

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 4 de junio de 2009 *

En el asunto C-250/07,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 24 de mayo de 2007,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. M. Patakia y el Sr. D. Kukovec, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Helénica, representada por la Sra. D. Tsagkaraki, en calidad de agente, asistida por el Sr. V. Christianos, dikigoros, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: griego.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešič, A. Tizzano, A. Borg Barthet y J.-J. Kasel (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de octubre de 2008;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 17 de diciembre de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

- ¹ Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Helénica ha incumplido, por una parte, las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 20, apartado 2, 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 (DO L 199, p. 84), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001

(DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 93/38»), y, por otra parte, la obligación que le incumbe en virtud del artículo 41, apartado 4, de la citada Directiva, al no haber publicado un previo anuncio de licitación y al retrasarse, sin justificación, en responder a la solicitud de un licitante de que se precisaran las razones por las que se había desestimado su candidatura.

Marco jurídico

2 El artículo 2 de la Directiva 93/38 establece:

«1. 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 concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

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

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución:

[...]

- ii) de electricidad;

[...]»

³ A tenor del artículo 20 de la Directiva 93/38:

«1. Las entidades contratantes podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos en el apartado 7 del artículo 1 siempre que, salvo lo dispuesto en el apartado 2, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al artículo 21.

2. Las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes:

- a) cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya depositado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato;

[...]

- d) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando por razones de extremada urgencia resultantes de hechos imprevisibles para las entidades contratantes, no puedan cumplirse los plazos estipulados en los procedimientos abiertos o restringidos;

[...]»

4 El artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38 está redactado como sigue:

«Las entidades adjudicadoras [...] 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.

[...]»

Antecedentes del litigio y procedimiento administrativo previo

- 5 El 2 de julio de 2003, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (compañía pública de energía eléctrica; en lo sucesivo, «DEI») publicó un anuncio de licitación para el estudio, la entrega, el transporte, la instalación y la puesta en funcionamiento de dos unidades de producción de energía eléctrica similares y de su equipo auxiliar para la central termoeléctrica de Atherinolakos en la isla de Creta (Grecia).
- 6 Al haberse retirado ese primer anuncio de licitación después de que el consejo de administración de DEI comprobara que las ofertas presentadas no cumplían determinados requisitos, DEI publicó el 26 de mayo de 2004 un nuevo anuncio de licitación que presentaba algunas diferencias con el primero. Todas las ofertas de las cinco sociedades y consorcios de empresas que participaron en dicho procedimiento fueron desestimadas por el comité de evaluación debido a que eran «inadecuadas» en el sentido de que no eran conformes con algunos valores mínimos o máximos de ciertos parámetros técnicos requeridos en la licitación.
- 7 Mediante escrito de 14 de diciembre de 2004 (en lo sucesivo, «escrito de 14 de diciembre»), se informó a los cinco licitadores que habían participado en la segunda licitación de que ésta había sido retirada y se les invitó a presentar una «oferta económica final» en el plazo de 15 días desde la recepción del referido escrito.

- 8 En el escrito de 14 de diciembre, DEI motivó su decisión de recurrir a ese nuevo procedimiento haciendo referencia a «la trayectoria global del asunto, así como:
- [al] momento de integración de las unidades,
 - [a] la exigencia de hacer frente en tiempo oportuno a las crecientes y urgentes necesidades de electricidad de la isla de Creta a partir de 2007,
 - [al] tiempo necesario para instalar las dos nuevas unidades, a saber, 29 y 31 meses, respectivamente,
 - [al] retraso imprevisto en la adjudicación del contrato, que se ha debido al resultado insatisfactorio de las anteriores licitaciones».
- 9 En este nuevo procedimiento se pidió a los cinco licitadores interesados que corrigiesen las discrepancias técnicas que condujeron al rechazo de las ofertas en la segunda ronda. Por lo que respecta a las demás discrepancias señaladas por DEI, los licitadores debían indicar los costes de las correcciones que debían hacerse. De las observaciones de las partes se desprende que todos los referidos licitadores participaron en ese nuevo procedimiento.
- 10 Mediante escrito de 7 de febrero de 2005, DEI informó a uno de los licitadores de que su oferta había sido rechazada. Sin embargo, el referido escrito no contenía ninguna indicación sobre los motivos de dicho rechazo.

- 11 De las observaciones de las partes se desprende que, tras haber presentado reiteradas solicitudes, el licitante interesado recibió el 4 de abril de 2005 una decisión en la que se le comunicaban las razones detalladas de dicho rechazo. Al haberse desestimado el recurso judicial interpuesto por el licitante contra dicha decisión mediante resolución de 7 de julio de 2005, DEI procedió el 15 de septiembre de 2005 a la adjudicación del contrato.
- 12 Dado que la Comisión, ante la que el licitador había presentado una denuncia, consideraba que se había producido una infracción de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos, remitió a la República Helénica, el 12 de octubre de 2005, un escrito de requerimiento al que ésta respondió mediante escrito de 22 de diciembre de 2005.
- 13 Estimando insatisfactoria la respuesta obtenida, la Comisión remitió el 4 de julio de 2006 un dictamen motivado a dicho Estado miembro en el que le instaba a adoptar las medidas necesarias para ajustarse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de su recepción.
- 14 Al no quedar satisfecha con la respuesta de la República Helénica a dicho dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

- 15 En apoyo de su recurso, la Comisión invoca dos motivos basados respectivamente en la infracción de los artículos 20, apartado 2, letras a) y d), y 41, apartado 4, de la Directiva 93/38.

Sobre el primer motivo

Alegaciones de las partes

- ¹⁶ Mediante su primer motivo, la Comisión reprocha a la República Helénica haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 20, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 93/38.
- ¹⁷ Según la Comisión, las disposiciones del artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38 constituyen, como se desprende de la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, Rec. p. I-5397), excepciones que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, deben interpretarse en sentido estricto. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la carga de la prueba de que existen circunstancias excepcionales que justifican tal excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas (véase, en particular, la sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 33).
- ¹⁸ Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38, la Comisión señala que en el caso de autos no se reúnen dos requisitos de aplicación de dicha disposición, a saber, que no se haya depositado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada y que no se hayan modificado sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.
- ¹⁹ En efecto, por una parte, la entidad adjudicadora calificó erróneamente de «inadecuadas» las ofertas, pese a que únicamente eran «irregulares». La interpretación del término «inadecuado» defendida por la República Helénica es demasiado amplia y pone en tela de juicio la eficacia del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38. La comparación del tenor de dicha disposición con el de las disposiciones similares

contenidas en las demás directivas sobre contratos públicos, en particular, en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), puede demostrar que el término «inadecuado» tiene el mismo contenido en todas las directivas. Únicamente cabe calificar de «inadecuadas» las ofertas cuyo objeto sea totalmente diferente del descrito en el anuncio de licitación. Según la Comisión, existe un vínculo entre la falta de oferta y la oferta inadecuada en la medida en que cada una de esas situaciones sustituye a la otra en cuanto motivo de adjudicación directa. Las referidas situaciones son equivalentes no sólo en cuanto al efecto que producen sino también en lo relativo a las dificultades que crean para la entidad adjudicadora, al no satisfacerse en ninguno de los dos casos las necesidades vinculadas a la ejecución del proyecto de que se trate.

20 Además, no ha de darse una importancia excesiva al principio de flexibilidad en la interpretación de la Directiva 93/38. El referido principio, si bien ha influido en el contenido de las disposiciones de la Directiva 93/38, no puede invocarse en apoyo de una interpretación de dichas disposiciones que sea contraria al Tratado CE y a los principios generales de igualdad de trato y de transparencia.

21 Por otra parte, en el tercer procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora modificó sustancialmente las condiciones del contrato, por lo que algunas ofertas se convirtieron en «irregulares». De la formulación del segundo anuncio de licitación se desprende que, si bien no se autorizaban diferencias comerciales y económicas con el anuncio de licitación, las diferencias técnicas debidas a particularidades de construcción o a particularidades técnicas del equipo presentado eran, en determinadas circunstancias, aceptables sin que su corrección conllevara un perjuicio económico para el licitador. Por el contrario, del escrito de 14 de diciembre resulta que, en el tercer procedimiento de licitación los participantes tenían que corregir todas las diferencias y cargar con el coste de dicha corrección. Además, para garantizar el cumplimiento de dicho requisito, los participantes tenían que firmar una declaración jurada relativa a la corrección de las diferencias técnicas contenidas en sus ofertas. Dicha modificación de las condiciones del contrato convirtió en irregulares las ofertas de determinados licitadores a los efectos de ese tercer procedimiento mientras que hubieran sido válidas en el segundo procedimiento.

- 22 A este respecto, la Comisión precisa que no discute en modo alguno las razones que condujeron a la exclusión del demandante de los distintos procedimientos de licitación, sino que se limita a impugnar la legalidad de la decisión por la que la entidad adjudicadora consideró que las ofertas presentadas eran «inadecuadas».
- 23 En segundo lugar, por lo que respecta al artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38, disposición en la que, según la Comisión, la entidad adjudicadora se basó para justificar su recurso al procedimiento de licitación sin convocatoria previa, la Comisión recuerda que la aplicación de dicha disposición está supeditada a la existencia de una «razón de extrema urgencia resultante de hechos imprevisibles para las entidades contratantes». Ahora bien, en el caso de autos, la entidad adjudicadora no ha demostrado la existencia de tal razón de extrema urgencia ni de hechos imprevisibles. A este respecto, la Comisión señala en particular que no cabe considerar que los hechos de que el momento de integración e instalación de las unidades se conociera antes de la publicación de la primera convocatoria de licitación, de que el incremento en las necesidades de electricidad en la isla de Creta no fuera inesperado y de que se hubieran retirado dos procedimientos constituyan hechos imprevisibles para la entidad adjudicadora.
- 24 La Comisión añade que las explicaciones dadas por la República Helénica en el marco del procedimiento por incumplimiento no pueden modificar la motivación expuesta por la entidad adjudicadora en el escrito de 14 de diciembre para justificar el rechazo de las ofertas de los licitadores.
- 25 Con carácter previo, la República Helénica alega, por una parte, que la especialidad de las disposiciones de la Directiva 93/38, en relación con las directivas generales en materia de licitaciones, resulta del carácter sensible de los «sectores excluidos» y se manifiesta a través del principio de flexibilidad enunciado en el cuadragésimo quinto considerando de la Directiva 93/38, que establece que las normas que apliquen las entidades correspondientes deben crear un marco para las prácticas comerciales leales y permitir un máximo de flexibilidad. De este modo, las entidades adjudicadoras disponen, en el marco de la Directiva 93/38, de una facultad de apreciación más amplia

que en el marco de las directivas generales. Ha de examinarse a la luz de dicho principio de flexibilidad si un procedimiento de licitación es conforme a las disposiciones de la Directiva 93/38.

- 26 En el marco de la Directiva 93/38, los tres procedimientos mencionados en el artículo 1, apartado 7 de la citada Directiva se sitúan, en aplicación del principio de flexibilidad y de la amplia facultad de apreciación reconocida a la entidad adjudicadora, exactamente en el mismo nivel. De este modo, el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 93/38 permite a las entidades adjudicadoras elegir libremente uno de los tres procedimientos siempre que se haya producido una publicación. Por lo tanto, al diferenciarse la Directiva 93/38 exactamente en ese punto de las demás directivas invocadas por la Comisión, no cabe trasladar por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre estas últimas a la Directiva 93/38.
- 27 En primer lugar, por lo que respecta, al artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38 y a los requisitos para aplicar dicha disposición, la República Helénica sostiene que éstos se cumplen en el caso de autos.
- 28 Por una parte, es cierto que en la segunda convocatoria de licitación con publicación se presentaron ofertas, sin embargo ninguna de ellas fue considerada «adecuada». Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, existe una diferencia importante entre una oferta «inadecuada» y una oferta «inadmisible o irregular»; el primero de los conceptos se refiere a la conformidad de la oferta con las especificaciones técnicas establecidas por la entidad adjudicadora, refiriéndose el segundo a la falta de motivo formal para participar en la convocatoria de licitación. Por otra parte, no cabe acoger la interpretación por analogía que propone la Comisión debido a la diferencia sustancial que existe entre la redacción de las distintas disposiciones invocadas, puesto que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213), apartados 90 y 91, que únicamente pueden interpretarse de igual manera las disposiciones comprendidas dentro del mismo ámbito del Derecho comunitario y redactadas de manera sustancialmente idéntica.
- 29 Además, los argumentos invocados por la Comisión en contra de la aplicación del principio de flexibilidad en la interpretación de la Directiva 93/38 son vagos, carecen de pertinencia y no han sido demostrados. Además, el Tribunal de Justicia reconoció, en el

marco de los procedimientos contemplados en la Directiva 93/38, que las entidades adjudicadoras disponen de una amplia facultad de apreciación, al haber declarado en el apartado 34 de la sentencia Strabag y Kostmann, antes citada, que las normas establecidas en la Directiva 93/38 «autorizan una utilización más amplia del procedimiento negociado».

30 Por otra parte, las condiciones del contrato no fueron modificadas y, en cualquier caso, no se hizo modificación «sustancial» alguna. En efecto, de la comparación de la segunda y tercera convocatoria de licitación resulta, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, que son idénticas por lo que respecta a la carta de garantía relativa a la participación, a la evaluación de las ofertas económicas y al modo de pago. Además, un análisis circunstanciado de los requisitos relativos a las discrepancias técnicas, a los costes de corrección de dichas discrepancias y a la declaración jurada que se exigió a los licitadores, permite concluir que dichos elementos tampoco fueron modificados entre el segundo y el tercer procedimiento de adjudicación del contrato.

31 En segundo lugar, por lo que respecta al artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38, la República Helénica reprocha a la Comisión hacer una lectura errónea del escrito de 14 de diciembre de 2004. En efecto, se desprende inequívocamente de dicho escrito que la entidad adjudicadora decidió elegir un procedimiento sin anuncio previo por razón de «la trayectoria global del asunto» y, por lo tanto, por el hecho de que las ofertas presentadas en los dos primeros procedimientos eran inadecuadas. Los demás elementos explicativos que figuran en el referido escrito únicamente fueron mencionados con carácter subsidiario.

32 Además, ha de considerarse, según la República Helénica, que si bien es cierto que la retirada de una convocatoria de licitación no constituye un hecho imprevisible para la entidad adjudicadora, debe entenderse, no obstante, que el hecho de que todas las ofertas presentadas en dos convocatorias de licitación consecutivas sean inadecuadas está comprendido dentro del concepto de «hecho imprevisible».

- 33 En cualquier caso, la Comisión no ha demostrado de forma suficiente en Derecho, a juicio de la República Helénica, que la entidad adjudicadora hubiera invocado el carácter imprevisible del fracaso de las dos convocatorias de licitación anteriores para justificar el recurso a un procedimiento sin anuncio previo. No han de confundirse recurso de anulación y procedimiento por incumplimiento; este último permite a los Estados miembros ofrecer explicaciones, precisiones y, de ser necesario, las razones que justifiquen sus decisiones. En el caso de autos no se trata de examinar la validez de la motivación de la que se valió la entidad adjudicadora, sino de examinar si puede reprocharse al Estado miembro de que se trata una infracción de la Directiva 93/38.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 34 En primer lugar, ha de recordarse que, en cuanto excepciones a las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, las disposiciones del artículo 20, apartado 2, letras c) y d), de la Directiva 93/38 deben ser objeto de interpretación estricta, y que la carga de la prueba incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella (sentencia Comisión/Grecia, antes citada, apartado 33).
- 35 En la medida en que de una lectura del apartado 1 del artículo 20 de la Directiva 93/38, en relación con el apartado 2 del mismo artículo, se desprende que el segundo de dichos apartados constituye una excepción al primero, al prever éste los supuestos en los que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento de adjudicación de contrato público sin previa convocatoria de licitación, procede concluir que no han de interpretarse de manera estricta únicamente las disposiciones del artículo 20, apartado 2, letras c) y d), de la citada Directiva, sino también todas las demás disposiciones de dicho artículo 20, apartado 2.
- 36 Esta conclusión no queda desvirtuada por los argumentos de la República Helénica de que la Directiva 93/38, de conformidad con su cuadragésimo quinto considerando, tiene que permitir un «máximo de flexibilidad» y autoriza un recurso más amplio al procedimiento negociado que, por ejemplo, la Directiva 93/37.

37 En efecto, por una parte, como señaló el Abogado General en el punto 15 de sus conclusiones, el referido cuadragésimo quinto considerando ofrece una indicación sobre el objetivo perseguido por el legislador comunitario con la adopción de la Directiva 93/38, a saber, el reconocimiento de una mayor flexibilidad en el marco de los contratos públicos a los que es aplicable la referida Directiva, y permite, por consiguiente, explicar las razones por las que esta última autoriza, a diferencia de las demás directivas en materia de contratos públicos, a las entidades adjudicadoras a recurrir en una mayor medida al procedimiento negociado.

38 Por otra parte, al precisar en el cuadragésimo sexto considerando de la Directiva 93/38 que, como contrapartida de esta flexibilidad y para promover una mayor confianza mutua, deberán asegurarse la transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, al prever, como se desprende del artículo 20, apartado 1, de dicha Directiva, que el recurso a uno de los tres procedimientos de atribución previstos en el artículo 1, apartado 7, de la referida Directiva debe ir precedido de un anuncio, el legislador comunitario no ha dejado lugar a dudas en cuanto a su intención de considerar que la posibilidad de atribuir un contrato público sin anuncio previo, en las condiciones previstas en el artículo 20, apartado 2, de la Directiva 93/38, constituye una excepción al principio de que la atribución de tal contrato debe ir precedida de un anuncio.

39 De lo antedicho resulta que no cabe acoger el argumento de la República Helénica de que el término «inadecuado», que figura en el artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38, debe interpretarse de manera amplia.

40 A la luz de estas consideraciones procede determinar si la República Helénica ha demostrado en el caso de autos que fue acertado calificar de «inadecuadas» en el sentido del referido artículo 20, apartado 2, letra a), las ofertas presentadas en el marco del segundo procedimiento de adjudicación de contrato.

- 41 A este respecto, la República Helénica alega que las ofertas presentadas debían considerarse «inadecuadas» en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38 habida cuenta de que no se conformaban, en lo relativo a las cantidades garantizadas, a las especificaciones técnicas fijadas por la entidad adjudicadora a la luz de las exigencias normativas en materia de protección del medio ambiente, de manera que la central termoeléctrica de que se trata no habría podido entrar en funcionamiento legalmente.
- 42 Procede señalar que las especificaciones técnicas como las que se contemplan en el presente asunto, que se derivan de las exigencias legales nacionales y comunitarias en materia de protección del medio ambiente, han de considerarse elementos indispensables para que las instalaciones, cuya entrega y puesta en funcionamiento son objeto del contrato, permitan a la entidad adjudicadora alcanzar los objetivos que se le imponen por vía legislativa o reglamentaria.
- 43 Por lo tanto, la falta de conformidad de las ofertas presentadas con tales especificaciones impide a la entidad adjudicadora llevar a cabo de manera válida el proyecto para el que se lanzó la convocatoria de licitación, dicha no conformidad no constituye una mera imprecisión o un simple detalle, sino que, por el contrario, debe considerarse que impide a las referidas ofertas satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora.
- 44 Ahora bien, tales ofertas deben, como admitió la propia Comisión ante el Tribunal de Justicia, ser calificadas de «inadecuadas» en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.
- 45 Procede añadir que en el caso de autos no está justificado el temor manifestado por la Comisión a que las entidades adjudicadoras puedan eludir la obligación de convocatoria de una previa licitación impuesta por la Directiva 93/38 estableciendo condiciones excesivamente estrictas o imposibles de respetar, con el fin de poder calificar de «inadecuadas» todas las ofertas presentadas antes de adjudicar el contrato sin convocatoria de licitación previa.

- ⁴⁶ En efecto, en primer lugar, la entidad adjudicadora, tras considerar que las ofertas presentadas en el primer procedimiento de licitación no respondían a las especificaciones técnicas establecidas, lanzó un segundo procedimiento de licitación por lo que no recurrió inmediatamente al procedimiento previsto en el artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.
- ⁴⁷ A continuación, en el marco del procedimiento negociado lanzado en virtud del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38, la entidad adjudicadora solicitó a todos los candidatos que habían participado en el segundo procedimiento de licitación que presentaran sus ofertas, pese a que las disposiciones de la referida Directiva sobre el procedimiento negociado, en particular, el artículo 1, apartado 7, letra c), de ésta, no la obligaba a ello.
- ⁴⁸ Por último, no se ha demostrado, y ni siquiera se ha alegado, que las especificaciones técnicas establecidas por la entidad adjudicadora y que la condujeron a considerar que las ofertas recibidas eran inadecuadas fueran excesivamente estrictas o imposibles de respetar.
- ⁴⁹ Por el contrario, como había afirmado la República Helénica sin ser contradicha en este punto por la Comisión, los requisitos relativos a las cantidades garantizadas, de los que los licitadores no podían apartarse, fueron respetados al final por algunos licitadores.
- ⁵⁰ A la luz de estas consideraciones, procede señalar que la entidad adjudicadora pudo calificar válidamente las ofertas de que se trata de «inadecuadas» en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.

- 51 En estas circunstancias, ha de examinarse además si, como sostiene la Comisión, la entidad adjudicadora modificó sustancialmente las condiciones iniciales del contrato en el procedimiento negociado sin anuncio previo contraviniendo lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.
- 52 A este respecto procede señalar que, por analogía con lo que el Tribunal de Justicia declaró sobre la renegociación de contratos ya atribuidos (véase la sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 35), la modificación de una condición inicial puede considerarse sustancial en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38, en particular, si la condición hubiera permitido considerar adecuadas las ofertas presentadas en el marco del procedimiento con publicación previa o hubiera permitido presentar ofertas a licitadores distintos de los participantes en el procedimiento inicial.
- 53 En la medida en que, como se desprende de las observaciones de la Comisión, ésta considera que los hechos de que se trata están comprendidos manifiestamente dentro del primero de los supuestos, procede examinar si las condiciones del contrato inicial, cuyo incumplimiento condujo a la entidad adjudicadora a calificar las ofertas presentadas de inadecuadas, fueron modificadas sustancialmente en el procedimiento negociado.
- 54 Por lo que respecta a esas condiciones, la República Helénica sostiene sin ser contradicha en este punto por la Comisión, que todas las ofertas presentadas en el segundo procedimiento con previa convocatoria de licitación fueron declaradas inadecuadas por no ser conformes con los requisitos relativos a las cantidades de emisión de residuos garantizadas.
- 55 Ahora bien, procede declarar que los requisitos relativos a las referidas cantidades no fueron modificados en el marco del tercer procedimiento y que, como en los dos primeros procedimientos, el cumplimiento de dichas condiciones se imponía a la

entidad adjudicadora. Además, precisamente por el hecho de que no se admitía diferencia alguna con dichos requisitos, los candidatos tenían que presentar una declaración jurada por la que se obligaban a conformar sus ofertas con los requisitos del anuncio en lo relativo a las referidas cantidades garantizadas.

56 Por lo que respecta a las demás especificaciones técnicas, ha de precisarse que, si bien determinadas diferencias con dichas especificaciones técnicas podían aceptarse en el marco del segundo procedimiento con anuncio, los costes derivados de la corrección de dichas diferencias podían dejarse a cargo de los licitadores, como alegó la República Helénica sin ser contradicha por la Comisión. Por lo tanto, no puede considerarse que constituya una nueva obligación el hecho de que en el marco del tercer procedimiento los licitadores tuvieran que cargar ellos mismos con los costes derivados de la corrección de las diferencias técnicas.

57 Además, en el tercer procedimiento, los licitadores no estaban obligados a hacer las correcciones de que se trata, sino que únicamente tenían que presentar una estimación del coste total de las referidas correcciones y presentar una oferta económica final. De este modo, ese tercer procedimiento ofrecía a todos los licitadores que hubieran participado en el segundo procedimiento la posibilidad de revisar algunas de sus propuestas en el marco de una oferta económica final y evaluar nuevamente las discrepancias con las especificaciones técnicas previstas en la convocatoria de licitación.

58 De ello se desprende que la entidad adjudicadora no modificó sustancialmente las condiciones iniciales del contrato en el sentido del artículo 20, letra a), de la Directiva 93/38, en el procedimiento negociado sin anuncio previo.

59 En tales circunstancias procede concluir que la Comisión no ha demostrado la infracción por parte de la República Helénica del artículo 20, letra a), de la Directiva 93/38. Por consiguiente, procede desestimar la primera parte de su primer motivo.

60 Por lo que respecta a la supuesta infracción del artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38, ha de recordarse que, como se desprende del apartado 34 de la presente sentencia, dicho artículo 20, apartado 2, letra d), constituye una excepción y la carga de la prueba de que se cumplen las condiciones para su aplicación incumbe a la parte que pretenda beneficiarse de ella.

61 A este respecto basta con recordar, como hizo el Abogado General en el punto 25 de sus conclusiones, que la República Helénica no ha invocado dicha disposición en apoyo de la decisión por la que atribuyó el contrato controvertido sin previa convocatoria de licitación, sino que se limitó a indicar que dicha decisión se había adoptado sobre la base del artículo 20, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/38.

62 De este modo, la Comisión no puede reprochar válidamente a la República Helénica haber infringido una disposición de la que ese Estado miembro no ha hecho uso efectivo, de manera que también debe desestimarse la segunda parte del primer motivo.

63 En tales circunstancias, procede desestimar por infundado el primer motivo invocado por la Comisión en su conjunto.

Sobre el segundo motivo

Alegaciones de las partes

⁶⁴ Mediante su segundo motivo, la Comisión reprocha a la República Helénica haber incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38, a saber, «comunica[r], 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».

⁶⁵ En el caso de autos, transcurrió un plazo de dos meses entre la solicitud del licitador descartado y la respuesta de la entidad adjudicadora. Ahora bien, tal período de tiempo no puede considerarse en ningún caso una respuesta dada «lo antes posible». Por lo que respecta a la interpretación de dichos términos, la Comisión se remite a las disposiciones análogas de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), 93/36/CEE 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), 93/37 y 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), en las que se prevé un plazo de quince días.

⁶⁶ La República Helénica reconoce que la comunicación de los motivos que justificaban la desestimación de la oferta de uno de los licitadores se llevó a cabo con cierto retraso. Sin embargo, dicho retraso no perjudicó al efecto útil de la Directiva 93/38 ni impidió al licitador interesado ejercitar sus derechos judicialmente. Además, el contrato no fue firmado hasta después de haberse desestimado el recurso judicial interpuesto por el referido licitador. La República Helénica añade que los plazos previstos en las diferentes Directivas invocadas por la Comisión no pueden trasladarse al caso de autos, habida

cuenta de que, por una parte, la Directiva 93/38 no prevé plazo exacto y, por otra, la Directiva 2004/17 aún no era aplicable en la fecha de los hechos que originaron el presente asunto.

Apreciación del Tribunal de Justicia

⁶⁷ En lo relativo a este motivo, ha de señalarse que en la medida en que la Directiva 93/38, a diferencia de las demás Directivas invocadas a este respecto por la Comisión, no establece un plazo preciso en el que el licitador, cuya candidatura u oferta ha sido rechazada, deba ser informado de los motivos del rechazo, sino que se limita a indicar en su artículo 41, apartado 1, que dicha información debe ponerse en su conocimiento «lo antes posible», no puede, como señaló el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, hacerse una interpretación de dicha disposición que lleve a considerar que la entidad adjudicadora debe dar la referida información en el plazo de quince días desde la recepción de la solicitud escrita del licitador.

⁶⁸ Sin embargo, ha de precisarse que, al exigir que la entidad adjudicataria transmita la información requerida «lo antes posible», el legislador comunitario ha impuesto a dicha entidad la obligación de diligencia que es más bien una obligación de medios que una obligación de resultado. De este modo, procede examinar caso por caso, así como en función de las características concretas del contrato controvertido y, en particular, de la complejidad de éste, si la entidad adjudicadora en cuestión comunicó la referida información con la diligencia requerida o no. El hecho de que dicha comunicación se produzca antes de finalizar el plazo para impugnar la decisión de rechazo de la candidatura o de la oferta, lo que significa que el licitador ha podido hacer uso de los recursos establecidos para el control de la legalidad de la decisión por un órgano jurisdiccional, no es más que un elemento de un conjunto de indicios que han de tenerse en cuenta para decidir si la entidad adjudicadora ha cumplido la obligación de diligencia que le incumbe en virtud del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38 y no constituye, por sí solo, una prueba suficiente a este respecto.

69 Habida cuenta de que en el caso de autos la República Helénica admite la existencia de un retraso en la comunicación al licitador cuya oferta fue rechazada de los motivos de dicho rechazo, al mismo tiempo que afirma que dicha comunicación se produjo de conformidad con las disposiciones del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38, corresponde a ese Estado miembro aportar la prueba de que existen elementos objetivos que justifiquen el retraso en dicha comunicación y que puedan hacer comprensible el período de tiempo transcurrido entre la recepción de la solicitud del licitador y la respuesta de la entidad adjudicadora.

70 Ahora bien, ha de señalarse que, aparte de la alegación de que el período de tiempo transcurrido no ha impedido al licitador interesado hacer valer judicialmente sus derechos, la República Helénica no aporta dato concreto alguno que pueda justificar el retraso en la comunicación de los motivos de rechazo de la oferta o que exponga las razones por las que, en el presente asunto, haya de considerarse que un plazo de dos meses es «lo antes posible» en el sentido del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38.

71 Por lo tanto, ha de considerarse fundado el segundo motivo invocado por la Comisión.

72 Por consiguiente, ha de señalarse que la República Helénica ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 41, apartado 4, de la Directiva 93/38, al haberse retrasado, sin que existiera justificación, en dar respuesta a la solicitud de un licitador mediante la que éste pedía que se precisasen las razones del rechazo de su oferta.

Costas

73

A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Según el artículo 69, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dado que se han desestimado parcialmente las pretensiones de la República Helénica y de la Comisión, procede condenarlas a abonar sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

- 1) **La República Helénica ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 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, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, al haberse retrasado, sin que existiera justificación, en dar respuesta a la solicitud de un licitador mediante la que éste pedía que se precisasen las razones del rechazo de su oferta.**
- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) **La República Helénica y la Comisión de las Comunidades Europeas cargarán con sus propias costas.**

Firmas