Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 24 de febrero de 2022 [1]

Asunto C-669/20

Veridos GmbH
contra
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Bulgaria)]

«Cuestión prejudicial — Procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios — Directiva 2014/24/UE — Directiva 2009/81/CE — Fijación de un criterio para la apreciación de una oferta anormalmente baja — Concurrencia de un mínimo de tres ofertas»

1. El derecho de la Unión permite que, cuando la adjudicación de ciertos contratos públicos haya de hacerse en favor de la propuesta económicamente más ventajosa o con el precio más bajo, el poder adjudicador rechace las «ofertas anormalmente bajas» que carezcan de una justificación satisfactoria.

2. En esta petición de decisión prejudicial se plantean varios interrogantes que conciernen a un contrato público celebrado para planificar, desarrollar y gestionar un sistema de expedición de documentos de identidad búlgaros. El tribunal de reenvío quiere saber, en síntesis:

– En qué condiciones y con qué alcance está obligado el poder adjudicador a verificar la existencia de ofertas anormalmente bajas, en el sentido de la Directiva 2009/81/CE [2] y de la Directiva 2014/24/UE. [3]

– En qué momento se ha de llevar a cabo el control judicial acerca de la apreciación del poder adjudicador que descarte la concurrencia de una oferta anormalmente baja y si esa apreciación debe ser motivada.

[1] Lengua original: español.

[2] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO 2009, L 216, p. 76).

[3] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2014/24

3. El considerando nonagésimo afirma:

«La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. […]

Para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, los Estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso solo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa cuando lo estimen adecuado.

Para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, los poderes adjudicadores deben estar obligados a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato. Por ello, los poderes adjudicadores deben estar obligados a indicar los criterios para la adjudicación del contrato y la ponderación relativa acordada a cada uno de dichos criterios […]».

4. El considerando nonagésimo segundo declara:

«Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.

Los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

[…]».

5. El artículo 56 («Principios generales») prescribe:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en criterios establecidos de conformidad con los artículos 67 a 69, siempre que el poder adjudicador haya comprobado, de conformidad con los artículos 59 a 61, que se cumplen todas las condiciones siguientes:

[…]».

6. El artículo 69 («Ofertas anormalmente bajas») establece:

«1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.

[…]

3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos […]».

2. Directiva 2009/81

7. En el considerando décimo quinto se lee:

«La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por las entidades adjudicadoras a que se hace referencia en la Directiva 2004/17/CE […], y por los poderes adjudicadores a que se hace referencia en la Directiva 2004/18/CE […], está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia.

[…]».

8. El considerando sexagésimo noveno reza:

«La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas de forma objetiva y transparente en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.»

9. A tenor del artículo 38 («Verificación de la aptitud de los candidatos y selección de los participantes, adjudicación de los contratos»):

«1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 47 y 49, habida cuenta del artículo 19, y previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 39 y 40, verificación que las entidades o poderes adjudicadores efectuarán con arreglo a los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 41 a 46, y, en su caso, a las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el presente artículo, apartado 3.

[…]».

10. El artículo 49 («Ofertas anormalmente bajas») señala:

«1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, la entidad o poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

[…]

2. La entidad o poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

[…]».

11. El artículo 55, («Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso»), apartado 2, previene:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades o poderes contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 56 a 62 cuando dichas decisiones hayan violado el derecho [de la Unión] en materia de formalización de contratos o las normas nacionales de transposición del citado derecho.»

B. Derecho búlgaro

12. El artículo 72 de la Zakon za obshtestvenite porachki (Ley de contratación pública), titulado «Ofertas anormalmente bajas», recoge:

«1. Si la oferta valorada de un licitador es, en relación con el precio o con los costes de un mismo parámetro de valoración, más de un 20 % inferior a la media de las ofertas de los demás licitadores, el poder adjudicador requerirá al correspondiente licitador una pormenorizada justificación por escrito de la forma en que se ha elaborado la oferta, que deberá presentarse en el plazo de cinco días desde la recepción del requerimiento».

II. Hechos, litigio y preguntas prejudiciales

13. El Ministerio del Interior de la República de Bulgaria, en cuanto poder adjudicador, inició un procedimiento de licitación que tenía por objeto la «planificación, desarrollo y gestión de un sistema para la expedición de documentos de identidad búlgaros de generación 2019». [4]

14. Tras la correspondiente preselección, se invitó a Veridos GmbH (en lo sucesivo, «Veridos») y al consorcio Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (en lo sucesivo, «Mühlbauer») a presentar sus ofertas.

15. El contrato se adjudicó finalmente a Mühlbauer. [5]

[4] Anuncio publicado mediante la Decisión n.º 5785 MPR-58, de 15 de agosto de 2018.

[5] Decisión n.º 5785 MPR-35, de 29 de abril de 2020.

16. Veridos impugnó la adjudicación ante la Komisia za zashtita na konkurentsiata (Autoridad de defensa de la competencia, Bulgaria), alegando que la oferta vencedora había sido anormalmente baja. [6]

17. La Autoridad de defensa de la competencia desestimó el recurso de Veridos mediante resolución de 25 de junio de 2020. A su juicio, el artículo 72 de la Ley de contratación pública era inaplicable, pues, habiéndose presentado solo dos ofertas, no era posible calcular el valor medio prescrito por aquel precepto para discernir si una de ellas era anormalmente baja.

18. Veridos recurrió la resolución de 25 de junio de 2020 ante el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Bulgaria), que se dirige al Tribunal de Justicia formulando estas preguntas prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse el artículo 56 de la Directiva [2014/24], en relación con su artículo 69, y el artículo 38 de la Directiva [2009/81], en relación con el artículo 49 de esta última, en el sentido de que, siendo imposible objetivamente aplicar un criterio establecido por la legislación nacional para valorar una oferta anormalmente baja, y en defecto de otro criterio elegido y dado a conocer de antemano por el poder adjudicador, este no está obligado a examinar si una oferta es anormalmente baja?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 56 de la Directiva 2014/24, en relación con su artículo 69, y el artículo 38 de la Directiva 2009/81, en relación con el artículo 49 de esta última, en el sentido de que el poder adjudicador solo está obligado a examinar si existen ofertas anormalmente bajas en caso de que albergue sospechas con respecto a una determinada oferta, o está obligado a cerciorarse siempre de la seriedad de las ofertas presentadas y a formular la correspondiente motivación?

3) ¿Tiene el poder adjudicador tal obligación cuando solo se han presentado dos ofertas en el procedimiento de adjudicación?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, «Carta»] en el sentido de que la evaluación efectuada por el poder adjudicador en cuanto a que no existan sospechas de que una oferta es anormalmente baja o su convicción de la seriedad de la oferta presentada por el licitador mejor clasificado en el procedimiento están sujetas al control judicial?

5) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿debe interpretarse el artículo 47 de la [Carta] en el sentido de que, si en un procedimiento de adjudicación el poder adjudicador no ha examinado si una oferta es anormalmente baja, está obligado a justificar y motivar por qué no existen sospechas de que una oferta es anormalmente baja, es decir, sospechas en relación con la seriedad de la oferta mejor clasificada?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 8 de diciembre de 2020.

[6] Auto de reenvío, apartado 41 *in fine*.

20. El 1 de febrero de 2021, el Presidente del Tribunal de Justicia acordó no acceder a la solicitud de que se siguiesen los trámites del procedimiento acelerado.

21. Han depositado observaciones Veridos, Mühlbauer, los Gobiernos austriaco, búlgaro, checo y francés, así como la Comisión Europea.

22. No se ha considerado imprescindible la celebración de vista pública.

IV. Análisis

A. Consideraciones preliminares

23. En este asunto es aplicable la Directiva 2009/81, pues se trata de un contrato público para la expedición de documentos de identidad, correspondiente a «los ámbitos de la defensa y la seguridad».[7] Precisamente con arreglo a esa Directiva, según consta en el auto de reenvío, el poder adjudicador anunció la licitación del contrato único.[8]

24. El tribunal de reenvío, sin embargo, plantea sus preguntas sobre los artículos pertinentes de la Directiva 2009/81 y de la Directiva 2014/24. Justifica su proceder apelando al «idéntico contenido y la función análoga de las correspondientes disposiciones de ambas Directivas».[9] No hay inconveniente en hacerlo así, pues los preceptos de las dos Directivas cuya interpretación interesa coinciden en lo sustancial, de modo que la respuesta del Tribunal de Justicia sirve por igual para todos ellos.[10]

25. En esa misma línea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta materia, aun cuando aluda a preceptos análogos de otras Directivas de contratación pública distintas de las dos antes citadas, es extrapolable al asunto de autos, como a continuación explicaré.

7 El Gobierno búlgaro afirma (apartado 9 de sus observaciones) que la tecnología y los materiales empleados para los documentos de identidad requieren o contienen informaciones clasificadas, por lo que se encuadran entre los «equipos sensibles» a los que alude el artículo 2, letras b) y c), de la Directiva 2009/81.

8 A tenor del auto de reenvío (apartado 22), el poder adjudicador «ha adoptado su decisión y ha anunciado un único contrato de conformidad con la Directiva 2009/81» ateniéndose a su considerando vigésimo cuarto, en vez de hacer uso de la posibilidad abierta por el considerando décimo tercero de la Directiva 2014/24. Con arreglo al artículo 16, apartado 2, letra b), de esta última, en los supuestos de contratos mixtos, «cuando una prestación de un contrato determinado esté regulada por la Directiva 2009/81/CE, el contrato podrá adjudicarse con arreglo a dicha Directiva, siempre que la adjudicación de un único contrato se justifique por razones objetivas».

9 Apartado 22 del auto de reenvío.

10 Las referencias normativas a las ofertas anormalmente bajas han sido, y son, una constante en el derecho de la Unión sobre la contratación pública, a partir 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 1971, L 185, p. 1), artículo 29, apartado 5. Se encontraba en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977 L 13, p. 1), artículo 25, apartado 5; en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO 1992, L 209, p. 1), artículo 37; en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1993, L 199, p. 12), artículo 27; en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 199, p. 54), artículo 30, apartado 4; y en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1993, L 199, p. 84), artículo 34. Esas formulaciones se han repetido en las sucesivas generaciones de esta legislación, como la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1), artículo 57; 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 (DO 2004, L 134, p. 114), artículo 55; y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243), artículo 84.

26. Por razón de su contenido, las preguntas del tribunal de reenvío pueden agruparse en dos bloques:

– Con las tres primeras, se trata de determinar si el poder adjudicador está obligado a verificar la existencia de ofertas anormalmente bajas y, en su caso, en qué condiciones y con qué alcance.

– Las preguntas cuarta y quinta versan sobre la motivación que ha de efectuar el poder adjudicador acerca de la falta de concurrencia de una oferta anormalmente baja y sobre el control jurisdiccional de esa apreciación.

B. Obligación de verificar la existencia de ofertas anormalmente bajas (preguntas prejudiciales primera, segunda y tercera)

27. En palabras del tribunal de reenvío, el litigio se circunscribe únicamente a la competencia que el legislador nacional ha ejercitado al regular, en el artículo 72, apartado 1, de la Ley de contratación pública, el criterio para apreciar las ofertas anormalmente bajas. [11]

28. Si entiendo bien la argumentación del tribunal de reenvío, de su interpretación del precepto nacional parece inferirse que el *único* criterio para calificar a una oferta de «anormalmente baja» es que sea inferior en un 20 % a la media de las presentadas por los demás licitadores. Si ese criterio resultara inaplicable, porque solo concurren dos ofertas, el poder adjudicador no podría apreciar la anormalidad de cualquiera de ellas. [12]

29. Antes de afrontar si la disposición nacional interpretada en estos términos [13] se atiene a las Directivas 2009/81 y 2014/24 (en especial, al artículo 49 de la primera y al artículo 69 de la segunda), recordaré que:

– El artículo 49 de la Directiva 2009/81 impone al poder adjudicador el deber de vigilar y verificar la seriedad de las ofertas. Si considera que alguna de ellas es anormalmente baja con relación a la prestación, solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

– A tenor del artículo 69 de la Directiva 2014/24, los poderes adjudicadores «exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate».

[11] Apartado 23 de auto de reenvío. El tribunal *a quo*, una vez transcrito ese precepto, sostiene que el criterio de considerar anormal la oferta inferior en más de un 20 % a la media de las de los demás licitadores, «exige implícitamente que al menos se presenten tres ofertas, de modo que la valoración de cada una se lleve a cabo en función de la media de las otras dos».

[12] El Gobierno búlgaro (apartado 34 de sus observaciones) es del mismo parecer: cuando solo hay dos ofertas, falta el criterio objetivo de identificación para calificarlas de anormalmente bajas, de manera que al poder adjudicador le resulta imposible sospechar que una de ellas reviste ese carácter.

[13] Aunque la interpretación del derecho nacional corresponde, lógicamente, al tribunal de reenvío, podría discutirse si, en realidad, la normativa búlgara contempla como un mero indicio, no exclusivo, de anormalidad la comparación del precio de una oferta con el valor medio de las restantes. Desde esta óptica, el poder adjudicador podría emplear otros criterios subsidiarios que, aun cuando no estén explicitados en aquella normativa, le permitan vislumbrar la anomalía de una oferta en sí misma.

30. La lectura de esos preceptos ha de hacerse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como antes he avanzado, pues en ellos el legislador de la Unión no ha definido la noción de oferta anormalmente baja, ni contemplado un método específico para calcular un umbral de *anormalidad*.[14] De ahí, insisto, la relevancia de la interpretación jurisprudencial, que ha tenido a lo largo del tiempo una continuidad notable en esta materia.[15]

31. El Tribunal de Justicia declaró:

– A propósito de la Directiva 92/50, que «corresponde a los Estados miembros y, en particular, a las entidades adjudicadoras determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una "oferta anormalmente baja" […]».[16]

– A propósito de la Directiva 93/37, que el poder adjudicador no puede sustraerse a la obligación de «identificar las ofertas sospechosas» y, de ser así, acudir al correspondiente procedimiento (contradictorio) de verificación.[17]

– A propósito de la Directiva 2004/18,[18] que «[…] el legislador de la Unión ha querido *obligar al poder adjudicador a verificar* la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias».[19]

32. En lo que atañe al artículo 69 de la Directiva 2014/24, el Tribunal de Justicia ha confirmado que:

– Cuando una oferta parezca anormalmente baja, los poderes adjudicadores *exigirán* al licitador que explique el precio o los costes que en ella se propongan, explicaciones que podrán referirse, en particular, a los elementos contemplados en el apartado 2 de ese mismo artículo.[20]

– El poder adjudicador deberá evaluar la información proporcionada consultando al licitador y solo podrá rechazar tal oferta si los documentos aportados no explican satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.[21]

33. En definitiva, la normativa de la Unión impone en todo caso a los poderes adjudicadores la obligación de verificar si cualquiera de las licitaciones presentadas aparece *prima facie* como anormalmente baja.

[14] Así lo subraya la Comisión en sus *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la Unión Europea*, Comunicación de 24 de julio de 2019, C(2019) 5494 final, apartado 2.1.

[15] Esa continuidad se percibe, en especial, en las sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256; en lo sucesivo, «sentencia Fratelli Costanzo»); de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani (C-285/99 y C-286/99, EU:C:2001:640; en lo sucesivo, «sentencia Lombardini y Mantovani»); de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191); de 18 de diciembre de 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); de 19 de octubre de 2017, Agriconsulting Europe/Commission, (C-198/16 P, EU:C:2017:784); y de 10 de septiembre de 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; en lo sucesivo, «sentencia Tax-Fin-Lex»).

[16] Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Data Medical Service, (C-568/13, EU:C:2014:2466), apartado 49.

[17] Sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 55.

[18] Cuyo artículo 55, apartado 1, corresponde al artículo 49, apartado 1, de la Directiva 2009/81.

[19] Sentencia 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartado 28. Sin cursiva en el original.

[20] Sentencia Tax-Fin-Lex, apartado 32.

[21] *Ibidem*, apartado 33.

34. Es irrelevante, a estos efectos, que sea imposible «aplicar un criterio establecido por la legislación nacional para valorar una oferta anormalmente baja» y que no se haya dado a conocer, previamente, otro criterio elegido por el poder adjudicador. Este último, repito, no puede dejar de verificar si la oferta (todas las ofertas) es sospechosa de temeridad.

35. También es irrelevante que al procedimiento de adjudicación hayan acudido solo dos candidatos: cada una de esas dos ofertas habrá de someterse al escrutinio del poder adjudicador, que evaluará su carácter eventualmente sospechoso.

36. En principio, como ya he explicado, compete a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una «oferta anormalmente baja». El derecho de la Unión brinda, en cualquier caso, pautas para especificar el objeto de las precisiones exigibles a quien presente una oferta sospechosa. [22]

37. El Gobierno búlgaro sostiene que la detección de ofertas anormalmente bajas solo puede basarse en cálculos aritméticos, como el acogido en la normativa nacional. A su juicio, esa solución garantiza una objetividad que no puede asegurarse si la identificación de ofertas sospechosas descansa en la apreciación subjetiva del poder adjudicador. [23]

38. No comparto ese argumento. El poder adjudicador ha de identificar las ofertas aparentemente sospechosas (sujetas, por eso, al procedimiento de verificación contradictorio) a la luz del conjunto de las características del objeto de la licitación. El contraste con el resto de las ofertas concurrentes, por más que sea útil en ciertos casos para detectar alguna anomalía, no puede erigirse en el *único* criterio que emplee el poder adjudicador. El examen de todos sus elementos, en sí mismos considerados, le permitirá discernir si, pese a las apariencias y a su alejamiento de los precios de otros candidatos a la licitación, [24] la oferta sospechosa es suficientemente seria.

39. Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la utilización de un mero criterio matemático puede ser contraria al desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de la contratación pública. Así ocurría en los asuntos resueltos por las sentencias Fratelli Costanzo y Lombardini y Mantovani:

– En el primero, la norma italiana consideraba anormales, y excluía de la licitación, las «ofertas que contengan una reducción de un porcentaje superior a la media de los porcentajes de las ofertas admitidas, aumentado en un porcentaje que deberá indicarse en el anuncio de licitación». A tenor de este último, se excluían automáticamente las ofertas que no superaran en un 9,48 %, como mínimo, el importe estimado. [25]

– En el segundo, el porcentaje que determinaba la obligación de la entidad adjudicadora de someter al procedimiento de verificación la oferta anómala se fijaba en una «medida igual a la

[22] De acuerdo con el artículo 49 de la Directiva 2009/81, tales precisiones pueden referirse a: 1) la organización de los procedimientos de construcción y fabricación de los productos o la prestación de servicios; 2) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de las que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios; 3) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos; 4) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación; 5) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador. Son sustancialmente idénticos los términos del artículo 69 de la Directiva 2014/24.

[23] Apartado 18 del escrito de observaciones del Gobierno búlgaro.

[24] En la sentencia Tax-Fin-Lex, el Tribunal de Justicia no ha descartado que, en determinadas circunstancias, incluso una oferta a precio cero pueda ser admisible (es decir, no anormalmente baja), por mucha que sea su diferencia con el resto de las presentadas.

[25] Sentencia Fratelli Costanzo, apartados 6 a 10.

media aritmética de las bajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen dicha media». [26]

40. Pues bien, el Tribunal de Justicia declaró que «un criterio matemático, en virtud del cual se consideren anormalmente bajas, excluyéndose, por lo tanto, del procedimiento de adjudicación, aquellas ofertas inferiores en un 10 % al aumento medio, en relación con el importe estimado del proyecto, del conjunto de ofertas admitidas, priva a aquellos licitadores que hayan presentado ofertas particularmente bajas de la posibilidad de probar la seriedad de las mismas, de manera que la aplicación de semejante criterio es contraria al objetivo de la Directiva 71/305, que es favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos». [27]

41. A partir de estas premisas, puede deducirse que no se atiene al derecho de la Unión una norma nacional en cuya virtud el *único* criterio para evaluar si una oferta es anormalmente baja es que su importe sea inferior en un 20 % a la media de las presentadas por los demás licitadores.

42. La obligación de verificar la seriedad de *todas* las ofertas concurrentes tiene por objeto garantizar el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, conforme a los que debe llevarse a cabo la adjudicación de los contratos públicos. [28]

43. Este objetivo se vería perjudicado si las normativas nacionales constriñeran a parámetros meramente porcentuales (en relación con el resto de las concurrentes) los supuestos en los que una oferta puede merecer la calificación de «anormalmente baja», desplazando con ello lo dispuesto en los artículos 49 de la Directiva 2009/81 y 69 de la Directiva 2014/24.

C. Motivación y control judicial de la apreciación del poder adjudicador acerca de la eventual concurrencia de una oferta anormalmente baja (preguntas prejudiciales cuarta y quinta)

44. El artículo 55, apartado 2, de la Directiva 2009/81 proclama el derecho a recurrir las decisiones adoptadas por el poder adjudicador. [29] El precepto se alinea con el régimen de la Directiva 89/665/CE [30] y, como destaca la Comisión, garantiza el respeto de los derechos enunciados en el artículo 47 de la Carta. [31]

[26] Sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 8.

[27] Sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 47, con cita de la sentencia Fratelli Costanzo, apartado 18. En esta última se afirma que las disposiciones de la Unión en materia de contratación pública como las que aquí nos ocupan producen, por su contenido, incondicionalidad y precisión, un efecto directo.

[28] En cuanto la Directiva 2009/81, así lo refleja su considerando sexagésimo noveno.

[29] «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades o poderes contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, […] cuando dichas decisiones hayan violado el derecho [de la Unión] en materia de formalización de contratos o las normas nacionales de transposición del citado derecho».

[30] Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33). El artículo 55, apartado 2, de la Directiva 2009/81 reproduce el tenor del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665, permitiendo la aplicación, por analogía, de las sentencias del Tribunal de Justicia sobre esta última.

[31] La Comisión evoca el considerando trigésimo sexto de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO 2007, L 335, p. 31). Con arreglo a ese considerando, se «pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta».

45. Con carácter general, y de acuerdo con el artículo 55, apartado 4, de la Directiva 2009/81, los Estados miembros están obligados a ofrecer «acceso a procedimientos de recurso, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

46. En relación con las ofertas anormalmente bajas, la respuesta a este segundo bloque de preguntas debe hacerse desde una doble perspectiva:

– En primer lugar, en función del carácter expreso o implícito de la decisión del poder adjudicador acerca de la seriedad de alguna de las ofertas concurrentes.

– En segundo lugar, en función del control jurisdiccional de la apreciación del poder adjudicador.

1. Carácter (y eventual motivación) de la decisión del poder adjudicador

47. Al aludir a las ofertas anormalmente bajas, el artículo 49 de la Directiva 2009/81 no impone al poder adjudicador la obligación indiscriminada de *pronunciarse de modo expreso* sobre esa cualidad de la correspondiente oferta.

48. Esa obligación se establece, por el contrario, si, «respecto de un contrato determinado», el poder adjudicador considera que «alguna oferta» parece «anormalmente baja con relación a la prestación».

49. Como antes he señalado, la obligación que «incumbe a la entidad adjudicadora, en primer lugar, [es la de] identificar las ofertas sospechosas»,[32] a la luz del conjunto de las características del objeto de la licitación y, en su caso, de la relación de cada una de ellas con las restantes.

50. Si el poder adjudicador juzga que ninguna de las ofertas, así valoradas, resulta anormalmente baja, no está obligado a realizar una declaración *ad hoc* al respecto. Coincido en este extremo con Mühlbauer y con el Gobierno francés: la mera aceptación de una oferta por el poder adjudicador revela, de manera implícita, su convicción de que no resulta anormalmente baja.

51. Un pronunciamiento *ad hoc* solo es imprescindible cuando, advertida la posibilidad de que una oferta resulte anormalmente baja, el poder adjudicador haya otorgado a su autor (con arreglo al artículo 49, apartado 1, de la Directiva 2009/81) la posibilidad de demostrar su seriedad, exigiéndole las precisiones que considere oportunas.

52. Finalizado ese trámite contradictorio, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el poder adjudicador habrá de dilucidar «la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados», para adoptar la «decisión de admitir o rechazar las […] ofertas» inicialmente sospechosas.[33] Decisión que, lógicamente, debe estar suficientemente motivada.

[32] Sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 55.

[33] Sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 55.

53. Así pues, ante la sospecha sobre el carácter anormalmente bajo de una oferta, y tras el correspondiente procedimiento contradictorio de verificación, el poder adjudicador ha de *decidir* si admite o rechaza tal oferta. Al actuar de esta manera, para respetar los derechos del afectado, su decisión se ha de plasmar en una resolución motivada. [34]

54. Así resulta del artículo 35 de la Directiva 2009/81, en cuya virtud el poder adjudicador habrá de informar «cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de un contrato».

55. Por el contrario, si el poder adjudicador considera *prima facie* que ninguna de las ofertas pudiera ser anormalmente baja, no se tramitará el procedimiento de verificación contradictorio ni habrá una decisión explícita a ese respecto.

56. En esa tesitura, la resolución que ponga fin al procedimiento de adjudicación comportará, implícitamente, la decisión de no reputar anormalmente baja ninguna de las ofertas presentadas. Decisión, esta última, cuya motivación no es otra que la inexistencia de indicios que hubieran hecho necesario el examen, en concreto, de una oferta sospechosa.

2. Control judicial de la decisión sobre el carácter anormalmente bajo de una oferta

57. Para discernir cómo se realiza el inexcusable control judicial de la decisión del poder adjudicador han de distinguirse las dos hipótesis antes enunciadas: o bien el poder adjudicador se ha pronunciado de modo explícito sobre las sospechas que haya suscitado una oferta determinada, o bien lo ha efectuado, de modo implícito, al resolver finalmente el procedimiento de contratación sin mostrar ninguna duda sobre la seriedad de esa, u otras, ofertas.

58. Aun cuando la directamente aplicable sea la Directiva 2009/81, me referiré a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 89/665, [35] pues, como ya he avanzado, aquella Directiva contiene un régimen similar al de esta en cuanto a la interposición de los recursos.

59. El control al que alude la cláusula general del artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 89/665 abarca a todas las decisiones del poder adjudicador que apliquen el derecho de la Unión en esta materia. [36]

[34] Como ha recordado el Tribunal de Justicia en el auto de 14 de febrero de 2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118), apartado 33, según jurisprudencia reiterada, «la efectividad del control jurisdiccional garantizado por el artículo 47 de la Carta exige que el interesado pueda conocer los motivos de la resolución adoptada con respecto a él, bien mediante la lectura de la propia decisión, bien en una comunicación posterior efectuada a petición del interesado, para que este pueda defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y decida con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente, así como para poner a este último en condiciones de ejercer plenamente el control de la legalidad de la resolución nacional de que se trata».

[35] Las reflexiones de los puntos siguientes (del 59 al 64) incorporan las que expuse en las conclusiones del asunto Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros (C-391/15, EU:C:2017:268; en lo sucesivo, «sentencia Marina de Mediterráneo»), apartado 26: «el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos "en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos", que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva».

60. Entre esas decisiones del poder adjudicador susceptibles de revisión se hallan, lógicamente, las que resuelvan la adjudicación del contrato eligiendo una de las ofertas, pero también otras de distinto carácter que incidan en la situación jurídica de los afectados. [37]

61. La Directiva 89/665 no ha «determinado formalmente el momento a partir del cual existe la posibilidad de recurso prevista en su artículo 1, apartado 1». [38] Lo que el Tribunal de Justicia impone es que se garantice que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan recurrirse de manera eficaz y lo más rápidamente posible. [39]

62. El legislador de la Unión ha confiado a los Estados miembros la función de precisar las «modalidades detalladas» de los procedimientos de recurso contra las decisiones de los poderes adjudicadores (artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665). [40]

63. Los Estados miembros pueden, pues, en principio, regular los recursos contra las decisiones del poder adjudicador previendo su interposición tanto de modo concentrado como separado (de la impugnación principal). La Directiva 89/665 ni impone ni excluye ninguno de ambos mecanismos.

64. Si los Estados miembros, en uso de su autonomía procesal, se decantan por la impugnación concentrada, habrán de hacerlo sin contravenir los propósitos de la Directiva 89/665 en cuanto a la eficacia y la rapidez imprescindibles. Deberán, además, tomar en consideración:

– Que la Directiva «no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase». [41]

– Que, en función de sus características, una normativa nacional que «obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665». [42]

65. No hay que olvidar, empero, que la salvaguarda del principio de seguridad jurídica «se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello al poder adjudicador a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones». [43]

66. La doctrina de esta última sentencia enlaza con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el contexto del recurso de anulación previsto en el artículo 263 TFUE.

[37] *Ibidem*, apartado 27. El Tribunal de Justicia sostiene, pues, una «acepción amplia del concepto de "decisión" de un poder adjudicador [que] viene confirmada por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere».

[38] *Ibidem*, apartado 31.

[39] Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, EU:C:2002:746), apartado 74.

[40] Sentencia Marina del Mediterráneo, apartado 32: «A falta de normativa de la Unión que determine el momento a partir del cual debe existir la posibilidad de interponer recurso, corresponde al derecho nacional, según reiterada jurisprudencia, configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los justiciables», con las limitaciones inherentes a los principios de efectividad y equivalencia.

[41] *Ibidem*, apartado 31.

[42] *Ibidem*, apartado 34.

[43] Sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 51, con cita de jurisprudencia. El principio de seguridad no puede desligarse, sin embargo, de la exigencia de efectividad de las Directivas en materia de contratación pública.

67. Como ha recordado el Gobierno francés, solo constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios susceptibles de afectar a los intereses del demandante, modificando sustancialmente su situación jurídica. [44]

68. Tratándose de actos o decisiones cuya elaboración tiene lugar en diferentes fases, son impugnables las medidas que fijan definitivamente la postura del órgano decisor «al finalizar un procedimiento administrativo y que tienden a producir efectos jurídicos obligatorios […], con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva […]». [45]

69. Para el Tribunal de Justicia, a los efectos del artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 89/665, el concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» ha de interpretarse en sentido amplio, pues el tenor de dicho precepto –que «se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción y no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere»– «implica que toda decisión de un poder adjudicador a [la] que se apliquen las normas de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional». [46]

70. Esa interpretación de las decisiones susceptibles de recurso ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar como tal aquella por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. [47]

71. Sin embargo, la *generosidad* de esa interpretación [48] se ha ceñido en todo caso a resoluciones positivas, *efectivamente adoptadas* por el poder adjudicador. Es decir, decisiones que comportan un acto de voluntad con el que el poder adjudicador asume una posición, cuando una norma le obliga a decidir.

72. Es preciso distinguir, como ya he avanzado, entre:

– Decisiones en las que el poder adjudicador se pronuncia explícitamente sobre las sospechas que haya podido suscitar una oferta determinada, poniendo fin a un procedimiento contradictorio de verificación para dilucidar si es o no anormalmente baja. A mi juicio, esa decisión afecta, en cualquiera de sus dos posibles variables, a los intereses de los licitadores, en particular, de aquel cuya oferta se descarte por su carácter anormalmente bajo. La modificación de su situación en el concurso, unida a la autonomía del procedimiento en el que el poder adjudicador se ha

44 Así, por muchas, la sentencia de 26 de enero de 2010, Internationaler Hilfsfonds/Comisión (C-362/08 P, EU:C:2010:40), apartado 51.

45 Por todas, la sentencia de 17 de julio de 2008, Athinaïki Techniki/Comisión (C-521/06 P, EU:C:2008:422), apartado 42.

46 Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), apartado 105.

47 *Ibidem*, apartado 106, con cita de la sentencia Marina del Mediterráneo, apartado 28. Se considera igualmente impugnable «[…] la decisión por la que un poder adjudicador deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial transmitida por un candidato o un licitador».

48 Aunque, a primera vista, pudiera parecer lo contrario, no creo que esa interpretación tan abierta resulte incoherente con la jurisprudencia que, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye que los licitadores aleguen en cualquier momento las infracciones de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Ambas líneas de jurisprudencia confluyen en un ejercicio de ponderación entre la seguridad jurídica, por un lado, y el control judicial de la legalidad, por otro. Se trata de lograr un punto de equilibrio con el criterio de la relativa autonomía, en cuanto a su contenido, de las sucesivas decisiones del poder adjudicador. Así, por ejemplo, se ha descartado la posibilidad de recurso contra «las actuaciones que constituyan un mero estudio preliminar del mercado o que sean puramente preparatorias y formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público», según afirma la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), apartado 35. Siendo todos los actos del procedimiento *preparatorios* de la adjudicación final, no todos ellos ofrecen la misma *densidad* de contenido, reservándose la impugnabilidad para aquellos que comportan un grado de decisión suficiente como para conferirles una cierta autonomía.

pronunciado, abogan por calificar ese pronunciamiento como una decisión definitiva y susceptible de un control judicial desde el momento en que se adopte.

– Decisiones implícitas del poder adjudicador que, ante la ausencia de dudas sobre la seriedad de las ofertas, se integran en el acuerdo de adjudicación del contrato. Su impugnación judicial deberá sustanciarse mediante el correspondiente recurso contra este acuerdo final.

73. En lo que importa a este litigio, de las informaciones disponibles se deduce que el poder adjudicador no tuvo dudas que le indujesen a sospechar del carácter anormalmente bajo de ninguna oferta. Por eso, no se vio obligado a incoar el correspondiente procedimiento de verificación.

74. Al actuar así, el poder adjudicador no adoptó ninguna *decisión* contra la que la Directiva 2009/81 contemple la posibilidad de recurso de modo separado y en aquel momento. El artículo 49 de esa Directiva, insisto, no obligaba al poder adjudicador a decidir de modo expreso sobre el carácter anormalmente bajo de todas las ofertas, sino solo a seguir un determinado procedimiento antes de rechazar la que «considerase» anormalmente baja.

75. Aquel artículo y, paralelamente, el artículo 69 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 47 de la Carta, implican solo, como sostiene el Gobierno francés, que, con motivo del recurso contra la adjudicación del contrato, el licitador no elegido podrá impugnarla invocando el carácter anormalmente bajo de la oferta seleccionada. [49]

V. Conclusión

76. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, Bulgaria) en estos términos:

«1) Los artículos 38 y 49 de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que los poderes adjudicadores están obligados a comprobar, en todo caso, la eventual concurrencia de ofertas anormalmente bajas. Es irrelevante, a estos efectos, el número de ofertas presentadas o que no sea posible aplicar los criterios establecidos por la legislación nacional al respecto, en cuyo caso los poderes adjudicadores habrán de atenerse, en razón de su efecto directo, al artículo 49 de la Directiva 2009/81/CE.

2) El artículo 55, apartado 2, de la Directiva 2009/81/CE, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el poder adjudicador no tenga motivos para incoar un procedimiento de verificación de la seriedad de una oferta, su apreciación podrá ser objeto de control judicial en el marco del recurso contra la decisión de adjudicación final del contrato».

[49] Según el auto de reenvío, así ocurrió en este caso, pues Veridos pudo recurrir la adjudicación del contrato invocando el carácter anormalmente bajo de la oferta de Mühlbauer.