidad de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de la obligación de transparencia que de él se deduce. [6]

21. En cuanto a la publicidad de la ponderación de los criterios de adjudicación, es necesario señalar que el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18 marca una evolución notable con respecto al régimen jurídico anterior aplicable a la adjudicación de los contratos públicos de servicios.

22. En efecto, en el marco del régimen jurídico que prevalecía antes de la entrada en vigor de dicho acto, el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 únicamente exigía a las entidades adjudicadoras mencionar, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que fueran a aplicar «cuando result[ara] posible en el orden decreciente de importancia atribuida».

23. Actualmente, por el contrario, los poderes adjudicadores están obligados a indicar la ponderación de los criterios de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Sólo si resulta imposible, por razones demostrables, pueden dichas entidades optar por realizar una jerarquización de los criterios, que en todo caso debe ser debidamente publicada en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

24. Tal y como expondré más adelante, esta evolución reviste cierta importancia para resolver el procedimiento principal.

25. En este momento, procede observar que, en el procedimiento principal, consta que el pliego de condiciones incluía la mención «50/100» con respecto a cada uno de los dos criterios adoptados por el poder adjudicador. El órgano jurisdiccional remitente ha declarado que dicha mención podía interpretarse razonablemente en el sentido de que debía considerarse que ambos criterios tienen el mismo valor y que, por consiguiente, ambos eran determinantes en un 50 % a efectos de la clasificación de las ofertas.

26. Es necesario señalar que dicha apreciación es palmaria. En efecto, de la petición de decisión prejudicial se desprende sin ambigüedades, según confirmó Dimarso en la vista ante el Tribunal de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente desestimó la primera parte del recurso de Dimarso según la cual, en esencia, la mención «50/100» debía haberse interpretado en el sentido de que el criterio «calidad» debería haber sido evaluado asignando a cada oferta una puntuación de 0 a 50 puntos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente expuso, en esencia, que el valor ponderado de cada uno de los dos criterios de adjudicación del contrato indicado en el pliego de condiciones era idéntico, es decir, 50 %, extremo que los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes podían interpretar de la misma forma. [7]

6 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697), apartado 43. Procede recordar, por cuanto aquí interesa, que, según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores [véanse, en este sentido, en particular, las sentencias Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 44, y eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 33]. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha precisado que la obligación de transparencia tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas [véanse, en este sentido, las sentencias Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), apartado 44 y eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 34].

7 — El criterio del licitador razonablemente informado y normalmente diligente resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: véanse, a este respecto, las sentencias SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), apartado 42, y eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 54.

27. Por tanto, no se discute que los criterios de adjudicación del contrato público en cuestión, así como la ponderación relativa asignada a cada uno de ellos fueron comunicados a los licitadores en el pliego de condiciones y, por consiguiente, con anterioridad a la adjudicación del contrato, en cumplimiento, en principio, del artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

28. El órgano jurisdiccional remitente desea, sin embargo, saber si esta última disposición, a la luz del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia, obliga al poder adjudicador a comunicar a los licitadores con carácter previo, en todo caso o, al menos, en determinadas circunstancias, el método de valoración de las ofertas en lo que respecta a los criterios de adjudicación, en particular, en lo tocante al procedimiento principal, el método adoptado, a saber, una escala ordinal integrada por tres menciones o puntuaciones («bajo — suficiente — muy bien») para apreciar el grado de cumplimiento del criterio «calidad» publicado por la Agencia de la vivienda.

29. Esta pregunta puede deducirse a la larga de la alegación de Dimarso de que, en esencia, el método de valoración adoptado («bajo — suficiente — muy bien») era tan impreciso que llevó al poder adjudicador a igualar la apreciación del criterio «calidad» en favor de la apreciación del criterio «precio», por cuanto fue únicamente este segundo criterio el que en realidad sirvió para desempatar tres de las cuatro ofertas presentadas. Por consiguiente, según Dimarso, se atribuyó efectivamente al criterio «precio» una ponderación relativa más elevada que el 50 % anunciado con carácter previo en el pliego de condiciones. En otras palabras, Dimarso sostiene que si el método de evaluación se hubiera comunicado con carácter previo a los licitadores en el momento de la publicación del pliego de condiciones, dicho método hubiera influido indefectiblemente en la preparación de las ofertas.

30. No soy ajeno a este argumento. Sin embargo, conviene llevar a cabo un razonamiento por etapas.

31. En primer lugar, como ya he indicado, el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18 exige al poder adjudicador poner en conocimiento de los licitadores, bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de condiciones, los criterios de adjudicación que pretende adoptar y su ponderación relativa.

32. En cambio, resulta inútil buscar en el tenor literal del artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18 una obligación general del poder adjudicador de mencionar, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración de las ofertas en lo que respecta a los criterios de adjudicación y a su ponderación relativa, es decir, todas las reglas y normas sobre la base de las cuales un poder adjudicador o parte del mismo, como un comité de evaluación, asignará una puntuación o una calificación determinadas a las diferentes ofertas en función del grado de cumplimiento de alguno de los criterios (o, si procede, de los subcriterios) de adjudicación de un contrato público.

33. Por consiguiente, el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no exige, en principio, que se comunique previamente a los licitadores en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones el método de análisis de las ofertas utilizado por un comité de evaluación en lo que respecta a los criterios de adjudicación de un contrato público y a su ponderación relativa.

34. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también confirma este principio.

35. Por un lado, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha reconocido en diversas ocasiones la legalidad de la actuación de un poder adjudicador que había ponderado los elementos secundarios de un criterio de adjudicación *después* de la presentación de las ofertas, pero *antes* de su apertura, lo que implica necesariamente que el poder adjudicador no está sistemáticamente obligado a publicar previamente dicha ponderación de los subcriterios de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. [8]

8 — Véanse las sentencias ATI EAC y Viaggi di Maio y otros (C-331/04, EU:C:2005:718), apartado 32; Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40), apartado 43, y Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), apartados 32 y 33.

36. Dicha apreciación puede, con mayor razón, extenderse a la adopción de un método de valoración de las ofertas en lo que respecta a los criterios de adjudicación y a su ponderación relativa.

37. Por otro lado, en la sentencia Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), apartado 35, el Tribunal de Justicia admitió —en el contexto de la aplicación de las reglas de adjudicación de los contratos públicos por las instituciones de la Unión Europea,[9] en esencia análogo al contexto de aplicación de las disposiciones de la Directiva 2004/18, y en unas consideraciones relativas a los elementos que el poder adjudicador no tiene la obligación de comunicar previamente a los licitadores— que un comité de evaluación debe poder disponer de cierta libertad en el cumplimiento de su cometido y estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas.[10]

38. En todos esos asuntos, el Tribunal de Justicia indicó, no obstante, que la libertad de la que goza el poder adjudicador está supeditada al cumplimiento de determinados requisitos.

39. Sin embargo, dichos requisitos no parecen ser completamente uniformes.

40. Así, por una parte, en lo que atañe a la fijación por un poder adjudicador de coeficientes de ponderación de subcriterios de adjudicación tras la presentación de las ofertas, el Tribunal de Justicia ha precisado, como ha señalado acertadamente el órgano jurisdiccional remitente, que dicha determinación *a posteriori* era legal siempre que se cumplan tres requisitos, a saber:

— que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación;

— que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y

— que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.[11]

41. De esa misma jurisprudencia se puede deducir que, si no se cumple alguno de dichos requisitos, la fijación de la ponderación de los subcriterios con posterioridad al anuncio de licitación o al pliego de condiciones vicia de ilegalidad el procedimiento de adjudicación del contrato. En otras palabras, el poder adjudicador debió haber determinado previamente la ponderación de los subcriterios relativos a los criterios de adjudicación del contrato y asegurarse de que dicha ponderación había sido comunicada a los licitadores en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

42. Por otro lado, en cuanto a la libertad de un comité de evaluación para estructurar su propio trabajo de análisis y examen de las ofertas presentadas, el Tribunal de Justicia precisó, en el apartado 35 de la sentencia Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), que tal libertad no debía llevar al poder adjudicador a «modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación».

9 — Se trataba, en el caso de autos, de la interpretación del artículo 97 del Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 248, p. 1), y del artículo 138 del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento n.º 1605/2002 (DO L 357, p. 1).

10 — Véase asimismo en el mismo contexto jurídico, la sentencia bpost/Comisión (T-514/09, EU:T:2011:689), apartado 86.

11 — Véanse las sentencias ATI EAC y Viaggi di Maio y otros (C-331/04, EU:C:2005:718), apartado 32; Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40), apartado 43, y Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), apartado 33.

43. Al limitarse a mencionar solamente el cumplimiento de alguno (el primero) de los tres requisitos enumerados en el punto 40 de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia parece querer otorgar al poder adjudicador un margen de apreciación más amplio cuando éste determina *a posteriori* un método de análisis o de valoración de las ofertas que cuando decide fijar determinados coeficientes de ponderación de los subcriterios correspondientes a los criterios de adjudicación que han sido puestos previamente en conocimiento de los licitadores.

44. Si en el procedimiento principal hubiese que aplicar estrictamente la precisión realizada en el apartado 35 de la sentencia Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), ningún elemento facilitado hasta ahora por el órgano jurisdiccional remitente permitiría hacer pensar que el método de valoración adoptado por el comité de evaluación para apreciar el criterio «calidad» hubiera podido modificar dicho criterio y, *a fortiori*, hubiera podido modificar el segundo criterio de adjudicación, puestos ambos previamente en conocimiento de los licitadores en el pliego de condiciones.

45. Sin embargo, dudo de que la precisión efectuada por el Tribunal de Justicia en el apartado 35 de la sentencia Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), en forma, además, de *obiter dictum*, haya tenido por finalidad imponer esta única limitación a la libertad del poder adjudicador de fijar un método de valoración de las ofertas presentadas. En efecto, excepción hecha, en su caso, de los errores particularmente graves, resulta complicado imaginar de qué modo ese método de valoración podría modificar los propios criterios de adjudicación de un contrato público y en qué medida un licitador excluido podría demostrar, incluso a través de un conjunto de indicios, ese efecto sobre los criterios de atribución.

46. Por esa razón comparto más bien el punto de vista de las partes interesadas que han sostenido, en particular en la vista, que no cabe excluir que un método de valoración pueda repercutir no tanto en los propios criterios de adjudicación como en la ponderación de dichos criterios y, de este modo, pueda incluir elementos que, de haber sido previamente puesto dicho método en conocimiento de los licitadores, en el sentido del segundo requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reproducido en el punto 40 de las presentes conclusiones, podrían haber influido en la preparación de las ofertas. En dicho supuesto, la determinación *a posteriori* de tal método de valoración de las ofertas por un poder adjudicador sería ilegal y, por tanto, debería haber sido objeto de publicidad previa en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

47. Por consiguiente, estoy básicamente de acuerdo con la alegación formulada por la Comisión, según la cual la legalidad de un método de valoración de las ofertas determinado *a posteriori* por un poder adjudicador depende del cumplimiento de los tres requisitos extraídos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reproducidos en el anterior punto 40. Dicho esto, basta con que el órgano jurisdiccional remitente compruebe si se cumplen dichos requisitos en el procedimiento principal.

48. No obstante, a mi parecer, el caso de autos brinda además al Tribunal de Justicia la posibilidad de afinar dicha jurisprudencia, particularmente en lo que atañe al alcance del primer requisito.

49. En efecto, como ya he puesto anteriormente de relieve, desde la entrada en vigor del artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18, tanto los criterios de adjudicación como su ponderación relativa (o, si ésta resulta imposible, su jerarquización) deben ser objeto de una publicidad adecuada en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

50. Por consiguiente, a mi parecer, la modificación *a posteriori* de unos u otra, sea cual sea su forma, debe sancionarse de la misma manera.

51. Así como no puede admitirse que un método de valoración de las ofertas pueda modificar, *a posteriori*, los criterios de adjudicación previamente comunicados a los licitadores, tampoco es aceptable tolerar que ese método modifique la ponderación de esos mismos criterios. En caso de que ésa sea la consecuencia de la fijación *a posteriori* de un método de valoración de las ofertas, dicha fijación debe comunicarse previamente a los licitadores y el procedimiento de adjudicación controvertido estará viciado de ilegalidad.

52. Por consiguiente, propongo que vuelva a formularse el primer requisito citado en el punto 40 de las presentes conclusiones, resultante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al régimen jurídico de la adjudicación de los contratos públicos anterior a la adopción de la Directiva 2004/18, de manera que incluya asimismo la ponderación de los criterios de adjudicación, con el fin de tener en cuenta la evolución de dicho régimen tras la entrada en vigor del artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

53. Corresponderá entonces al órgano jurisdiccional remitente examinar, en el procedimiento principal, si el método de valoración de las ofertas con respecto al criterio «calidad» indicado en el pliego de condiciones de la licitación controvertida, modificó *a posteriori* la ponderación de los criterios de adjudicación de dicho contrato, en cuyo caso dicha ponderación debería haber sido puesta en conocimiento de los licitadores potenciales en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

54. Sin embargo, a la vista de las circunstancias y de los datos comunicados por el órgano jurisdiccional remitente, sospecho que es posible que así fuera.

55. En efecto, por cuanto a tres de las cuatro ofertas, entre ellas, la de Dimarso, se les atribuyó en el cumplimiento del criterio «calidad» la mención de «muy bien», sin puntuaciones que permitieran diferenciarlas y clasificarlas según sus calidades intrínsecas, el criterio «precio» resultó, por tanto, decisivo en la adjudicación del contrato controvertido, como admitieron en la vista todas las partes interesadas. Parece, por tanto, que, puesto que el método elegido por el comité de evaluación volvía a igualar la apreciación del criterio «calidad» en favor del criterio «precio», se confirió a este criterio un mayor peso relativo en la elección del adjudicatario que el que razonablemente podía llevar a pensar la ponderación del 50 % anunciada en el pliego de condiciones. Por consiguiente, es probable que si los licitadores hubieran sido previamente informados de la elección de dicho método de valoración de las ofertas en cuanto al cumplimiento del criterio «calidad», habrían concentrado más esfuerzos en el precio de sus prestaciones.

56. Para ilustrar más concretamente mi afirmación, imaginemos que entre las ofertas presentadas, una de ellas hubiese sido, en términos de calidad, muy superior a las otras tres, incluidas aquellas a las que se atribuyó la calificación de «muy bien». En otras palabras, una de dichas ofertas podría haber sido calificada de «excelente» en la apreciación del criterio «calidad». El precio propuesto por ese licitador habría reflejado, por tanto, la excelencia de la calidad de los servicios propuestos por dicho licitador y, por consiguiente, habría sido probablemente más elevado que los precios ofertados por los demás licitadores. Sin embargo, dado que la mención de «excelente» no figuraba en la escala de puntuaciones («bajo — suficiente — muy bien») elegida por el comité de evaluación, esa oferta de calidad excelente debía recibir necesariamente, a lo sumo, la mención de «muy bien» en lo que respecta al criterio «calidad». Al ser superior el precio propuesto por ese licitador a los precios de los demás, incluso, en su caso, en algunas decenas o centenas de euros, esa oferta tenía que ser excluida.

57. En definitiva, en ese supuesto, que no es necesariamente el de Dimarso pero que, en cualquier caso, podría haberlo sido, el poder adjudicador podría haberse privado de la oferta que representaba la mejor relación calidad/precio, en contra del espíritu que preside el recurso a la selección de adjudicatarios según la oferta económicamente más ventajosa. [12]

58. Por tanto, a mi parecer, el método de valoración elegido *a posteriori* por el poder adjudicador puede haber modificado la ponderación de los criterios de adjudicación, privilegiando el peso de un criterio con respecto a otro, aun cuando la información de la que disponían los licitadores en el momento de la presentación de sus ofertas dejaba entender a las claras que dichos criterios debían apreciarse según la misma ponderación relativa, esto es, 50 % cada uno.

59. Por consiguiente, considero que si un método de valoración adoptado tras la presentación de las ofertas puede producir tal resultado, el poder adjudicador debería haber puesto dicho método en conocimiento de los licitadores en el momento de la publicación del anuncio de licitación o de la comunicación del pliego de condiciones.

60. En cualquier caso, aunque el Tribunal de Justicia considerase que no procede extender el primer requisito jurisprudencial mencionado en el punto 40 de las presentes conclusiones a la ponderación de los criterios de adjudicación, en mi opinión, es probable que, de haber conocido los potenciales licitadores previamente el método de valoración de las ofertas fijado por el poder adjudicador con respecto al criterio «calidad», dicho método podría haber influido en la preparación de sus ofertas, en el sentido del segundo requisito citado en el punto 40 de las presentes conclusiones.

61. En efecto, como ya se ha indicado, de haber sabido los licitadores, antes de presentar sus ofertas, que el segundo criterio de adjudicación, a saber, el criterio «precio», podía revestir un carácter determinante en la elección de la oferta económicamente más ventajosa, como han admitido todas las partes interesadas en la vista, seguramente habrían preparado sus ofertas de otra manera, con el fin de responder mejor a dicha orientación del poder adjudicador.

62. Con carácter general, es cierto que tal limitación impuesta a la libertad del poder adjudicador de fijar un método de valoración tras la presentación de las ofertas parece en última instancia obligarlo, en todo caso, a identificar en una fase muy temprana el o los métodos de valoración de los criterios de adjudicación que pretende elegir con el fin de asegurarse de manera preventiva de que no podrán influir en la preparación de las ofertas de los potenciales licitadores, ya que si no lo hace, deberá concluir que dichos métodos han de publicarse bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de condiciones.

63. Por consiguiente, dicha exigencia parece, en definitiva, llevar al poder adjudicador (que se preocupará por garantizar la mayor seguridad jurídica del procedimiento de adjudicación y protegerse frente a recursos que persigan la anulación de dicho procedimiento) a determinar lo antes posible el o los métodos de valoración de las ofertas en relación con los criterios de adjudicación. Por tanto, en tal caso, cabe sugerir que ninguna razón imperiosa parece justificar que el poder adjudicador se niegue a poner en conocimiento de los potenciales licitadores los métodos de valoración de que se trate, que, de todos modos, ya deberá haber determinado antes de la licitación.

64. En la práctica, una orientación de este tipo parece revertir la norma teórica del «principio-excepción» que resulta de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el poder adjudicador en principio no está obligado a comunicar previamente el método de valoración de las ofertas a los licitadores potenciales, salvo si dicho método contiene elementos que, de haber sido conocidos con anterioridad, habrían podido influir en la preparación de las ofertas.

12 — En la sentencia Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), apartado 29, el Tribunal de Justicia recordó, en esencia, que la adjudicación de un contrato en función de la oferta económicamente más ventajosa, que favorece la búsqueda por el poder adjudicador de la mejor relación calidad/precio, puede reforzar el peso de la calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

65. No obstante, me parece que ese riesgo puede descartarse en gran medida si los poderes adjudicadores optan por publicar no sólo los criterios de adjudicación y su ponderación relativa, como exige la Directiva 2004/18, sino también ciertos subcriterios relacionados con dichos criterios y con su ponderación relativa, como alienta vivamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

66. En otras palabras, cuanto más clara, comprensible y exhaustiva sea la información de que dispongan los licitadores en el anuncio de licitación o el pliego de condiciones relativa a todos esos elementos, menor será, en mi opinión, el riesgo de que el método de análisis de las ofertas elegido por el comité de evaluación pueda modificar los criterios o los subcriterios de adjudicación y su ponderación o introducir una desigualdad de trato entre los licitadores. A mi parecer, evitar dicho riesgo tiene la misma naturaleza que el «papel activo» que la Directiva 2004/18, tal como la interpreta el Tribunal de Justicia, atribuye a los poderes adjudicadores en la aplicación de los principios esenciales que rigen la adjudicación de los contratos públicos, que son el respeto de la transparencia del procedimiento y la igualdad de trato entre los licitadores. [13]

67. También en tal caso, todos los licitadores habrán podido conocer de antemano el peso relativo de todos los elementos tomados en consideración por el poder adjudicador, lo que, por regla general, permite excluir que el método preciso de análisis de las ofertas adoptado por el poder adjudicador pueda contener elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.

68. En cambio, cuando, como ocurre en el procedimiento principal, los criterios de adjudicación tienen la misma ponderación en el pliego de condiciones, los eventuales subcriterios relacionados en este documento no son objeto de tal ponderación y el método de valoración adoptado, una vez presentadas las ofertas, para apreciar el grado de cumplimiento de alguno de los dos criterios de adjudicación es de carácter muy general y no permite diferenciar de forma suficientemente precisa la calidad de las ofertas presentadas, aumenta notablemente el riesgo de que el método de valoración contenga elementos que, de haber sido puestos en conocimiento de los licitadores en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habrían podido influir en la preparación de sus ofertas.

69. Es cierto que el segundo requisito mencionado en el punto 40 de las presentes conclusiones parece particularmente flexible o fácil de cumplir, por cuanto parece en todo caso posible argumentar que cada elemento tomado en consideración por el poder adjudicador *podría* haber influido o repercutido en la preparación de las ofertas, de haber sido previamente comunicado a los licitadores.

70. Quizá por ello, consciente de dicha flexibilidad, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697), apartado 48, supeditó tal influencia en la preparación de las ofertas a su carácter «significativo», lo que le permitió desestimar parcialmente el recurso declarativo de incumplimiento interpuesto por la Comisión.

71. Aunque el apartado 48 de la sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697) asume la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia y menciona expresamente el apartado 32 de la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros (C-331/04, EU:C:2005:718), ni ésta ni las demás sentencias posteriores antes citadas incluyen la precisión de que la influencia en la preparación de las ofertas debió haber sido «significativa». Aun así, considero que el criterio introducido por el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697) puede, sin embargo, tener su origen en la circunstancia de que el contrato público de servicios objeto de dicho asunto no se regía plenamente por las disposiciones de la Directiva 2004/18, en particular por las de su artículo 53, apartado 2.

13 — Véase, en ese sentido, en otro contexto, la sentencia eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 42.

72. Si ése es el sentido que procede atribuir al apartado 48 de la sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697), no existe, a mi parecer, ningún motivo concreto, en el caso de autos, para adoptar el criterio del carácter «significativo» de la influencia en la preparación de las ofertas que figura en ese apartado de dicha sentencia y, por tanto, para modificar el alcance del segundo requisito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionado en el punto 40 de las presentes conclusiones.

73. En cualquier caso, estimo que la flexibilidad que caracteriza a este segundo requisito puede quedar considerablemente atenuada por la obligación que incumbe al licitador excluido, sobre quien recae la carga de la prueba, de demostrar, *in concreto*, en su recurso judicial, las diferencias, de carácter sustantivo y no meramente formal, que habría conllevado su oferta si los elementos del método de valoración en cuestión o el propio método, que no fue comunicado previamente por el poder adjudicador, se hubiesen publicado debidamente con anterioridad a la preparación de las ofertas.

74. Antes de concluir, procede añadir que todas las consideraciones anteriores se basan en el postulado, que se desprende implícitamente de la resolución de remisión, de que el método de valoración de las ofertas con respecto al criterio «calidad», adoptado por el comité de evaluación en el caso de autos, fue determinado *después* de que finalizara el plazo de presentación de las ofertas, pero *antes* de su apertura.

75. En la jurisprudencia anteriormente mencionada relativa a la fijación de la ponderación de subcriterios relativos a los criterios de adjudicación, el Tribunal de Justicia consideró, en esencia, que tal fijación *tras la apertura de las ofertas* o de las manifestaciones de interés, según corresponda, era contraria, en particular, al principio de igualdad de trato y a la obligación de transparencia.[14] Asimismo, el Tribunal de Justicia criticó que un comité de evaluación modificase el valor ponderado de los criterios de adjudicación tras la realización de un primer examen de las ofertas, en un caso en el que el artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no se aplicaba al contrato público de servicios en cuestión, sin exigir además que se demostrara el efecto discriminatorio de dicha práctica en perjuicio de alguno de los licitadores, añadiendo, a este respecto, que basta con que en el momento en que se efectuó tal modificación no quepa excluir que puede haber tenido tal efecto.[15]

76. En efecto, si el poder adjudicador conoció la identidad de los licitadores y el contenido de las ofertas cuando modifica la ponderación de los criterios de adjudicación o de los subcriterios, el riesgo de que se dé la impresión de que dicha modificación tiene como finalidad favorecer a uno de los licitadores y, por consiguiente, romper la igualdad de trato entre ellos, es real.

77. En esas circunstancias, esa modificación resulta pura y llanamente ilegal, en particular por presunción de favoritismo. Parece evidente que la ponderación realmente aplicada y que originó la ilegalidad del procedimiento de adjudicación debió haberse puesto en conocimiento de los licitadores en la documentación del contrato. Sin embargo, dicha apreciación no es necesaria para resolver el litigio.

78. En sus observaciones, el Gobierno belga mencionó que existen situaciones, sin precisar, no obstante, su naturaleza, en las que el método de valoración de las ofertas sólo puede fijarse con posterioridad a su apertura. Por tanto, dicho Gobierno sostiene, en esencia, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia censurando la fijación *a posteriori* de la ponderación de los criterios de adjudicación y de los subcriterios correspondientes a los mismos *tras* la apertura de las ofertas no debe extenderse al supuesto de la adopción de un método de valoración de las ofertas por un comité de evaluación después de dicha apertura.

14 — Véase, en particular, la sentencia Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40), apartado 44.

15 — Sentencia Comisión/Irlanda (C-226/09, EU:201097), apartados 57 a 63.

79. La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente no versa *stricto sensu* sobre dicho supuesto.

80. No obstante, los elementos aportados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten descartar por completo el supuesto de que el método de valoración controvertido en el asunto principal se haya validado después de la apertura de las ofertas.

81. Pues bien, en ese caso, en mi opinión, se suscita la cuestión adicional de si sigue siendo preciso que el órgano jurisdiccional remitente compruebe que concurren los tres requisitos extraídos por la jurisprudencia enumerados en el punto 40 de las presentes conclusiones para permitirle concluir que el poder adjudicador debió haber puesto en conocimiento de los licitadores dicho método de valoración de las ofertas o si puede limitarse a declarar que esa práctica conlleva, en cierto modo, una presunción de favoritismo en favor de algunos licitadores, lo que entraña la ilegalidad del procedimiento de adjudicación.

82. Sin pronunciarse, en general, sobre las situaciones mencionadas pero no precisadas por el Gobierno belga, dudo de que, en el procedimiento principal, el método de valoración del criterio «calidad», en atención a su carácter sumamente básico y particularmente general, incluso impreciso, sólo pudiera fijarse con posterioridad a la apertura de las ofertas presentadas.

83. En efecto, no percibo que exista ningún obstáculo, en particular de carácter técnico o económico, para que un poder adjudicador pueda poner en conocimiento de los licitadores un método que se limita a indicar que la «calidad» de las ofertas se apreciará en función de una escala ordinal «bajo — suficiente — muy bien», o bien validar dicho método, a más tardar, antes de la apertura de las ofertas, siempre que se cumplan los requisitos ya examinados, es decir, en particular, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato ni su ponderación.

84. Por consiguiente, estimo que si el método de valoración controvertido en el procedimiento principal fue adoptado tras la apertura de las ofertas, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente, cabe presumir que se fijó tomando en consideración elementos que pueden producir efectos discriminatorios para algunos de los licitadores excluidos, presunción que corresponde destruir, en su caso, al poder adjudicador.

III. Conclusión

85. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión prejudicial planteada por el Raad van State van België (Consejo de Estado de Bélgica):

«El artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, a la luz del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia, debe interpretarse en el sentido de que el poder adjudicador no está obligado a poner en conocimiento de los licitadores potenciales, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración de las ofertas para apreciar el grado de cumplimiento de los criterios de adjudicación previamente publicados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, siempre que dicho método, adoptado tras la finalización del plazo de presentación de las ofertas, pero antes de su apertura, a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato ni su ponderación relativa, conforme a lo establecido en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la

preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y c) no haya sido adoptado teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen dichos requisitos en el procedimiento principal.»