CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 12 de septiembre de 1995 *

A. Introducción

1. El presente procedimiento por incumplimiento tiene por objeto apreciar la validez de la adjudicación de un contrato público de suministro de autobuses para el transporte público comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 90/531/CEE [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

2. El litigio se basa en los hechos siguientes. La Société régionale wallone du transport (en lo sucesivo, «SRWT»), mediante la publicación de una convocatoria de licitación en el suplemento del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 22 de abril de 1993, [2] inició un procedimiento de contratación pública relativo a la formalización de un contrato para suministrar un total de 307 autobuses estándar. Dicho contrato, de un importe estimado en 2.022.918.000 BFR (sin IVA), y repartido en ocho lotes, debía ejecutarse durante un período de tres años.

3. El 7 de junio de 1993, que era al mismo tiempo la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas y la fecha de la apertura de plicas, cinco empresas habían presentado ofertas: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruselas), Berkhof (Roeselaere) y Jonckheere (Roeselaere).

4. Durante los meses de junio y julio, la SRWT procedió a examinar las ofertas. Una nota de 24 de agosto de 1993, redactada para la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993, recomendó adjudicar el lote nº 1 a Jonckheere y los lotes nºs 2 a 6 a Van Hool.

5. Los días 3, 23 y 24 de agosto de 1993, EMI comunicó a la entidad contratante tres notas complementarias en las que comentaba determinados extremos de su oferta, en particular, el consumo de combustible y la frecuencia de sustitución de los motores y cajas de cambios.

6. Tras examinar estas tres notas complementarias, el servicio técnico de la entidad contratante redactó una nota no firmada, de fecha 31 de agosto de 1993, en la que consideraba que dichas notas constituían modificaciones de la oferta inicial y que, por tanto,

* Lengua original: alemán.

1 — Directiva del Consejo de 17 de septiembre de 1990 relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1).

2 — DO S 78, p. 76.

no podían tomarse en consideración. Por consiguiente, la nota mantenía la propuesta que se hizo para la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993.

7. En la reunión de 2 de septiembre de 1993, el Consejo de Administración estimó que no disponía de suficientes informaciones para poder adoptar una decisión definitiva. En particular, se cuestionaba hasta qué punto era jurídicamente admisible tomar en consideración el contenido de las tres notas complementarias. Por tanto, decidió requerir el dictamen jurídico del Ministro de Transportes valón sabiendo que en su gabinete trabajaba un conocido especialista en materia de contratos públicos.

8. El Ministro de Transportes valón respondió a la solicitud de dictamen en un escrito de 14 de septiembre de 1993. Según éste, el hecho de tomar en consideración en la apreciación las notas complementarias no suscitaba ningún problema jurídico en relación con la mayor parte de los extremos. Así pues, en conclusión, el escrito pedía al Consejo de Administración que procediera a un nuevo examen, teniendo en cuenta las observaciones hechas por el Ministro de Transportes.

9. El 28 de septiembre de 1993, la SRWT solicitó a EMI que le confirmara los consumos de combustible indicados en la nota de 24 de agosto, así como la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios mencionada en la nota de 23 de agosto. EMI confirmó dichos extremos mediante carta de 29 de septiembre de 1993.

10. Una nueva nota, que tenía por objeto comparar las ofertas para la reunión del Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993, tuvo en cuenta las indicaciones complementarias de EMI. La propuesta que en ella se hacía era que se adjudicara el lote nº 1 a Jonckheere y los lotes nºs 2 a 6 a EMI.

11. El 6 de octubre de 1993, el Consejo de Administración de la SRWT se adhirió a la propuesta. Decidió adjudicar el contrato relativo al lote nº 1 (37 vehículos) a Jonckheere, y los lotes nºs 2 a 6 (278 vehículos) a EMI. El pedido de 30 autobuses adicionales se pospuso a 1996.

12. El mismo día, Van Hool inició ante el Conseil d'Etat de Bélgica un procedimiento de extrema urgencia con el objeto de que se suspendiera la decisión. La demanda fue desestimada mediante sentencia de 17 de noviembre de 1993.

13. Van Hool formuló igualmente una denuncia ante la Comisión de las Comunidades Europeas, la cual dirigió al Gobierno belga el 30 de noviembre de 1993 un escrito de requerimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CE. En su respuesta de 15 de diciembre de 1993, el Gobierno belga

mantuvo que no había habido incumplimiento. En consecuencia el 8 de febrero de 1994, la Comisión dirigió un dictamen motivado al Gobierno belga pidiéndole que interviniera ante las autoridades competentes con el fin de suspender los efectos jurídicos del contrato celebrado entre la SRWT y EMI. La Comisión estimó que la respuesta del Gobierno belga no podía neutralizar el incumplimiento alegado. Por consiguiente, interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia el 11 de marzo de 1994. El mismo día, la Comisión presentó una demanda de medidas provisionales con el objeto de que la decisión de adjudicación adoptada por la SRWT el 6 de octubre de 1993, por una parte, y los vínculos contractuales establecidos entre la SRWT y la empresa adjudicataria del contrato, por otra, se suspendieran hasta que se dictara una sentencia definitiva. Mediante auto de 22 de abril de 1994, la solicitud de medidas provisionales fue desestimada.

14. El 17 de mayo de 1995, el Juez Ponente, el Abogado General y las partes, en el marco del presente procedimiento ante el Tribunal de Justicia, participaron en una reunión informal para discutir el alcance del litigio y, en su caso, la necesidad de ordenar diligencias de prueba.

15. En su demanda, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, así como el principio de igualdad de trato en el que se basa toda regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos,

   — al tomar en consideración, en el marco de un contrato público convocado por la «Société régionale wallonne du transport», las modificaciones introducidas en una de las ofertas una vez abiertas éstas,

   — al admitir en el procedimiento de adjudicación a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de cláusulas administrativas,

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

2) Condene en costas al Reino de Bélgica.

16. El Reino de Bélgica solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime el recurso.

2) Condene en costas a la Comisión, incluidas las del procedimiento de medidas provisionales.

17. Tras los debates de la reunión informal de 17 de mayo de 1995, la Comisión desistió de su segundo motivo, según el cual la entidad adjudicadora admitió a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de cláusulas administrativas. La Comisión comunicó dicho desistimiento mediante escrito de 9 de junio de 1995 y lo confirmó nuevamente durante la fase oral. Por consiguiente, quedan dos motivos, a saber, por una parte, que la entidad contratante tomó en consideración modificaciones introducidas en la oferta con posterioridad a la apertura de plicas y, por otra parte, que aceptó una oferta teniendo en cuenta criterios de adjudicación distintos a los indicados en el pliego de cláusulas administrativas. Cada motivo puede subdividirse en dos partes, que servirán también de base al análisis siguiente.

B. Análisis

I. *Cuestiones preliminares*

18. Procede adaptar las pretensiones a los cambios que afectan a la situación inicial. Por tanto, dicha situación se presenta del modo siguiente.

La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

Declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE, así como el principio de igualdad de trato en el que se basa toda regulación de los procedimientos de formalización de contratos públicos, en la medida en que, en el marco de un contrato público convocado por la «Société régionale walonne du transport»,

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

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

a) Ambito de aplicación de la Directiva

19. El apartado 1 del artículo 2 de la Directiva define el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva del modo siguiente:

«La presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que:

a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2;

b) sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2, o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio;

d) [...]»

El apartado 2 del artículo 2 define el ámbito de aplicación material de la Directiva y su pasaje determinante para el presente litigio dice así:

«Las actividades que se incluyen en el ámbito de aplicación de la presente Directiva son las siguientes:

a) [...]

b) [...]

c) la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

20. No se discute que la SRWT es una empresa pública que tiene por objeto prestar un servicio público en el sector del transporte por autobús. En su calidad de entidad contratante, la SRWT está, por consiguiente, comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Así, solamente podría suscitar dudas respecto a esta afirmación el hecho de que la SRWT no figure en el Anexo VII de la Directiva, que contiene una lista de las «entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses».

21. La Comisión expuso de manera convincente que la lista era sólo declarativa. Las modificaciones de hecho suponen un riesgo constante de divergencias entre el contenido de la lista y la realidad. Por tanto, estima que sólo el artículo 2 de la Directiva es, en definitiva, determinante.

22. Las disposiciones de la Directiva relativas a la elaboración de los Anexos I a X apoyan esta tesis. Así, por ejemplo, el apartado 6 del artículo 2 dice:

«Las entidades contratantes enumeradas en los Anexos I a X deberán responder a los criterios enunciados anteriormente. Con el fin de garantizar que las listas sean *lo más completas posible,* [3] los Estados miembros notificarán a la Comisión las modificaciones que se produzcan en sus listas. La Comisión revisará los Anexos I a X con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 32.»

A continuación, el artículo 32 establece:

«Los Anexos I a X se revisarán con arreglo al procedimiento previsto en los apartados 3 a 7, *a fin de respetar los criterios del artículo 2.*» [4]

Por consiguiente, hay que considerar que el ámbito de aplicación de la Directiva es abierto.

b) Situación interna

23. Durante el procedimiento, el Gobierno belga ha objetado que se trata de una situación puramente interna a la que no se puede aplicar el Derecho comunitario. En la adjudicación de un contrato por una empresa pública belga sólo compiten empresas belgas.

24. En primer lugar, hay que responder a esta objeción que la normativa comunitaria es de aplicación general tras su entrada en vigor. Por otra parte, es perfectamente posible que empresas de otros Estados miembros se vean afectadas por la adjudicación del contrato. Si nos limitamos únicamente a las empresas envueltas en el litigio, a saber, EMI y Van Hool, está claro que la adjudicación del contrato produce efectos internacionales concretos. Por ejemplo, Renault, una empresa francesa, fabrica y proporciona los motores que equipan los vehículos de EMI.

c) Sobre la elección del procedimiento de formalización del contrato

25. Durante el procedimiento, el Gobierno belga ha mantenido que la entidad contratante no estaba obligada a adjudicar el contrato mediante un procedimiento abierto y que su comportamiento hubiera sido igualmente conforme con la Directiva si hubiera

3 — El subrayado es mío.
4 — El subrayado es mío.

elegido un procedimiento negociado. Este argumento se propone confirmar la legalidad de posibles negociaciones mantenidas con un licitador.

26. En el apartado 1 del artículo 15 de la Directiva, bajo el Título III «Procedimientos de formalización de contratos», se indica que:

«Las entidades contratantes podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos en el apartado 6 del artículo 1 siempre que [...] se haya efectuado una convocatoria de licitación [...]

Con arreglo al apartado 6 del artículo 1 se entenderá, a efectos de la presente Directiva, por "procedimientos abiertos, restringidos o negociados", los procedimientos de formalización que las entidades contratantes aplican y en virtud de los cuales:

a) en el caso del procedimiento abierto, cualquier suministrador o contratista interesado puede presentar ofertas;

b) en el caso del procedimiento restringido, sólo pueden presentar ofertas los candidatos invitados por las entidades contratantes;

c) en el caso del procedimiento negociado, la entidad contratante consulta con los suministradores o los contratistas de su elección y negocia las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.»

27. Hay que admitir, con el Gobierno belga, que la entidad contratante podía optar por el procedimiento que quisiera entre los que se han descrito. Pero tras optar por uno de ellos, tenía la obligación de observar las normas a él aplicables hasta adjudicar definitivamente el contrato. En sí, la normativa comunitaria tiene por objeto, para cada uno de los tres tipos de procedimiento, determinar una competencia que se extienda al conjunto de la Comunidad. Este objetivo exige el respeto incondicional de la prohibición de discriminación —volveré más tarde sobre este extremo. Las disposiciones en materia de publicación, por ejemplo, aplicables a cada uno de los tipos de procedimiento, [5] constituyen un medio para alcanzar dicho objetivo. Por tanto, no cabe apartarse de las disposiciones del procedimiento una vez iniciado.

II. *Sobre el motivo de la modificación de una de las ofertas una vez abiertas éstas*

28. Este motivo es doble. Por una parte, se refiere a los datos relativos al consumo de combustible y, por otra, a la frecuencia

5 — Véanse, por ejemplo, los artículos 16 y 17 de la Directiva.

indicada de sustitución del motor y de la caja de cambios de los vehículos ofrecidos.

29. En primer lugar, hay que partir del hecho de que está prohibido modificar las ofertas después de la fecha fijada para su presentación o apertura. Esta prohibición constituye un principio elemental de los procedimientos de formalización de contratos públicos. Deriva del principio de igualdad de trato, que debe aplicarse a todos los procedimientos de formalización de contratos públicos, [6] y que además se enuncia expresamente en la Directiva. El apartado 2 del artículo 4 establece que:

«Las entidades contratantes velarán por que los suministradores o los contratistas no sean objeto de discriminación.»

30. La coordinación de los procedimientos de formalización de contratos contribuye por último al objetivo de que la competencia se extienda a toda la Comunidad y se realicen plena y enteramente la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios. [7] Este objetivo exige que se trate de la misma forma a los potenciales licitadores. La prohibición de discriminar, por tanto, se expresa [8] en varios lugares. Otro elemento que acredita la prohibición, en interés de la igualdad de trato, de aportar modificaciones *a posteriori*, se recoge en la Declaración común del Consejo y de la Comisión al artículo 15, que indica:

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

31. En este contexto, hay que examinar si un licitador introdujo *a posteriori* en su oferta modificaciones que la entidad contratante tuvo ilegalmente en cuenta.

6 — Véase la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. pp. I-3353 y ss., especialmente p. I-3395), apartado 39.

7 — Véanse los considerandos tercero, quinto y sexto de la Directiva, así como los considerandos decimoprimero, decimosegundo y decimotercero.

8 — Véanse el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, el vigesimoquinto considerando de la Directiva, y la Declaración común del Consejo y de la Comisión al artículo 15 de la Directiva.

a) Sobre el consumo de combustible de los vehículos propuestos

32. En su oferta inicial relativa a los lotes nos 2 a 6, el licitador EMI indicó un consumo de 54 l/100 km. En dicha oferta, los datos respectivos de cada lote se acompañaban de una nota en la que la empresa llamaba la atención sobre una posible reducción del consumo de combustible. Según dicha nota, el consumo indicado se basaba en los resultados de pruebas efectuadas por una empresa independiente en un vehículo aún no rodado. Con un vehículo rodado y en condiciones óptimas, cabía esperar un ahorro de combustible del 5 al 8 %.

33. En la nota de 3 de agosto de 1993, la primera de las tres notas controvertidas, la empresa señaló de nuevo que, en las condiciones indicadas, podía reducirse el consumo de carburante en un 8 %. [9] En la nota de 24 de agosto de 1993, la tercera de las notas controvertidas, calificada de «Nota explicativa», la empresa hacía referencia a controles que permitían afirmar que, en lo sucesivo, el consumo ascendería a 45 l/100 km [10] en trayecto urbano.

34. La *Comisión* estima que dichos elementos constituyen una modificación *a posteriori* de la oferta inicial. Por consiguiente, en su opinión, estos datos no hubieran debido tenerse en cuenta.

35. El *Gobierno belga* mantiene, por el contrario, que estas indicaciones se limitan a precisar las que ya se dieron en la oferta. En su opinión, la posibilidad de reducir el consumo de combustible se anunció desde el principio, y posteriormente sólo se facilitaron los resultados concretos. El hecho de precisar o de completar los datos que figuran en la oferta es conforme con la Declaración común del Consejo y de la Comisión al artículo 15 de la Directiva.

36. Estima que aunque las indicaciones posteriores no se consideraran precisiones, dichas indicaciones serían en todo caso lícitas como rectificación de un error material. Añade que, por otra parte, la Comisión admitió en otro contexto la corrección de indicaciones inexactas desfavorables para el licitador. El Gobierno belga opina que hay que aplicar criterios equivalentes cuando la corrección es favorable para aquél.

37. Por tanto, el litigio se resume, tanto en el plano terminológico como material, a la cuestión de si las indicaciones controvertidas *precisan* o *modifican* la oferta. Desde el punto de vista semántico, creo que hay que entender el término «precisar», utilizado en la Declaración común del Consejo y de la Comisión, en el sentido de comunicar detalles que permiten describir más claramente el objeto de que se trata, o definirlo con mayor exactitud. En cuanto al segundo término empleado en la Declaración común, «completar», creo que se trata de aportar indicaciones complementarias que anteriormente no estaban disponibles. Ambos términos tienen en común que no se trata de sustituir indicaciones proporcionadas anteriormente,

9 — Nota de EMI de 3 de agosto de 1993, p. 5.

10 — Esta cifra se aplica a los lotes nos 2 a 6.

sino, al contrario, de concretarlas de alguna manera.

38. Esta reflexión, según la cual ni el hecho de precisar ni el de completar tienen por efecto sustituir por datos nuevos las indicaciones anteriormente proporcionadas, se ve corroborada por la reflexión objetiva de que la posibilidad de cambiar determinados elementos perjudica potencialmente a otros licitadores.

39. En este contexto, entiendo por «precisar», por ejemplo, el supuesto de que una empresa, que haya comprobado una disminución del consumo de hasta un 8 %, se comprometa en una cifra comprendida entre tales límites y comunique el valor final en litros.

40. En la nota de 3 de agosto de 1993, al comprometerse a disminuir el consumo de combustible en un 8 %, EMI procedió exactamente de este modo. Así, por lo que se refiere al consumo, esta nota efectivamente precisa la oferta, y no la modifica.

41. Por el contrario, la cifra de 45 l/100 km, comunicada en la nota de 24 de agosto de 1993, equivale a reducir el consumo indicado en un 17,5 %. Esta disminución asciende a más del doble del margen anteriormente señalado. Estimo que, en un plano puramente terminológico, no hay que considerarla una precisión, sino, por el contrario, una modificación.

42. Según la Declaración común del Consejo y de la Comisión, la cuestión del efecto discriminatorio de las indicaciones posteriores constituye el verdadero criterio de la licitud o ilicitud de una precisión. Por tanto, estimo que es importante examinar, en relación con los demás licitadores, los efectos causados por las cifras comunicadas a finales del mes de agosto. A este respecto, hay que tener en cuenta que se previó un sistema de evaluación del consumo de combustible de los vehículos ofrecidos en el marco de los criterios de adjudicación enumerados en el pliego de cláusulas administrativas. En el marco de la evaluación de los criterios técnicos de apreciación, el punto 20.2.2.1 establece un cálculo comparativo que tiene por objeto determinar los costes de utilización. Según dicho sistema, el vehículo que tenga el consumo más elevado entre los propuestos por las ofertas admitidas tiene valor de referencia. Cuando el consumo sea inferior a dicho valor, se atribuye a los demás vehículos un importe expresado en dinero («franco ficticio»). [11]

43. Al indicar un consumo de 54,5 l/100 km, EMI se colocaba en el primer puesto para el conjunto de los lotes considerados. Por tanto, sus vehículos no podían obtener

11 — Véase el punto 20.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

ninguna bonificación. Además, dicho valor también servía como referencia para la valoración de los vehículos de los licitadores competidores. Hay que señalar que, aunque el consumo indicado de los vehículos de EMI hubiera disminuido un 8 %, la cifra obtenida, igual a 50,14 litros, habría seguido siendo la más elevada. Tampoco en dicho supuesto los vehículos habrían obtenido ninguna bonificación. Simplemente, la ventaja para los demás vehículos se habría reducido. La situación es radicalmente distinta cuando se parte de una disminución del consumo del 17,5 %, es decir, de 45 l/100 km. Con esta cifra, el consumo pasa a ser inferior al indicado por un competidor, de modo que los vehículos de EMI obtienen entonces de una ventaja en forma de bonificación.

44. La comparación de las cifras concretas [12] muestra que la bonificación del competidor directo, Van Hool, se redujo 2,5 veces para los lotes nºs 2 y 3, y hasta 2,8 veces para los lotes nºs 4, 5 y 6. Mientras que la bonificación aplicable a los lotes nºs 2 y 3 se elevaba inicialmente a menos 1.875.600, y a menos 1.750.560 para los lotes nºs 4 y 6, pasó a 750.240 para los lotes nºs 2 y 3, y a menos 625.200 para los lotes nºs 4 y 6. Al mismo tiempo, el hecho de tener en cuenta las cifras modificadas permitió a EMI obtener una bonificación de más 125.040 para todos los lotes de que se trataba.

12 — Nota para la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993, anexo 6, pp. 2 a 6, y nota para la reunión del Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993, anexo 6, pp. 2 a 6.

45. Por consiguiente, estimo que, también en relación con sus efectos sobre las ofertas de los competidores, debe considerarse que las nuevas cifras modifican las indicaciones iniciales y que la entidad contratante no debería haberlas tomado en consideración.

46. Por último, hay que examinar la alegación expuesta por el Gobierno belga, según la cual las nuevas cifras sólo rectificaban un error material. En mi opinión, los hechos bastan para rebatir dicha tesis, ya que es indiscutible que los resultados optimizados sólo podían obtenerse sobre la base de pruebas posteriores. Por tanto, las cifras sólo podían elaborarse sobre la base de hechos ocurridos después de la fecha límite. Por tanto, en mi opinión es erróneo hablar de la corrección de un error.

b) Sobre la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios de los vehículos ofrecidos

47. El anexo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares [13] establece el punto de partida para los datos relativos a la sustitución de diversas piezas de los vehículos. Constituye la base para calcular el tiempo de trabajo y los gastos de material correspondientes a la sustitución de determinadas

13 — Pliego de cláusulas administrativas particulares, Contrato 545.

piezas. En total se catalogan en él 45 apartados, para cada uno de los cuales el licitador debe indicar el número de órganos por autobús, el tiempo de desmontaje de la pieza, el tiempo de montaje y, por último, el precio de la nueva pieza de repuesto. Todas estas informaciones deben recogerse en un cuadro. Se prevé el epígrafe «Número de sustituciones previsibles de un órgano». [14] Este epígrafe fue ya cumplimentado por la entidad contratante para las 45 piezas de repuesto. En la primera línea, «Motor», hay un «2» en la columna «Número de sustituciones previsibles». A continuación se indica «Caja de cambios» en la segunda línea y, en la columna prevista, figura un «3».

48. No se discute que EMI cumplimentó correctamente el cuadro del anexo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En la nota de 23 de agosto de 1993, el licitador llama la atención sobre el hecho de que la frecuencia de sustitución indicada por la entidad contratante no corresponde a la realidad estadística de los vehículos ofrecidos. En la letra a), «dos sustituciones de motor», se lee que la experiencia adquirida con los vehículos considerados demuestra que sólo se necesitará un motor durante un período de quince años, a razón de 50.000 km al año. En la letra b), «tres sustituciones de la caja de cambios», se indica que la experiencia ha demostrado que sólo hay que prever 1,25 cajas.

49. El autor de la nota subraya a continuación que estos dos extremos sólo constituyen los apartados más importantes y que el mismo razonamiento debería aplicarse también a otras piezas de repuesto enumeradas en el anexo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Añade que la fiabilidad de los vehículos propuestos no debería llevar a penalizarlos económicamente.

50. La Comisión estima que dicha nota constituye una modificación de la oferta inicial.

51. Por el contrario, el Gobierno belga opina que la nota de 23 de agosto de 1993 simplemente llamó la atención de la entidad contratante sobre el hecho de que la frecuencia de sustitución prevista no correspondía a la realidad. El conjunto de datos que figuran en el anexo 23, como el precio unitario de la pieza de repuesto y el tiempo de montaje y de desmontaje de las piezas, permanecieron inalterados.

52. Las observaciones que figuran en la nota de 23 de agosto de 1993 se refieren a las prescripciones que la entidad contratante había fijado en el pliego de cláusulas administrativas y que los licitadores no podían cambiar. No se les exigía ninguna indicación respecto al epígrafe considerado, relativo a la frecuencia de sustitución. A este respecto, sólo puede interpretarse el contenido de la nota de 23 de agosto como una observación del licitador acerca de premisas establecidas por la entidad contratante, sobre las que en principio su oferta no podía influir. El licitador

14 — «Nombre de remplacement prévisible pour un organe».

no podía considerar que sus observaciones llevarían a modificar las prescripciones de la entidad contratante.

53. No obstante, llamar la atención de la entidad contratante sobre el hecho de que las prescripciones relativas al producto ofrecido no corresponden a la realidad y que apreciar la oferta sobre esta base implicaría necesariamente una evaluación errónea responde al interés económico legítimo del licitador. Esta observación hubiera podido igualmente insertarse en la oferta inicial, sin modificar, sin embargo, las condiciones aplicables al licitador. La reacción de la entidad contratante ante dichas observaciones debe apreciarse con independencia del comportamiento del licitador.

54. Dado que, en la nota de 23 de agosto de 1993, el licitador no aportó nueva información numérica, no cambió ninguna de sus indicaciones y tampoco efectuó ningún cálculo divergente, estimo que la nota impugnada no modifica en absoluto las indicaciones exigidas al licitador.

55. La afirmación según la cual EMI no introdujo ninguna modificación en su oferta mediante la nota de 23 de agosto de 1993 —que se basa, al menos parcialmente, en que se trata de observaciones relativas a elementos que el licitador, por definición, no puede cambiar— no impidió que el contenido de la nota diera a la entidad contratante la ocasión de apartarse de sus propias prescripciones de forma que pudiera ser discriminatoria. Esta consideración nos lleva directamente al segundo motivo, el de inobservancia de los criterios de adjudicación por parte de la entidad contratante.

III. *La inobservancia de los criterios de adjudicación*

a) Sobre la frecuencia de sustitución de determinadas piezas de repuesto

56. La Comisión examinó las circunstancias de hecho relativas a la consideración de la frecuencia de sustitución de los elementos mecánicos esenciales, que son el motor y la caja de cambios, desde dos puntos de vista jurídicos distintos. Por una parte, mantuvo que la nota de 23 de agosto de 1993 introducía una modificación en la oferta inicial de EMI, tesis jurídica que no comparto por las razones antes expuestas. Por otra parte, estimó que la entidad contratante se había desviado de los criterios de adjudicación fijados en el pliego de cláusulas administrativas al tomar en consideración las observaciones de EMI con ocasión del cálculo de los costes de mantenimiento de los vehículos que debían evaluarse.

57. Por consiguiente, el significado y las modalidades de los criterios de adjudicación son determinantes. El artículo 27 de la Directiva dispone al respecto, en sus apartados 1 y 2, que:

«1. Los criterios en los que se basarán las entidades contratantes para adjudicar los contratos serán:

a) cuando la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios variables según el contrato en cuestión: por ejemplo, fecha de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, calidad técnica, servicio posventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y el precio;

b) o bien solamente el precio más bajo.

2. En el caso previsto en la letra a) del apartado 1, las entidades contratantes harán constar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tienen previsto aplicar, de ser posible en orden de importancia decreciente.»

58. En el punto 14, «Criterios de adjudicación», del anuncio de licitación, se indica:

«La opción se efectuará sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa. Los diferentes criterios son: precio, coste de utilización (consumo, tiempo de montaje/desmontaje, y precio de las piezas de repuesto), seguridad del suministro, calidad técnica del material (plazas, [15] escalones de acceso, emisiones, ruido, altura de los escalones y del techo, plataformas).» [16]

59. El punto 20.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares enumera los criterios de adjudicación en el mismo orden que el anuncio de licitación, acompañándolos de explicaciones. El reparto se organiza del modo siguiente:

«20.2. Criterios de adjudicación. La adjudicación del contrato se hará a la oferta

15 — En la versión original (francés) se utiliza la palabra «plages»; parece tratarse de una errata, ya que, en el pliego de cláusulas administrativas, el primer criterio de apreciación de la calidad técnica del material se titula «Nombre de places».

16 — Esta enumeración completa sólo se encuentra en la publicación en lengua original (francés) del anuncio de licitación. En las demás lenguas comunitarias, la publicación sólo se hizo de forma abreviada. En español, por ejemplo, se indica: «Criterios de adjudicación: Oferta económica más ventajosa evaluada en función del precio, del coste de utilización, de la calidad, de otros criterios.»

económicamente más ventajosa, sobre la base de los criterios siguientes:

20.2.1. El precio unitario del autobús y las variantes financieras.

[...]

20.2.2. Criterios técnicos de apreciación.

Dichos criterios serán objeto de una ponderación absoluta, cuya unidad será el "franco ficticio".

EL COSTE DE UTILIZACION

20.2.2.1. Consumo de combustible

[...]

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

[...]

LA SEGURIDAD DEL SUMINISTRO

20.2.2.3. Suministro de piezas de repuesto

[...]

CALIDAD TECNICA DEL MATERIAL OFRECIDO

20.2.2.4. Número de plazas

[...]

20.2.2.5. Profundidad de los escalones

[...]

20.2.2.6. Emisiones contaminantes de gases de escape

[...]

20.2.2.7. Nivel de ruido

[...]

20.2.2.8. Altura del techo

[...]

20.2.2.9. Número de escalones

[...]

20.2.2.10. Plataformas

[...]»

60. La prohibición de discriminación y la previsibilidad del proceso de apreciación, que es su corolario, exigen que la entidad contratante se atenga a los criterios de adjudicación que ha definido. El anexo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares, antes mencionado, sirve de base para evaluar uno de los dos factores de determinación de los costes de utilización. De conformidad con los criterios de adjudicación, los costes de utilización que deben tomarse en cuenta se componen, por una parte, del consumo de combustible y, por otra parte, del tiempo de trabajo y de los gastos de material que se consideran necesarios para sustituir las piezas de repuesto.

61. La frecuencia de sustitución de las piezas de repuesto constituye a este respecto, como ya hemos visto, una constante que la entidad contratante fija indistintamente para el conjunto de los licitadores. Este factor interviene como multiplicador de las indicaciones proporcionadas por éstos en materia de costes. Apartarse de este requisito puede, por tanto, acarrear consecuencias importantes.

62. En el caso de autos se admite, y se desprende también de los documentos presentados, [17] que la entidad contratante tuvo en cuenta, al calcular los costes de utilización, la menor frecuencia de sustitución de los motores y cajas de cambios comunicada por EMI. Una comparación de los documentos relativos a la apreciación de las distintas ofertas que se hicieron para cada uno de los lotes revela que el factor costes de utilización se estimó, al efectuar los cálculos definitivos, en un importe sustancialmente inferior al que se había determinado al realizar los cálculos para redactar la primera propuesta de decisión sometida a la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993. Mientras la cifra de 4.901.790 para los lotes nºs 2 y 3 y la de 4.896.790 para los lotes nºs 4 a 6 se habían puesto inicialmente en la

17 — Véase la nota redactada para la reunión del Consejo de Administración de la entidad contratante, de 6 de octubre de 1993.

columna «mantenimiento» [18] del cuadro de apreciación destinado a estimar los costes de utilización, el importe estimado tras los nuevos cálculos fue de 3.744.140 para los lotes nºs 2 a 6. [19] Es evidente que el licitador afectado se beneficia en menor medida que los demás competidores de la modificación del método de cálculo.

63. Creo que hay violación del principio de igualdad de trato cuando la entidad contratante se aparta unilateralmente, en favor de un licitador, de los datos fijados en el pliego de cláusulas administrativas, que deben considerarse inmodificables, sin conceder a los demás licitadores la posibilidad de revisar sus indicaciones en función de los cambios que afectan a la premisa. Al conocer que los datos indicados por uno de los licitadores eran tan claramente superiores a sus expectativas que hacían dudar de la validez de las prescripciones que había fijado, la entidad contratante debía, bien atenerse a sus prescripciones técnicas, bien informar al conjunto de los licitadores de la posibilidad de apartarse de los datos fijados en el pliego de cláusulas administrativas. Creo que la fecha en que la entidad contratante tuvo conocimiento de los hechos carece de importancia al respecto; la solución, en principio, no será distinta en el supuesto de que dichas indicaciones ya estén presentes en la oferta.

64. El Gobierno belga ha mantenido que no debía impedirse a la entidad contratante dar preferencia a un material de calidad superior que se le ofrece a raíz del progreso técnico.

65. Hay que contestar que no se impide en absoluto que una entidad contratante tenga en cuenta, en el marco de la formalización del contrato, las mejoras que el progreso técnico permite aportar al material que debe suministrarse. La posibilidad de admitir variantes, ya consagrada en la Directiva, [20] aboga en favor de dicha tesis. Pero desear la mejora técnica de los productos que deben adquirirse en el marco de los contratos públicos no autoriza a una entidad contratante a infringir el principio de igualdad de trato.

66. La entidad contratante ha infringido la prohibición de discriminación al apartarse unilateralmente, en favor de un licitador, de sus propias prescripciones en materia de evaluación de los criterios de adjudicación.

67. Los efectos discriminatorios del comportamiento resultan evidentes cuando se considera la clasificación de los vehículos que compiten en relación con el cálculo de los costes de utilización. Según las indicaciones iniciales sobre el consumo de combustible y la frecuencia prescrita de sustitución de las

18 — «Entretien».

19 — Véase el anexo 6 de la nota redactada para la reunión del Consejo de Administración de 2 de septiembre de 1993, pp. 2 a 6, y el anexo 2 de la nota redactada para la reunión del Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993, pp. 1 a 6.

20 — Véase el apartado 3 del artículo 27 de la Directiva.

piezas de repuesto, los vehículos de Van Hool ocupaban la primera posición para los lotes nºs 2 y 3, y los de EMI la tercera. En cuanto a los lotes nºs 4, 5 y 6, los vehículos de Van Hool eran los primeros, y los de EMI los quintos. Teniendo en cuenta los nuevos datos numéricos, los vehículos de Van Hool se encontraban en primera posición para los lotes nºs 2, 3 y 5, mientras que los de EMI se encontraban en segunda posición. Para los lotes nºs 4 y 6, los vehículos de EMI se colocaban incluso en primera posición tras los nuevos cálculos.

68. La modificación de la clasificación, es decir, el paso del quinto al primer puesto en el marco de los cálculos relativos al criterio de adjudicación clasificado segundo en importancia, a saber, los costes de utilización, es en mi opinión muy significativa. En estas circunstancias, no me cabe la menor duda de que se discrimina a los competidores.

b) Sobre la consideración de un equipamiento particular

69. En el marco de la imputación según la cual la entidad contratante adjudicó el contrato sin observar los criterios de adjudicación definidos en el pliego de cláusulas administrativas, la Comisión mantiene que la SRWT tuvo en cuenta en su apreciación de conjunto, en favor de EMI, algunos elementos del equipamiento que esta última había propuesto y que no se preveían en el pliego de cláusulas administrativas. Se trata, concretamente, de la consideración de asientos particulares, llamados «Cantilever», de un mecanismo de desempañado de los cristales laterales y de un sistema particular de montaje modular de construcción de los autobuses.

70. En comparación con los asientos tradicionales, las ventajas de los *asientos «Cantilever»*, fijados a los lados del autobús, son múltiples. En primer lugar, obligan a reforzar las paredes laterales del autobús en las que deben fijarse los asientos, lo que, en conjunto, aumenta la seguridad de los pasajeros. El hecho de que los asientos no estén fijados en el suelo permite ganar un tiempo considerable en la limpieza de los autobuses. Por último, estos asientos aumentan la comodidad de los pasajeros al ofrecer una mayor libertad de movimiento para las piernas y un mayor espacio para colocar posibles equipajes.

71. Las ventajas del *desempañado de cristales* son tanto de naturaleza estética como económica. Impide que se rayen los cristales, lo que tiene por efecto disminuir también de manera considerable los gastos de limpieza de los cristales.

72. Debido al método de fijación de las piezas, el *sistema modular* de montaje de los autobuses ahorra un tiempo considerable en caso de reparación indispensable de la carrocería. Por otra parte, este sistema disminuye enormemente el número de piezas que hay que tener en existencias, ya que determinadas piezas se adaptan indistintamente a diferentes modelos de autobuses.

73. Los tres equipamientos que acaban de citarse, los asientos, el desempañado y el sistema modular, figuraban ya en la oferta inicial de EMI. Se desprende de la decisión de adjudicación que dichos elementos se tuvieron en cuenta en la apreciación definitiva pero no fueron objeto de valoración numérica concreta.

74. En su nota de 3 de agosto, EMI presentó en cifras las ventajas económicas de los equipamientos citados. No obstante, la entidad contratante no tuvo en cuenta este método de cálculo.

75. La cuestión es si los elementos de que se trata constituyen variantes en el sentido de la Directiva, y si, en caso afirmativo, éstos han sido correctamente apreciados.

76. El apartado 3 del artículo 27 de la Directiva establece que:

«Cuando el criterio para la adjudicación del contrato sea la oferta económicamente más ventajosa, las entidades contratantes podrán tomar en consideración variantes presentadas por un licitador siempre que cumplan los requisitos mínimos estipulados por dichas entidades. Las entidades contratantes indicarán, en el pliego de condiciones, las condiciones mínimas que deben reunir las variantes, así como los requisitos para su presentación [...]»

Los considerandos trigésimo segundo y trigésimo tercero mencionan los principios de aplicación siguientes de la Directiva:

«Considerando que las normas que apliquen las entidades correspondientes deben crear un marco para las prácticas comerciales leales y permitir un máximo de flexibilidad;

Considerando que, como contrapartida de esta flexibilidad y para promover una mayor confianza mutua, deberán asegurarse un nivel mínimo de transparencia y adoptar unos métodos adecuados para vigilar la aplicación de la presente Directiva»

77. En la letra d) del punto 3 del anuncio de licitación se indica:

«Variantes: se permiten las sugerencias.» [21]

21 — La versión española del anuncio de licitación indica: «Variantes: se autorizan variantes».

78. El pliego de cláusulas administrativas se refiere a las variantes en distintos contextos. En un momento se habla de «variantes financieras»; [22] en otros pasajes, aparecen los conceptos de «variantes obligatorias» [23] o de «variantes facultativas». [24] En el marco de los criterios de adjudicación, bajo el apartado 20.2.1, «el precio unitario del autobús y las variantes financieras», se indica: «el precio unitario se aumentará con el precio de las variantes que no sean financieras y las eventuales sugerencias que tomen en consideración».

79. La Comisión estima que no deberían haberse tenido en cuenta las características en la apreciación de la oferta de EMI. Los elementos cuyo valor técnico no puede determinarse no podían, en su opinión, tomarse en consideración, en la medida en que no se anunciaron entre los elementos considerados para determinar la oferta económicamente más ventajosa. La Comisión reconoce que el pliego de cláusulas administrativas autoriza las variantes. No obstante, estima que los elementos que éste exige no pueden considerarse «sugerencias libres» [25] y que, por tanto, sólo podían valorarse de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas.

80. En la réplica, la Comisión estima que, a pesar de que el pliego de cláusulas administrativas autoriza las variantes, no es menos cierto que sólo pueden tomarse en consideración para aumentar el precio unitario de los autobuses.

81. El Gobierno belga objeta a esta última alegación que es extemporánea y que, por tanto, debe desestimarse. El Gobierno belga alega, por otra parte, los motivos de defensa siguientes.

En su opinión, hay que considerar en primer lugar que las propuestas, o sugerencias, [26] fueron admitidas con arreglo al pliego de cláusulas administrativas. Las características técnicas que la SRWT consideró en virtud de propuestas no fueron objeto de ninguna bonificación que influyera en el precio unitario de los vehículos ofrecidos por EMI. Sólo se consideraron como elementos no cifrados de comodidad y de calidad que permitían concluir que la oferta de dicha empresa era la más ventajosa económicamente.

82. El Gobierno belga indica que dichas propuestas sólo desempeñaron un papel menor en la adjudicación del contrato. Las ofertas de EMI y del Van Hool eran tan parecidas que la SRWT estimó que era necesario, con el fin de decantarse por un candidato, tomar en consideración las particulares ventajas que ofrecían los vehículos de EMI. Esta conducta fue, en su opinión, compatible con el apartado 3 del artículo 27 de la Directiva, con arreglo al cual, cuando el criterio para la adjudi-

22 — Punto 20.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares — Criterios de adjudicación.

23 — Lista de variantes.

24 — *Idem.*

25 — «Suggestions libres».

26 — «Suggestions».

cación del contrato sea la oferta económicamente más ventajosa, las entidades contratantes podrán tomar en consideración variantes presentadas por un licitador siempre que cumplan los requisitos mínimos estipulados por dichas entidades.

83. Añade que el objetivo de las variantes o sugerencias es precisamente llamar la atención de la Administración sobre las novedades que no conoce y que la función de las sugerencias es precisamente ir más allá de las prescripciones técnicas mínimas fijadas en el pliego de cláusulas administrativas. Por último, en cuanto al motivo de impugnación basado en la desigualdad de trato de los licitadores, considera que hay que desestimarlo, ya que sería imposible en la práctica comparar las sugerencias porque éstas hacen que cada oferta sea original y distinta de las demás. Por otra parte, la Comisión no pudo demostrar que otros competidores hubieran hecho sugerencias comparables.

84. En primer lugar, quisiera examinar la excepción de inadmisibilidad que el Gobierno belga opone a la alegación que la Comisión desarrolla en la réplica acerca del aumento del precio unitario en caso de variantes. Dicha excepción encuentra un apoyo jurídico en la primera frase del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En él se establece que:

«En el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento.»

Como la alegación que me corresponde apreciar es una de las formuladas por la parte demandante, procede colocarla entre los motivos de recurso. Al examinar la cuestión de la caducidad de dichos motivos, hay que establecer una distinción fundamental entre motivos y alegaciones. Todos los motivos deben figurar en el escrito de interposición del recurso. Por tanto, no pueden formularse motivos nuevos en el transcurso del procedimiento sin justificarlos con arreglo al apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento. No ocurre lo mismo con las alegaciones, que tienen por objeto apoyar o completar motivos ya formulados. Las alegaciones pueden exponerse en cualquier momento, incluso en una fase posterior del procedimiento.

85. El motivo basado en la inobservancia de los criterios de adjudicación en la formalización del contrato, que se manifestó en el hecho de tener en cuenta los asientos, el desempañado y el sistema modular sugeridos por EMI, ya se expuso en el escrito de interposición del recurso, al igual que en el procedimiento administrativo previo. La mención de los efectos producidos en el precio unitario por las variantes que puedan ser consideradas sólo constituye una alegación complementaria de dicho motivo. Por consiguiente, la objeción basada en su inadmisibilidad carece de pertenencia.

86. El Gobierno belga mantiene, en relación con la alegación discutida, que la imputación también es injustificada en cuanto al fondo. En efecto, el pliego de cláusulas administrativas establece que al precio unitario se añadirán las sugerencias consideradas a efectos de comparación. Pero cuando el precio unitario ya engloba el coste de dichos elementos particulares, como ocurre en el caso de autos, éste no puede repercutirse una segunda vez en el precio. Aunque las sugerencias consideradas no tuvieran por efecto aumentar el precio unitario, no se prohibía sin embargo que la entidad contratante tuviera en cuenta los méritos del material propuesto.

87. Al apreciar el comportamiento seguido por la entidad contratante acerca de los criterios de los equipamientos, hay que considerar que la Directiva autoriza en principio las variantes. Ello consta expresamente en el apartado 3 del artículo 27. Además, el tenor del anuncio de licitación demuestra que utilizó esta posibilidad en el contrato considerado.

88. La determinación abstracta de variantes autorizadas está sujeta a la cuestión de su eficacia. A este respecto, hay una diferencia fundamental entre los procedimientos en los que el criterio de adjudicación decisivo es el precio más bajo y aquéllos en que la oferta económicamente más ventajosa es determinante. [27] Estos últimos son los únicos en los que el licitador puede presentar variantes. Como el Gobierno belga ha alegado acertadamente, dicho procedimiento permite tener en cuenta, en la formalización del contrato, las sugerencias y novedades de las que la entidad contratante tiene noticia a través de un licitador. Los considerandos trigésimo segundo y trigésimo tercero de la Directiva atestiguan la necesidad de reservar la posibilidad, también en el marco de aplicación de la Directiva, de una cierta flexibilidad en la práctica económica de una entidad contratante.

89. Si bien debe ser posible que los licitadores, en el marco de un procedimiento de formalización de un contrato, presenten propuestas y sugerencias, no puede tratarse, por principio, de criterios definidos previamente en el pliego de cláusulas administrativas. Por tanto, me parece perfectamente lógico que las sugerencias de EMI sobre los equipamientos particulares no puedan clasificarse en ninguna de las variantes catalogadas en el pliego de cláusulas administrativas. Esto es evidente cuando se trata del concepto de variantes financieras. En cuanto a las variantes obligatorias, constituyen propuestas alternativas exigidas y definidas por la entidad contratante sobre detalles del pliego de cláusulas administrativas. Las soluciones alternativas, definidas en distintos pasajes pertinentes del pliego de cláusulas administrativas, proporcionan aclaraciones sobre su contenido. La lista de variantes [28] da una visión de conjunto de las variantes obligatorias. Tres de las cuatro variantes facultativas, también recogidas en la lista, se refieren a la financiación. Sólo una de ellas trata de un elemento técnico. Este último está a su vez previamente

27 — Véase el apartado 1 del artículo 27.

28 — «Liste de variantes» que acompañan como anexo al pliego de cláusulas administrativas particulares.

definido. Creo que la diferencia entre las variantes obligatorias y las variantes facultativas [29] es que el licitador debe presentar las variantes obligatorias para cumplir las exigencias del pliego de cláusulas administrativas, mientras que tiene plena libertad para proponer la variante facultativa solicitada y que, en cualquier caso no se le puede excluir si no lo hace.

90. La admisión de las propuestas y sugerencias que, por principio, no están prescritas en el pliego de cláusulas administrativas suscita la dificultad de saber cómo valorar las que en su caso se tomen en cuenta. Las sugerencias también deben valorarse económicamente cuando se adjudica un contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

91. En los procedimientos de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, la entidad contratante dispone, en mi opinión, de una cierta facultad de apreciación en cuanto a la selección final de la solución técnica que en última instancia prefiera. Ciertamente, esta facultad de apreciación no carece de límites y debe estar sujeta al control de nulidad. En mi opinión, los criterios para ejercer la facultad de apreciación pueden extraerse de la Directiva. Por ejemplo, el apartado 3 del artículo 27 establece:

«[...] Las entidades contratantes indicarán, en el pliego de condiciones, las condiciones mínimas que deben reunir las variantes [...]»

El trigésimo tercer considerando de la Directiva, habla de un «*nivel mínimo de transparencia*» como contrapartida a la flexibilidad establecida. Yo quisiera añadir a éste *la prohibición de discriminación* consagrada en el artículo 4 de la Directiva.

92. Para proseguir mi análisis, quisiera partir del principio de que la entidad contratante dispone de una facultad de apreciación para tener en cuenta las sugerencias, siempre que éstas cumplan los requisitos mínimos definidos en el pliego de cláusulas administrativas y que el procedimiento se organice de manera transparente y no discriminatoria. En mi opinión, también hay que aplicar los mismos principios a la apreciación económica de las propuestas y sugerencias.

93. Debe considerarse que los criterios relativos al equipamiento impugnados son características de la calidad del material ofrecido.

29 — «Variante facultative».

Estas últimas [30] están comprendidas en los criterios de adjudicación expresamente mencionados en el pliego de cláusulas administrativas y abarcan siete características. [31] Una particularidad de estos criterios es que se dedican a definir *exclusivamente* bonificaciones o penalizaciones ficticias aplicables al material exigido, así como a posibles soluciones alternativas que se aparten de ellos. Ya que dichos criterios de apreciación se refieren a las definiciones fijadas en el pliego de cláusulas administrativas, en este contexto ya no cabe apreciar sugerencias que no se mencionen en él. La apreciación económica de las variantes sólo se prevé expresamente a efectos de fijar el precio unitario en el marco de los criterios de adjudicación. [32]

94. Nos enfrentamos al problema, señalado por el Gobierno belga, de la imposibilidad de volver a repercutir en el precio el coste de sugerencias técnicas útiles que ya se tuvieron en cuenta en el precio unitario. En efecto, ello llevaría a desfavorecer económicamente soluciones mejores. Sería más justo aplicar el sistema de bonificaciones y penalizaciones establecido para el material técnico a las sugerencias aceptadas por la entidad contratante. Pero, como ya he indicado, nos enfrentamos aquí a la imposibilidad de definir *a priori* características técnicas que, por principio, son desconocidas.

95. Ante las dificultades encontradas para evaluar económicamente soluciones técnicas alternativas, EMI propuso, en su nota de 3 de agosto de 1993, un método para calcular el valor de las sugerencias que había propuesto. [33] La entidad contratante no recogió dichas propuestas de evaluación, alegando que no se había previsto ningún instrumento de apreciación para estas soluciones alternativas en el marco de los criterios de adjudicación fijados en el pliego de cláusulas administrativas.

96. No obstante, en mi opinión, la entidad contratante tiene derecho, dentro del ámbito de su facultad de apreciación, a tener en cuenta, como elementos valorizadores, las sugerencias hechas por el licitador, cuando éstas respondan técnicamente a los requisitos mínimos del pliego de cláusulas administrativas y el contrato se adjudique de manera transparente y no discriminatoria.

97. Podemos encontrar en varios lugares del pliego de cláusulas administrativas los requisitos exigidos respecto a los asientos. Se refieren tanto al número de plazas de que deben disponer los distintos modelos de vehículos como a las variantes que se exigen imperativamente para tipos particulares, como los «asientos antivandalismo» en la parte trasera de los autobuses. [34] Además de que los asientos «Cantilever» cumplen aparentemente todos estos requisitos técnicos, ofrecen otras ventajas, tanto económicas como de comodidad.

30 — «Les qualités techniques du matériel offert», véanse los puntos 20.2.2.4 y ss. de los criterios de atribución que figuran en el pliego de cláusulas administrativas.

31 — Puntos 20.2.2.4 a 20.2.2.10 del pliego de cláusulas administrativas; véase el punto 59 *supra*.

32 — Véase el punto 20.2.1 de los criterios de adjudicación.

33 — Asientos «Cantilever»: 480.000 BFR; desempañado: 240.000 BFR; sistema modular: 100.000 BFR.

34 — Véase el anexo 11 del pliego de cláusulas administrativas particulares; artículo 42 del punto 13 del capítulo IV de la parte 2, y punto 18.6 del artículo 18 del capítulo II de la parte 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

98. El artículo 43 del punto 14 del capítulo IV de la parte 2 permite determinar los requisitos mínimos del sistema de desempañado de cristales que se propuso. Se trata del acristalado simple o doble, y este último está relacionado con el sistema de calefacción en el marco de una variante obligatoria. En mi opinión, tampoco aquí hay un incumplimiento de los requisitos mínimos.

99. Por último, en cuanto al sistema modular, no encuentro en el pliego de cláusulas administrativas ningún requisito mínimo. No es sorprendente, ya que dicho sistema se propuso precisamente como elemento original y nuevo y, por tanto, no se podía haber previsto. Ya sabemos, por las observaciones que preceden, que la entidad contratante atribuía una importancia esencial, en el marco de la evaluación de los costes de utilización (segundo criterio de adjudicación), al tiempo de trabajo necesario para reparar el vehículo, así como a los gastos de material resultantes. El tercero de los criterios de adjudicación, la seguridad de los suministros, demuestra que, para la entidad contratante, es fundamental que el suministro de las piezas de repuesto y la gestión de las existencias se organice de la manera más eficaz posible. No puedo apreciar ninguna inobservancia de posibles requisitos mínimos en materia de elementos de fabricación derivada del sistema modular propuesto.

100. Creo que la entidad contratante ha respetado la necesaria transparencia al mencionar expresamente en su decisión de adjudicación, sobre la base de una clasificación preestablecida según los criterios de adjudicación definidos, las sugerencias que había aceptado y al indicar de manera clara y perceptible las ventajas económicas que ofrecen dichas sugerencias. La nota redacta para el Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993 recoge elementos en los que la entidad contratante basa su propuesta de adjudicación y los discute expresamente. [35]

101. Por último, en cuanto al respeto del principio de igualdad de trato, la entidad contratante no ha incumplido, en lo referente a los equipamientos, ninguna de las prescripciones fijadas en el pliego de cláusulas administrativas. A este respecto, la situación es totalmente distinta a la de la frecuencia de sustitución del motor y de la caja de cambios. Aquí es más difícil comparar directamente las propuestas y sugerencias con las ofertas de otros licitadores, ya que éstos no han formulado ninguna sugerencia comparable.

102. Como conclusión, estimo que la entidad contratante ha actuado dentro del marco de su facultad de apreciación al tomar en consideración los equipamientos constituidos por los asientos «Cantilever», el desempañado y el sistema modular, y que su decisión de adjudicación no es ilegal a este respecto.

35 — Véase la página 6 de la nota redactada para la reunión del Consejo de Administración de 6 de octubre de 1993.

Costas

103. Con arreglo al apartado 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, éste podrá repartir las costas o decidir que cada una abone sus propias costas cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una u otra parte. Propongo que se proceda así en este caso.

C. Conclusión

104. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, concluyo que:

«1) El Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, al tomar en consideración, en el marco de un contrato público formalizado por la SRWT, modificaciones introducidas en una de las ofertas una vez abiertas éstas y al aceptar una oferta apartándose del criterio de adjudicación.

2) El recurso se desestima en todo lo demás.

3) Cada parte abonará sus propias costas.»