

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 17 de diciembre de 2008¹

1. El presente recurso interpuesto por la Comisión Europea contra Grecia versa sobre la adjudicación de un contrato público en relación con una central eléctrica en la isla de Creta. La Comisión sostiene que, en primer lugar, al no publicar un anuncio de licitación y, en segundo lugar, al no motivar el rechazo de la oferta de uno de los licitadores en tiempo oportuno, la entidad adjudicadora ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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.²

Hechos

2. En julio de 2003, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (empresa pública de energía eléctrica de Grecia; en lo sucesivo, «DEI») publicó un anuncio de licitación para la compra e instalación de dos unidades de producción de energía eléctrica para la central termoeléctrica de Atherinolakos en la isla de Creta. DEI declaró que las ofertas presentadas no cumplían en su integridad los requisitos del anuncio de licitación, de suerte que el

proyecto fue paralizado. En mayo de 2004, se publicó un nuevo anuncio de licitación para el mismo proyecto, que era ligeramente diferente del primero. Las cinco ofertas presentadas en respuesta a la segunda licitación fueron desestimadas por «inadecuadas» porque no cumplían en su integridad determinadas especificaciones técnicas, y el procedimiento fue paralizado de nuevo.

3. El 14 de diciembre de 2004, sin publicar un nuevo anuncio de licitación, DEI dirigió un escrito a los cinco licitadores que habían participado en la segunda ronda, en el que les solicitaba que presentasen en un plazo de 15 días sus «ofertas económicas finales» en las que debían corregir cualesquiera discrepancias, en particular las de carácter técnico, entre sus ofertas anteriores y las especificaciones del proyecto. En dicho escrito, DEI señalaba que había decidido prescindir del anuncio de licitación como consecuencia de, entre otros motivos, «la trayectoria global del asunto»; «el tiempo necesario para instalar las dos nuevas unidades, a saber, 29 y 31 meses, respectivamente»; «la exigencia de hacer frente en tiempo oportuno a las urgentes, desde 2007, necesidades de electricidad de la isla de Creta», y «el retraso imprevisto en la adjudicación del contrato, que se ha debido al resultado insatisfactorio de las anteriores licitaciones». Los cinco licitadores que habían participado en la segunda ronda presentaron nuevas ofertas.

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO L 199, p. 84.

4. El 7 de febrero de 2005, DEI remitió a uno de los licitadores un escrito mediante el cual rechazaba su oferta sin formular motivo alguno. Dicho licitador remitió tres escritos a DEI el 10 y 11 de febrero y el 10 de marzo de 2005, respectivamente, y otros dos escritos al Ministro de Desarrollo de 17 y 31 de marzo de 2005, en los que solicitaba ser informado sobre los motivos de la desestimación de su oferta. DEI respondió finalmente el 4 de abril de 2005. A continuación, el licitador solicitó al Monomeles Protodikeio Athinon (Tribunal de primera instancia de Atenas) la adopción de una medida cautelar, pero su solicitud fue desestimada el 7 de julio de 2005. DEI celebró el contrato con otro licitador el 15 de septiembre de 2005.

5. El licitador descartado presentó una denuncia ante la Comisión Europea, la cual, al considerar que la tramitación del procedimiento por DEI era incompatible con el Derecho comunitario y habida cuenta de la elevada cuantía del contrato, incoó un procedimiento por incumplimiento contra Grecia. Al no quedar satisfecha con la respuesta de las autoridades griegas a su escrito de requerimiento y al dictamen motivado, la Comisión interpuso un recurso mediante el cual solicitó al Tribunal de Justicia que declarase que Grecia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 20, apartado 2, letra a), relativo a la utilización de un procedimiento de adjudicación sin convocatoria de licitación previa, y el artículo 41, apartado 4, relativo a la obligación de comunicar a los licitadores descartados los motivos del rechazo de su oferta, de la Directiva 93/38.

I. La falta de un anuncio de licitación

6. La disposición aplicable es la contenida en el artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38, la cual establece: «las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes: [...] cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya depositado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada, contrato». Como señala correctamente el Gobierno helénico, esta disposición faculta a las entidades contratantes para prescindir del requisito de una convocatoria de licitación cuando se cumplen los tres requisitos siguientes: i) ya ha habido tal convocatoria de licitación, ii) no se ha depositado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada, y iii) no se han modificado sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.

7. En el caso de autos está claro que el primer requisito se cumple. El Gobierno helénico y la Comisión discrepan en el cumplimiento de los requisitos segundo y tercero.

El concepto de ofertas inadecuadas

8. DEI rechazó las ofertas presentadas en respuesta al segundo anuncio de licitación por «inadecuadas» porque no cumplían en su integridad determinadas especificaciones técnicas. ¿Calificó acertadamente a los licitadores? En otras palabras, ¿cómo debería

interpretarse el concepto «inadecuadas»? Es ésta una cuestión importante, porque la respuesta a la misma determinará si la entidad contratante puede adjudicar el contrato sin publicar un anuncio de licitación. Si las ofertas presentadas pueden ser calificadas correctamente como «inadecuadas», no será necesario un nuevo anuncio de licitación; si, en cambio, las ofertas rechazadas no pueden ser consideradas «inadecuadas», la entidad adjudicadora estará obligada a repetir el procedimiento en su totalidad.

9. La Comisión sostiene la tesis de que sólo una oferta que no satisfaga claramente las necesidades de la entidad contratante queda comprendida en la categoría de «inadecuadas»; otras discrepancias, de naturaleza menos grave, pueden justificar el rechazo de una oferta, pero no pueden convertirla en «inadecuada» ni, por tanto, abrir la vía para que una entidad contratante adjudique el contrato sin tramitar un procedimiento de licitación usual. En cambio, el Gobierno helénico aboga por un entendimiento más abierto de la expresión «inadecuada». Poniendo especial énfasis en el considerando 45 de la Directiva, el cual señala que «las normas que apliquen las entidades correspondientes deben crear un marco para las prácticas comerciales leales y permitir un máximo de flexibilidad», alega que debe concederse a las entidades contratantes un amplio margen discrecional para desestimar por «inadecuadas» todas las ofertas que no satisfagan en su integridad los criterios establecidos en los anuncios de licitación, y que han de poder proceder sin un nuevo anuncio de licitación.

10. A mi juicio, la interpretación propuesta por el Gobierno helénico es demasiado amplia. Para apreciar la amplitud de la facultad de apreciación de la que disfrutaban las entidades contratantes, debe empezarse por los requisitos del Tratado. En la sentencia Teleaustria el Tribunal de Justicia declaró que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, pero señaló que las entidades contratantes que los celebren están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el cual implica una obligación de transparencia.³ A continuación explicó el contenido de esta obligación de transparencia: «la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación». ⁴ Por consiguiente, la transparencia en la adjudicación de contratos públicos constituye un requisito del Derecho comunitario primario y, cuando menos, entraña una cierta publicidad. La importancia de la publicidad es doble: en primer lugar, los potenciales licitadores toman conocimiento del hecho de que existe una oportunidad de negocio, que a su vez puede dar lugar a un incremento en el grado de competencia por tal contrato, puesto que es posible que se presenten más licitadores; en segundo lugar, la publicidad previene la parcialidad y la corrupción en la medida en que facilita la revisión de los procedimientos

3 — Sentencia de 7 de diciembre de 2008 (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 60 y 61.

4 — *Ibidem*, apartado 62.

de adjudicación.⁵ En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la transparencia se vincula a la no discriminación y es vista como un mecanismo que garantiza el cumplimiento de este principio fundamental del Derecho comunitario.⁶

11. Un aspecto adicional pertinente para la interpretación de la expresión «inadecuada» radica en que uno de los objetivos de la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos consiste en el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado. En su reciente sentencia dictada en el asunto Comisión/Italia, en el que la Comisión sostenía que Italia había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de diversas directivas, incluida la Directiva 93/38, el Tribunal de Justicia declaró que estas Directivas «tienen por objeto eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con el fin de posibilitar la aplicación, en particular, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios reconocidas, respectivamente, por los artículos 43 CE y 49 CE».⁷ Como el Tribunal de Justicia explicó en un asunto anterior relativo a la Directiva 93/37/CEE,⁸ el «objetivo primordial

de la Directiva [...] es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas. En efecto, la apertura a la concurrencia de ofertas comunitaria conforme a los procedimientos previstos por la Directiva garantiza la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas».⁹ La competencia efectiva, pues, elimina las barreras que impiden la entrada de nuevos operadores en el mercado, beneficia a las entidades adjudicadoras que pueden elegir entre varios licitadores y, por tanto, pueden obtener valor por su dinero, y contribuye a mantener la integridad de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en cuanto tales.

12. Como los asuntos citados más arriba ponen de manifiesto, la exigencia de un anuncio de licitación está enraizada en el Derecho comunitario primario y debe ser cumplida por principio. La adjudicación de contratos sin un anuncio de licitación previo puede perjudicar no sólo a los licitadores potenciales, sino también al público en general, que paga los proyectos de contratación pública a través de los impuestos, y puede distorsionar el carácter competitivo del mercado de la contratación pública, menoscabando la eficacia de las normas del Tratado sobre las libertades fundamentales comunitarias. Por este motivo, una disposición que permite a una entidad adjudicadora prescindir del anuncio de licitación ha de ser interpretada de forma estricta. El artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38 constituye tal disposición. Comienza afirmando que las entidades contratantes podrán adjudicar un contrato sin convocatoria de licitación previa, y después pasa a enumerar de forma exhaus-

5 — Las nuevas Directivas sobre adjudicación de contratos públicos imponen expresamente una obligación de transparencia. El artículo 2 de la nueva Directiva sobre el Sector Público [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 L 134, p. 114)], y el artículo 10 de la nueva Directiva sobre servicios públicos [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 L 134, p. 1)], establece que las entidades adjudicadoras «obrarán con transparencia».

6 — Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31; de 18 de octubre de 2001, SIAC (C-19/00, Rec. p. I-7725), apartado 41, y de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, Rec. p. I-4401), apartado 32.

7 — Sentencia de 21 de febrero de 2008 (C-412/04, Rec. p. I-6119), apartado 2.

8 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

9 — Sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 75. Véanse sobre esta misma cuestión las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Impresa Lombardini (C-285/99 y 286/99, Rec. p. I-9233), apartado 35, y de 11 de enero de 2005, Stadt Halle (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 44.

tiva los casos en que ello es posible. El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre el planteamiento interpretativo correcto de esta disposición en su sentencia Comisión/Grecia, dictada en un asunto que versaba sobre las letras c) y d) de la citada disposición, relativas a los contratos que, por razones técnicas o artísticas, sólo pueden ser ejecutados por un contratista determinado, y a asuntos de extrema urgencia, respectivamente: «sobre este particular, debe recordarse, con carácter preliminar, que lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2, letras c) y d), de la Directiva 93/38 debe ser objeto de interpretación estricta, ya que establece excepciones a las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos». ¹⁰ El caso de autos ha de ser resuelto a la vista de lo dispuesto en la letra a) (relativa a la falta de ofertas y a la existencia de ofertas «inadecuadas»), que ha de ser interpretada en la misma forma restrictiva que las letras c) y d), puesto que no hay nada ni en la letra ni en el espíritu del artículo 20, apartado 2, ni en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Grecia que pudiera justificar un planteamiento interpretativo distinto.

identificar fácilmente un aspecto en relación con el cual una oferta presentada no cumple en su integridad las especificaciones del contrato, rechazarla por «inadecuada» y posteriormente adjudicar el contrato sin una convocatoria previa para la presentación de nuevas ofertas. Esto es particularmente cierto en el caso de grandes proyectos que exigen conocimientos técnicos avanzados cuando las especificaciones contractuales son comprensiblemente muy complejas. Pero en ello radica precisamente el riesgo frente al que la normativa comunitaria en materia de contratación pública, ya esté consagrada en el Tratado o recogida en el Derecho derivado, tiene supuestamente que proteger. En cambio, la interpretación ofrecida por la Comisión, a saber, que una oferta puede ser desestimada por «inadecuada» y, por tanto, la entidad adjudicadora está autorizada a proceder sin un anuncio de licitación únicamente si la oferta no puede satisfacer las necesidades de tal entidad, deja a la entidad adjudicadora un margen discrecional suficiente para examinar las ofertas presentadas, al mismo tiempo que se garantiza que no se elude la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos públicos.

13. A la luz del análisis que precede, no cabe aceptar la interpretación amplia de la expresión «inadecuada» por la que aboga el Gobierno helénico. Permitir a las entidades adjudicadoras basarse incluso en discrepancias de escasa importancia en las ofertas presentadas para rechazarlas por «inadecuadas» significa, en la práctica, concederles la facultad discrecional excesiva de decidir si se publica o no un anuncio de licitación. La entidad adjudicadora que desee «consentir el favoritismo», usando los términos empleados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Ordine degli Architetti*, antes citada, puede

14. En apoyo de esta amplia interpretación del artículo 20, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38, el Gobierno helénico invocó básicamente el considerando 45 de la citada Directiva, que hace referencia a la necesidad de un «máximo de flexibilidad» en relación con las normas de adjudicación de contratos de suministros públicos. Sobre esta base, el Gobierno helénico llega a la conclusión de que a las entidades adjudicadoras se les concede en este sector un amplio margen discrecional en la aplicación de las disposiciones de la Directiva, incluida la relativa a las ofertas «inadecuadas», y en la adjudicación de contratos sin un anuncio de licitación previo. Cabe formular dos objeciones a este argumento.

¹⁰ — Sentencia de 2 de junio de 2005 (C-394/02, Rec. p. I-4713), apartado 33.

15. En primer lugar, el considerando 45 no es una disposición jurídica autónoma que pueda conceder derechos o imponer obligaciones. Más bien desempeña, al igual que todos los considerandos de directivas, una función explicativa, esto es, está dirigida a ayudar a aquellos que interpretan la directiva a comprender sus objetivos y el espíritu en el que fue adoptada. En el caso de autos, el considerando 45 explica por qué el legislador comunitario adoptó, respecto al sector de los servicios públicos, un conjunto de normas procesales que son menos estrictas que las adoptadas respecto a otros sectores tales como el de los servicios y los suministros. Y, lo que es más importante, el propio artículo 20, apartado 2, constituye una expresión del planteamiento más flexible aplicado en el sector de los servicios públicos, puesto que permite a las entidades adjudicatarias proceder sin anuncio de licitación en más casos que en las directivas que regulan otros sectores.¹¹ En otras palabras, fue el propio legislador comunitario el que decidió el modo en que las normas sobre la adjudicación de servicios públicos debían ser más flexibles al adoptar las disposiciones específicas de la Directiva 2004/18, y sería un error suponer que el considerando 45 concede a las autoridades adjudicadoras una flexibilidad autónoma que se suma a las ya flexibles disposiciones de la Directiva.

11 — Como señala la Comisión, este planteamiento de «flexibilidad» como explicación de la naturaleza de las normas de contratación pública de la Directiva 93/38 viene apoyado, por analogía, por el considerando 28 de la nueva Directiva de Servicios Públicos que ha reemplazado a la Directiva 93/38. En relación con los servicios postales, señala: «conviene prever que los contratos adjudicados por las entidades adjudicadoras que oferten servicios postales estén sujetos a las normas de la presente Directiva, incluidas las del artículo 30 que, aun garantizando la aplicación de los principios contemplados en el considerando 9, crean un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y permiten mayor flexibilidad que la que ofrecen las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE [...]». En el caso de autos, la nueva Directiva de Servicios Públicos es comparada con la nueva Directiva del Sector Público para explicar en qué sentido las disposiciones de aquella son más flexibles que las de ésta.

16. En segundo lugar, como ya he señalado, el Tribunal de Justicia ha declarado que la publicidad es una obligación positiva impuesta a las entidades adjudicadoras por el Tratado. Las excepciones a tal obligación deben estar expresamente establecidas por ley y ser interpretadas de forma restrictiva. Incluso si existiera tal principio general de flexibilidad para la interpretación de la Directiva 93/38, no podría sustituir a las obligaciones que tienen su origen en el Derecho comunitario primario.

17. Por último, ha de formularse alguna observación sobre la relación entre las diversas Directivas sobre adjudicación de contratos públicos. El Gobierno helénico se ha opuesto enérgicamente a la sugerencia de la Comisión de que una lectura paralela de las Directivas sobre el sector público puede ayudar a la interpretación de la Directiva 93/38. Sostiene que esta última Directiva introduce un sistema de normas específicas para el sector de los servicios públicos y que constituiría un error compararlas con las normas que regulan la adjudicación de contratos de obra sobre suministros. No estoy de acuerdo con esta afirmación. En muy pocas ocasiones uno se encuentra con disposiciones legales aisladas. Las normas han de ser ubicadas en su contexto; adquieren significado cuando son leídas dentro del más amplio marco legal en el que se aplican. En el ámbito de la adjudicación de contratos públicos el Tribunal de Justicia ha mencionado a menudo las Directivas sobre adjudicación de contratos públicos como un conjunto de normas que persiguen objetivos comunes y que se basan en principios comunes. Ya he mencionado la sentencia Comisión/Italia, en la que el Tribunal de Justicia declaró que las Directivas 92/50/CEE,¹² 93/36/CEE,¹³ 93/37 y 93/38

12 — Directiva del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

13 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

tienen el objetivo común de eliminar prácticas restrictivas de la competencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos,¹⁴ y hay otros ejemplos recientes en los que el Tribunal de Justicia ha utilizado expresiones que apuntan a que las Directivas sobre adjudicación de contratos públicos deben ser abordadas de una forma sistemática y coherente.¹⁵ ¿Hizo el Tribunal de Justicia caso omiso del hecho de que cada una de las Directivas regula un área diferente de la contratación pública y que existen diferencias en las normas que establecen? Es evidente que no. Lo que el Tribunal de Justicia afirmaba era que las Directivas, no obstante sus diferencias, constituyen una red de normas con el objetivo común de garantizar que los procedimientos de adjudicación de contratos públicos sean justos, abiertos y eficientes.

18. Como conclusión, a mi juicio, al definir la oferta desestimada como «inadecuada» y no publicar un anuncio de licitación, DEI incumplió el artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38.

14 — Sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 2.

15 — Véanse, entre otras, la sentencia de 27 de febrero de 2003, *Truley* (C-373/00, Rec. p. I-1931), apartado 42 («es también reiterada jurisprudencia que el objetivo de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos consiste en excluir, tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económicos»), y *presstext Nachrichtenagentur*, antes citada, apartado 31 («de la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros»). Asimismo, en la sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213), apartado 91, el Tribunal de Justicia declaró que «no hay ningún motivo para interpretar de diferente manera dos disposiciones que están comprendidas en el mismo ámbito del Derecho comunitario y redactadas de forma sustancialmente idéntica». El criterio, afirma el Tribunal de Justicia, es la esencia de las disposiciones que deben ser interpretadas; si la esencia es la misma, la interpretación ha de ser la misma.

Las condiciones del contrato

19. Dado que no se cumplía el segundo de los tres requisitos del artículo 20, apartado 2, letra a), DEI no podía haber invocado esta disposición, con independencia de si las condiciones iniciales del contrato se mantenían inalteradas. Sin embargo, en aras de la integridad, explicaré brevemente por qué creo que la Comisión afirma acertadamente que existió una modificación sustancial de los términos originales.

20. En el segundo anuncio de licitación se señalaba que no se permitían discrepancias entre las especificaciones técnicas exigidas por la entidad adjudicadora y las ofrecidas por los licitadores. Sin embargo, los licitadores que no cumplían íntegramente estas especificaciones podrían ser aceptados siempre que las discrepancias que estuvieran relacionadas con las características técnicas de la maquinaria que el licitador se proponía utilizar estuvieran enumeradas de forma separada en los documentos de la oferta y no afectasen al rendimiento general de la central eléctrica. En tal caso, el licitador no estaba obligado a corregir las discrepancias ni a soportar las cargas financieras adicionales. Sin embargo, en la tercera fase del procedimiento se solicitó a los licitadores que corrigieran las discrepancias que contuvieran sus anteriores ofertas, haciéndose cargo ellos mismos de los gastos, y se les instó a presentar una declaración vinculante a este respecto.

21. El Gobierno helénico alega que el artículo 20, apartado 2, no prohíbe todas las modificaciones de las condiciones iniciales del contrato, sino únicamente las que son «sustanciales». Cuando, en la vista, el Juez Ponente preguntó al Gobierno helénico cómo puede conciliar su afirmación de que las cinco ofertas presentadas en la segunda ronda eran inadecuadas y que no se permitía introducir cambios sustanciales en la tercera ronda con el hecho de que el contrato fuera finalmente adjudicado a uno de los cinco licitadores cuya oferta fue inicialmente rechazada, el abogado del citado Gobierno respondió que las únicas modificaciones que DEI solicitó en la tercera ronda afectaban a las discrepancias en las especificaciones técnicas que habían sido detectadas en la segunda ronda y que habían dado lugar al rechazo de la oferta, mientras que las demás condiciones del contrato se mantenían inalteradas.

22. Convengo con el citado Gobierno en que el criterio pertinente es la naturaleza *sustancial* de la modificación de las condiciones del contrato, pero no estoy convencido de que la modificación de que se trata fuera insustancial o no suficientemente sustancial a efectos del artículo 20, apartado 2, letra a). En la tercera fase se introdujo una condición nueva importante: los licitadores tenían que corregir todas las discrepancias, corriendo ellos mismos con los gastos, mientras que en los términos del anuncio de licitación de la segunda fase tales discrepancias podrían haber sido aceptadas. Es evidente que la propia entidad adjudicadora consideró importante esta nueva obligación, pues de otro modo no habría solicitado a los licitadores participantes el envío de declaraciones vinculantes a este respecto. De

igual modo, desde el punto de vista de los licitadores, tal modificación de las condiciones del contrato es indudablemente sustancial, pues excluye de antemano a aquéllos que no pueden o no están dispuestos a corregir las discrepancias contenidas en sus ofertas iniciales ni a correr con los gastos correspondientes. Tales modificaciones de las condiciones iniciales del contrato deberían ser consideradas siempre «sustanciales». Además, como ya he señalado, una disposición, como la del artículo 20, apartado 2, letra a), que permita a una entidad contratante adjudicar un contrato sin una convocatoria de licitación previa debe ser interpretada de forma estricta, pues introduce una excepción al principio de transparencia consagrado en el Tratado. Por consiguiente, las entidades adjudicadoras pueden prescindir del anuncio de licitación únicamente si resulta manifiesto que las modificaciones de que se trata no pueden afectar, ni real ni potencialmente, al proceso de adjudicación. En el caso de autos, no puede afirmarse que las modificaciones de las condiciones del contrato sean insustanciales o bien no sean suficientemente sustanciales a efectos del artículo 20, apartado 2, letra a).

23. Dado que DEI había desestimado las cinco ofertas presentadas en la segunda ronda porque no cumplían en su integridad las especificaciones técnicas requeridas, resultaba en la práctica imposible adjudicar el contrato en la tercera ronda a uno de esos cinco licitadores sin que su primera oferta fuera modificada. Así pues, DEI modificó las condiciones del contrato en la tercera ronda para asegurarse de que los licitadores asumirían la obligación de corregir cualesquiera discrepancias y les instó a preparar una nueva oferta económica que incluyera los costes

correspondientes. Si DEI hubiera publicado un nuevo anuncio de licitación, ello hubiera constituido un procedimiento plenamente adecuado. En cambio, invitó sólo a determinados licitadores a presentar ofertas, a pesar de que las condiciones iniciales del contrato habían sido modificadas sustancialmente. Al actuar así, incumplió el artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.

Urgencia

24. El artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38 establece que podrá utilizarse un procedimiento sin convocatoria de licitación previa «en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando por razones de extrema urgencia resultantes de hechos imprevisibles para las entidades contratantes, no puedan cumplirse los plazos estipulados en los procedimientos abiertos o restringidos». La Comisión sostiene que el modo en que DEI, en su escrito remitido a los cinco licitadores de la segunda ronda, justificó su decisión de proceder sin una convocatoria de licitación previa (por ejemplo, con las referencias a las «urgentes necesidades» de electricidad de Creta, «el tiempo necesario para instalar las dos nuevas unidades», los «retrasos imprevistos») implica que invocaba no sólo el artículo 20, apartado 2, letra a), sino también el artículo 20, apartado 2, letra d). El Gobierno helénico no está de acuerdo. Alega que desde el principio DEI se basó únicamente en el artículo 20, apartado 2, letra a) y aclaró que el motivo por el que siguió el procedimiento sin una convocatoria de licitación fue que las dos rondas anteriores no habían dado un resultado satisfactorio. Esto es a lo que se aludía con la expresión «la trayectoria global del asunto». La referencia a la urgencia de la situación es accesorio, y apuntaba a que uno de los hechos que DEI

había tenido en cuenta consistía en que tuvo que actuar rápidamente.

25. Ciertamente, el modo en que el escrito de 14 de diciembre de 2004 fue redactado transmite la impresión de que DEI invoca la urgencia como una de las razones que justifican la utilización de un procedimiento sin una convocatoria de licitación previa. Sin embargo, no está claro si fue usada como una justificación autónoma basada en el artículo 20, apartado 2, letra d). En cualquier caso, dado que el Gobierno helénico no invoca esta disposición, el Tribunal de Justicia no tiene que seguir examinando este aspecto.

II. El retraso en comunicar los motivos

26. El artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38 establece: «Las entidades adjudicadoras que ejerzan una de las actividades mencionadas en los anexos I, II, VII, VIII y IX comunicarán, lo antes posible a partir de la recepción de una solicitud por escrito, a todo candidato o licitador descartado los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario». La Comisión sostiene que el plazo de dos meses para comunicar al licitador descartado los motivos del rechazo de su oferta no puede tener la consideración de «lo antes posible» a efectos de la citada disposición. El Gobierno helénico admite que hubo un cierto

retraso, pero sostiene que el criterio para apreciar si incumple el artículo 41, apartado 4, consiste en si el licitador ha sufrido un perjuicio en el ejercicio de sus derechos derivados de la normativa comunitaria. Además, el abogado del Gobierno afirmó en la vista que los antecedentes legislativos del artículo 41, apartado 4 —la Comisión había propuesto inicialmente un plazo de 15 días para comunicar los motivos, al igual que en las Directivas del sector público, y, al desestimar tal propuesta el Parlamento Europeo, se introdujo la expresión «lo antes posible»— pone de manifiesto que ha de concederse a las entidades adjudicadoras una cierta flexibilidad a la hora de tratar las solicitudes de comunicación de los motivos de desestimación de una oferta. Según el Gobierno helénico, dado que, en el caso de autos, el licitador descartado pudo ejercitar una acción e instar la revisión de la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora, no cabe afirmar que DEI incumplió la Directiva al tardar dos meses en responder a su solicitud.

27. Estoy de acuerdo con el Gobierno helénico en que la utilización de la expresión «lo antes posible» sin una referencia a un plazo específico significa que el enfoque que se dé al artículo 41, apartado 4, no ha de ser demasiado rígido. El hecho de que las Directivas del sector público prevean expresamente un plazo de 15 días,¹⁶ mientras que la Directiva 93/38 sobre servicios públicos no lo hace, implica que el legislador comunitario previó deliberadamente que la cuestión de la rapidez con que una entidad adjudicadora debía responder se decidiera caso por caso.

28. A la hora de apreciar qué es una respuesta dada «lo antes posible» en un supuesto determinado, uno de los factores que han de ser tenidos en consideración es si el licitador pudo ejercitar las acciones que ponen a su disposición el Derecho comunitario y el Derecho interno para instar ante el órgano jurisdiccional la revisión de la legalidad de tal decisión. En efecto, a menos que la entidad adjudicadora explique por qué se ha rechazado una oferta concreta, el licitador descartado no puede saber si tiene sentido impugnar tal decisión y sobre qué motivos habría de hacerse.

29. Sin embargo, salvaguardar los intereses de los licitadores que participan en un procedimiento de adjudicación de un contrato público sólo es uno de los objetivos perseguidos por el artículo 41, apartado 4. Esta disposición está dirigida igualmente a salvaguardar la integridad y la eficacia del procedimiento de adjudicación en cuanto tal; en el caso de autos, los beneficiarios son las propias entidades adjudicadoras y, en última instancia, los contribuyentes. Por consiguiente, al interpretar la expresión «lo antes posible», ha de tenerse en cuenta que la obligación de las entidades adjudicadoras de comunicar los motivos en tiempo oportuno evita el favoritismo y fomenta el cumplimiento de las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario. El artículo 41, apartado 4, constituye una garantía procesal que contribuye a garantizar que los motivos dados para rechazar una oferta no son un pretexto para adjudicar contratos de un modo arbitrario. Dicho en otras palabras, esta norma desarrolla una función disuasoria: una entidad adjudicadora que sepa que, inmediatamente

¹⁶ — Artículo 8, apartado 1, de la Directiva 93/37; artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/36, y artículo 12, apartado 1, de la Directiva 92/50.

después de elegir un licitador, será instada a justificar su elección y a explicar por qué los demás han sido rechazados se apartará probablemente menos de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

30. Además, la fijación de plazos excesivos para responder a una solicitud de comunicación de motivos puede entrañar unos considerables costes de eficiencia. Por ejemplo, en el caso de autos la propia DEI había subrayado que la isla de Creta tenía una necesidad *urgente* de suministro adicional de electricidad. Sin embargo, demoró el proyecto dos meses al no explicar por qué había elegido un licitador concreto y rechazado a los otros. El Gobierno helénico no ha indicado ningún motivo para explicar la tardanza de DEI, lo cual difícilmente puede cohonestarse con el carácter urgente del contrato de que se trata. Dado que muchos grandes proyectos de los diversos Estados miembros están financiados, en cierta medida, con cargo al presupuesto comunitario, es razonable esperar que las autoridades adjudicatarias apliquen las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de un modo que tenga en consideración la necesidad de eficiencia.

31. Asimismo, ha de señalarse que la nueva Directiva de servicios públicos, que ha sustituido a la Directiva 93/38, establece en su artículo 49, apartado 2, que la entidad adjudicadora comunicará «cuanto antes» a

todos los licitadores descartados las razones por las que se haya desestimado su oferta y que «el plazo para llevar a cabo esta comunicación no podrá en ningún caso sobrepasar los 15 días a partir de la recepción de una solicitud escrita». Los propios redactores de la Directiva determinaron la duración de un plazo aceptable para comunicar los motivos y, por tanto, privaron de todo margen discrecional a las autoridades adjudicadoras. Ha de reconocerse que el caso de autos debe resolverse, *rationae temporis*, de conformidad con la Directiva 93/38 y no conforme a la Directiva 2004/17. Sin embargo, no puede ignorarse el hecho de que el legislador comunitario ha decidido eliminar tal margen discrecional, cualesquiera que fueran las consideraciones que en el pasado justificaron un planteamiento más flexible en relación con este asunto en el sector de los servicios públicos. Por consiguiente, los servicios públicos están sujetos ahora a la misma y más estricta norma que se aplica a los contratos de suministro y de servicios, y que establece que en ninguna circunstancia podrá rebasarse el plazo de 15 días. Si bien esta disposición no es aplicable en el caso de autos, sería manifiestamente artificioso proponer al Tribunal de Justicia que la soslayase. En última instancia, de conformidad con la Directiva 93/38, lo que constituya un plazo razonable deberá resolverse caso por caso, teniendo en cuenta la exigencia general de celeridad en la adjudicación de contratos públicos, que no está limitada a la protección de los derechos de los licitadores. Por consiguiente, a mi juicio, la expresión «lo antes posible» ha de interpretarse de forma restrictiva, teniendo en cuenta los plazos usuales en otros sectores de la contratación pública. En mi opinión, el incumplimiento de DEI del plazo de dos meses para comunicar al licitador descartado los motivos del rechazo de su oferta constituye —a falta de cualesquiera justificaciones específicas de un retraso tal que rebasa claramente los plazos usuales aplicables en el ámbito de la contratación pública— una vulneración del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38.

III. Conclusión

32. Propongo al Tribunal de Justicia que declare que, al no publicar una convocatoria de licitación ni comunicar lo antes posible al licitador descartado los motivos del rechazo de su oferta, Grecia, por medio de DEI, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 20, apartado 2, y 41, apartado 4, de 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.