

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 29 de junio de 2010¹

1. En el marco del presente recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia debe aclarar en qué medida es aplicable el Derecho de la Unión a un contrato público al que, conforme a las Directivas pertinentes, sólo han de aplicarse algunas disposiciones mínimas. En particular, se trata de un contrato de servicios de traducción, tipo respecto del cual la Directiva 2004/18/CE² tan sólo establece la obligación de precisar las especificaciones técnicas del servicio y de publicar el resultado de la adjudicación. Sin embargo, la Comisión considera que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Administración irlandesa debería haber respetado algunas obligaciones adicionales, cuyo incumplimiento dio lugar al presente recurso.

I. Marco normativo

2. Además de los Tratados, la normativa de la Unión que constituye la referencia fundamental en el caso de autos es la citada Directiva 2004/18 (en lo sucesivo, también, «Directiva»).

1 — Lengua original: italiano.

2 — Directiva 2004/18 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).

3. Las partes concuerdan en que los servicios a los que se refiere el presente asunto están comprendidos entre los que figuran en el anexo II B de la Directiva. Efectivamente, los servicios de traducción están incluidos como «otros servicios», en la categoría 27 del mencionado anexo.

4. El artículo 21 de la Directiva, que lleva por título «Contratos de servicios que figuran en el anexo II B», determina:

«La adjudicación de contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el Anexo II B sólo estará sujeta al artículo 23 y al apartado 4 del artículo 35».

5. El artículo 23 de la Directiva, titulado «Especificaciones técnicas», no es objeto de controversia, y, por lo tanto, puede omitirse la reproducción de su texto íntegro. Es una disposición muy larga y detallada, que obliga a las entidades que adjudican contratos públicos a definir de modo claro y preciso los requisitos de la prestación requerida, con el fin de evitar que los interesados en celebrar

el contrato con la administración reciban un trato distinto.

económicamente más ventajosa, con arreglo a los siete criterios siguientes:

6. Por su parte, el artículo 35, apartado 4, de la Directiva impone a los poderes adjudicadores que hayan adjudicado un contrato público la obligación de publicar un anuncio en el que se informe de los resultados del procedimiento. La Comisión tampoco imputa a Irlanda la infracción de esta norma.

1) Completitud de la documentación aportada.

2) Capacidad declarada de satisfacer los requisitos.

3) Número de lotes,⁴ servicios y lenguas.

II. Hechos y procedimiento contencioso administrativo previo

7. El 16 de mayo de 2006 se publicó en el Suplemento al *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio de licitación³ convocada por el Gobierno irlandés sobre un contrato para el desempeño de servicios de traducción e interpretación en la oficina responsable en materia de refugiados.

4) Cualificación, experiencia relevante.

5) Precio.

6) Adecuación de las modalidades propuestas.

8. El anuncio de licitación precisaba la categoría de los servicios solicitados y fijaba una fecha límite (el 9 de junio de 2006) para manifestar interés en participar en la adjudicación. En cuanto a las modalidades de adjudicación, se indicaba que se elegiría la oferta

7) Lugares de referencia.

9. El anuncio precisaba asimismo que no debía entenderse que los criterios de adjudicación figuraban en orden de importancia decreciente.

3 — DO de 16.5.2006, S 92. El número de referencia del anuncio de licitación es 2006/S 92-098663.

4 — En el anuncio de licitación se preveía la subdivisión del contrato en varios lotes.

10. Doce sociedades manifestaron interés en participar en la licitación, tres de las cuales están establecidas fuera del territorio irlandés.

11. Inmediatamente después de que expirara el plazo para la presentación de ofertas los miembros de la comisión de licitación recibieron un esquema en el que se indicaba el peso relativo que debía atribuirse a los criterios de adjudicación. Dicho peso oscilaba entre el 0% (para el criterio nº 1, relativo a la completitud de la documentación) y el 30% (para el criterio nº 4). Por lo que respecta a los demás criterios, el esquema señalaba un peso del 7% para el nº 2, del 25% para el nº 3, del 20% para el nº 5, del 10% para el nº 6 y del 8% para el nº 7.

12. En los días sucesivos los miembros de la comisión de licitación llevaron a cabo un primer examen, a título individual, de las diversas ofertas presentadas.

13. La comisión de licitación se reunió por primera vez el 22 de junio de 2006. Antes de examinar las diversas ofertas, decidió modificar la ponderación de los criterios, reduciendo al 25% el peso del criterio nº 4 (valorado inicialmente en un 30%) y aumentando al 15% el peso del criterio nº 6 (valorado inicialmente en un 10%). El peso de los demás criterios no fue alterado. Seguidamente la comisión de

licitación pasó a valorar las ofertas y a adjudicar el contrato, utilizando la nueva ponderación que acababa de aprobarse.

14. La Comisión recibió una denuncia de un licitador no seleccionado. Tras un intercambio de información con Irlanda, la Comisión envió un escrito de requerimiento el 23 de octubre de 2007 y, a raíz de las respuestas del Gobierno irlandés, que fueron consideradas insatisfactorias, emitió un dictamen motivado el 23 de septiembre de 2008.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

15. Al no considerar satisfactoria la respuesta de las autoridades irlandesas al dictamen motivado, la Comisión interpuso el presente recurso por incumplimiento el 19 de junio de 2009.

16. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declare que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de igualdad de trato y de transparencia, tal y como son interpretados por el Tribunal de Justicia, al atribuir a los criterios de adjudicación de un contrato un determinado peso una vez expirado el plazo para la presentación

de ofertas y al modificar dicho peso tras un primer examen de las ofertas presentadas.

- Condene en costas a Irlanda.

17. Irlanda solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas a la Comisión.

irlandesa en el ámbito del presente asunto estén incluidos en el anexo II B de la Directiva. En consecuencia, las únicas obligaciones que imponía expresamente la Directiva eran las relativas a las especificaciones técnicas (artículo 23 de la Directiva) y al anuncio del resultado de la adjudicación (artículo 35, apartado 4). No obstante, la Comisión no ha hecho ningún reproche a Irlanda en relación con esos extremos.

20. Sin embargo, como es sabido, el Derecho de la Unión aplicable a los contratos públicos no está constituido únicamente por las disposiciones específicas contenidas en las Directivas en la materia. En particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha insistido constantemente en la necesidad de no perder de vista la importancia del Derecho originario en este ámbito.

IV. Sobre el incumplimiento

A. *Naturaleza jurídica del contrato examinado*

18. Antes de analizar el incumplimiento que se imputa, para poder determinar el régimen jurídico que debe aplicarse al contrato publicado por las autoridades irlandesas es necesario dilucidar con carácter preliminar la naturaleza de dicho contrato.

19. Como se ha observado anteriormente, las partes no discuten el hecho de que los servicios adjudicados por la administración

21. Recuérdesse que, según reitera el Tribunal de Justicia, la coordinación a escala de la Unión de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro.⁵

5 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553), apartado 43, y de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartado 27.

22. Por consiguiente, cuando un contrato público presente un interés transfronterizo, aunque sólo sea potencial, deben aplicarse las normas emanadas del Tratado.⁶ Es evidente que esta aplicación se añade a la de las posibles formalidades previstas expresamente por la legislación aplicable; por ejemplo, en el caso de autos, las obligaciones relativas a las especificaciones técnicas y al anuncio del resultado de la adjudicación.

23. Las obligaciones que derivan del Derecho originario, y en particular de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, son esencialmente dos. Por un lado, las administraciones deben respetar los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de igualdad de trato. Por otro lado, con el fin de permitir

que se respeten dichos principios, la administración debe cumplir una obligación de transparencia.⁷

24. Las partes no parecen estar realmente en desacuerdo sobre la existencia de las obligaciones definidas en los puntos anteriores, ni sobre el hecho de que el contrato examinado tenga un interés transfronterizo, como demuestran tanto la opción de darle publicidad a través del Suplemento al *Diario Oficial de la Unión Europea* como el hecho de que algunos de los licitadores fueran empresas no establecidas en Irlanda.⁸ La cuestión controvertida es si, en las circunstancias específicas del caso, el comportamiento de la administración irlandesa respetó o no las reglas mencionadas.

B. Alegaciones de las partes

6 — La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exige siempre claramente la necesidad de un interés transfronterizo, sino que a veces contiene afirmaciones que parecen implicar una aplicación incondicionada de los principios emanados del Tratado; *cf.* por ejemplo, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartado 60, y el auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard* (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartado 20. Sin embargo, en otras decisiones el requisito aparece indicado expresamente; *cf.* por ejemplo, en materia de concesiones, las sentencias de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 20, y de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91/08, Rec. p. I-2815), apartado 34. Sobre el tema específico de los servicios de interés no prioritario (en otras palabras, los incluidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18), véase la sentencia *Comisión/Irlanda*, citada en la nota 5 (apartado 29). La propia Comisión ha reconocido la necesidad de un interés transfronterizo en su Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO de 1.8.2006, C 179, p. 2, punto 1.3).

25. En su breve recurso, la Comisión sostiene que la administración irlandesa incumplió las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión en dos aspectos diferentes, violando en ambos casos los principios de igualdad de

7 — La jurisprudencia al respecto es constante: Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartados 47 a 49.

8 — Por otra parte, la Comisión ha presentado profusas alegaciones para demostrar que el contrato examinado tiene interés transfronterizo, obviamente con el fin de respetar el principio que le impone la carga de la prueba al respecto. Véase la sentencia *Comisión/Irlanda*, citada en la nota 5 (apartado 32).

trato y de transparencia impuestos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

26. En primer lugar, sostiene que el comportamiento de las autoridades irlandesas es ilegal porque la ponderación de los criterios para la adjudicación del contrato se llevó a cabo una vez expirado el plazo para la presentación de las ofertas.

27. En segundo lugar, alega que también es ilegal haber procedido a modificar la citada ponderación tras haber realizado un primer examen de las ofertas presentadas.

28. La Comisión observa asimismo que en la invitación a presentar ofertas enviada a las empresas con posterioridad a la publicación del anuncio en el Diario Oficial ya no constaba la indicación de que los criterios de adjudicación no figuraban en orden de importancia decreciente, de modo que los participantes en la licitación tenían razones para esperar, en ese momento, que dicho orden era realmente el orden de indicación de los criterios. Dado que, en cambio, la ponderación no atribuyó a los criterios un peso proporcional a su posición en la lista, la Comisión considera que las autoridades irlandesas indujeron a error a los licitadores. No obstante, en la fase de réplica la Comisión precisó que la cuestión del orden específico de indicación de los criterios no es la base de su recurso, por lo que éste sólo se basa en los dos aspectos señalados: la determinación del peso relativo de los criterios efectuada una vez expirado el plazo para la

presentación de las ofertas y la modificación de dicha determinación como consecuencia de un primer examen de las ofertas por los miembros individuales de la comisión de licitación.

29. Por su parte, Irlanda reconoce esencialmente los hechos tal y como los expone la Comisión,⁹ aunque niega que éstos constituyan una vulneración del Derecho de la Unión.

30. En particular, el Gobierno irlandés destaca que la modificación realizada el 22 de junio a los criterios fue mínima (una reducción del 5 % del peso atribuido al criterio n° 4 y un aumento correspondiente del 5 % del peso atribuido al criterio n° 6), completamente insuficiente para favorecer o perjudicar a un licitador frente a otro. En efecto, sostiene que un análisis retrospectivo demuestra que el licitador seleccionado también habría obtenido el contrato con arreglo a la ponderación inicial de los criterios.

31. Irlanda alega que, puesto que no hubo ninguna violación del principio de igualdad de trato de los licitadores, tampoco es necesario analizar si se respetó en principio de transparencia, ya que la jurisprudencia del

9 — La especial insistencia del Gobierno irlandés en el hecho de que la atribución del peso de los criterios fue modificada *antes* de que la comisión de licitación empezara a examinar las ofertas no elimina el hecho de que, mientras tanto, los miembros individuales de dicha comisión ya habían llevado a cabo un primer examen de las mismas ofertas *con carácter individual*. Esta circunstancia resulta claramente probada por la documentación aportada por la Comisión a su recurso.

Tribunal de Justicia considera que este segundo principio es meramente accesorio respecto al primero.

resulta superfluo examinar el respeto del principio de transparencia.

34. El razonamiento de Irlanda no puede aceptarse.

C. Valoración

32. En aras de la lógica y de la claridad de la exposición del razonamiento, comenzaré mi examen de los aspectos jurídicos del asunto realizando algunas observaciones sobre el principio de transparencia en el ámbito de los contratos públicos. Seguidamente analizaré las dos imputaciones de la Comisión, dedicando finalmente unas líneas a un aspecto que en mi opinión ha sido ignorado erróneamente por las partes.

35. Ciertamente, siguiendo la lógica que inspira la reiterada jurisprudencia en la materia, el principio de transparencia tiene una función accesorio respecto a los de igualdad de trato y de no discriminación. Sin embargo, este carácter accesorio no implica su subordinación, con la consecuencia avanzada por el Gobierno irlandés. Por el contrario, la obligación de transparencia es accesorio en el sentido de que *su cumplimiento permite determinar si se respetaron las otras dos obligaciones «principales»*. Si la administración no actúa de modo transparente resulta difícil, cuando no imposible, comprobar si incumplió las obligaciones de igualdad de trato y de no discriminación.

1. Sobre el principio de transparencia

36. Además, el cumplimiento de la obligación de transparencia es un requisito preliminar indispensable para garantizar que todos los licitadores potenciales sean informados adecuadamente sobre el contrato, de modo que se respete la igualdad de trato.¹⁰

33. Como se ha expuesto, Irlanda sostiene que el principio de transparencia en materia de contratos tiene carácter subsidiario respecto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación. En consecuencia, en su opinión, una vez que ha quedado acreditado que ambos principios no han sido violados,

37. En consecuencia, si concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia para aplicar a un contrato público los principios

10 — Véase la sentencia Coname, citada en la nota 6 (apartado 17).

derivados del Derecho originario de la Unión, siempre debe comprobarse que se respete el principio de transparencia. Incluso desde el punto de vista lógico podría considerarse que su verificación debe ser *previa* a la del respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

2. Sobre la primera imputación de la omisión

38. Como se ha expuesto, mediante su primera imputación la Comisión reprocha a Irlanda que definiera el peso de los diversos criterios de adjudicación únicamente una vez expirado el plazo para la presentación de las ofertas. La Comisión considera que esta determinación tardía violó los principios de igualdad de trato y de transparencia.

39. En mi opinión no procede estimar la primera imputación, por las siguientes razones.

40. En primer lugar, es cuestión pacífica que la Directiva no exigía que se indicara preliminarmente el peso de los criterios de adjudicación. Como reconoce la propia Comisión en su recurso, el artículo 40 de la Directiva, que establece una obligación de este tipo en su apartado 5, letra e), no era aplicable al

contrato examinado. En efecto, para ser precisos, en el caso de autos la Directiva tampoco requería que se indicaran previamente los criterios de adjudicación, indicación que no obstante fue efectuada por las autoridades irlandesas.

41. En segundo lugar, dicha obligación tampoco puede deducirse de la jurisprudencia. En particular, puede invocarse por analogía una sentencia del Tribunal de Justicia que, en un asunto regido por completo por las Directivas sobre contratos públicos, reconoció la legalidad del comportamiento de una administración que había ponderado los subelementos de un criterio de adjudicación *tras* la presentación de las ofertas, pero *antes* de la apertura de los pliegos que las contenían.¹¹

42. Naturalmente, procede preguntarse si cabe considerar que la obligación de indicar el peso de los diversos criterios de adjudicación en el anuncio de licitación es una consecuencia natural del deber de respetar los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. Sin embargo, no me parece que éste sea el caso, en particular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

43. En efecto, en la jurisprudencia sobre contratos públicos sujetos íntegramente a

¹¹ — Sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y otros (C-331/04, Rec. p. I-10109), apartado 32.

la regulación de las diversas Directivas en la materia se considera que la obligación de informar previamente a los licitadores de los criterios de adjudicación (obligación, recuérdese, expresamente prevista por las normas en esos casos) es una expresión de los principios de igualdad de trato y de transparencia.¹² Asimismo, según dicha jurisprudencia, de los citados principios derivan la obligación de interpretar los criterios de adjudicación de modo uniforme a lo largo de todo el procedimiento¹³ y la prohibición de modificar los criterios de adjudicación durante la licitación.¹⁴

idéntica a la impuesta a los contratos que están sometidos a ésta, se abriría la puerta a una aplicación subrepticia de la Directiva a toda una serie de casos en los que el legislador decidió *expresamente* que no procedía aplicarla. En efecto, en cierta medida toda la Directiva tiene la función de dar cumplimiento a los principios fundamentales del Tratado;¹⁵ si el único modo de respetar dichos principios en materia de contratos públicos fuera el previsto en la Directiva no quedaría otra solución que aplicarla a todos los casos en los que haya un interés transfronterizo.

44. Es evidente que, en la Directiva 2004/18, la obligación de indicar previamente el peso de los criterios de adjudicación en los contratos sujetos íntegramente a la aplicación de la propia Directiva también responde a la exigencia de garantizar que se respeten los principios de igualdad de trato y de transparencia. Sin embargo, estimo necesario que se evite considerar automáticamente idéntico el alcance que tienen los principios en cuestión en los contratos sujetos a la Directiva y en los contratos que no se hallan sometidos a ésta (o, como ocurre en el caso de autos, en los que sólo están sujetos a ella parcialmente). En efecto, si se considerara que la transparencia exigida a los contratos excluidos de la aplicación de la Directiva es forzosamente

45. En general, las modalidades prácticas para garantizar el respeto de los principios del Tratado en los ámbitos en que la Directiva no se aplique o se aplique sólo parcialmente no pueden definirse de una vez por todas, y deben apreciarse caso por caso.¹⁶

46. Ahora bien, en el caso de autos la administración irlandesa publicó un anuncio de licitación en el que indicó los criterios de adjudicación, pero no especificó su peso relativo. A la luz de las consideraciones expuestas

12 — Sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica (C-87/94, Rec. p. I-2043), apartado 88, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (causa C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 98. Es interesante destacar que en las Directivas aplicables en los asuntos resueltos mediante las sentencias que acaban de citarse sólo se exigía que la administración indicara con carácter previo el peso de los criterios de adjudicación «si fuera posible», enumerándolos en el orden de importancia que les fuera atribuida (*cfr.* el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37/CEE y el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 90/531/CEE).

13 — Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725), apartado 43.

14 — Sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom (C-448/01, Rec. p. I-14527), apartado 93.

15 — Véase, por analogía, la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353) apartado 33.

16 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Telaustria y Telefondress, citada en la nota 6 (apartado 63), y Parking Brixen, citada en la nota 7 (apartado 50).

en los puntos anteriores, en mi opinión no se produjo una violación de los principios de prohibición de la discriminación, de igualdad de trato y de transparencia. La administración adjudicadora aportó más información de la que le exigía la Directiva, y no creó disparidades entre los licitadores potenciales.

47. Como ha señalado la jurisprudencia, en principio, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita una efectiva apertura a la competencia, además de un control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.¹⁷ En el presente asunto, la decisión de utilizar el Suplemento al *Diario Oficial de la Unión Europea* debe considerarse sin duda adecuada para dar suficiente publicidad al procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.

48. Seguidamente, en lo que atañe a los principios de no discriminación y de igualdad de trato, el hecho de haber procedido a ponderar los criterios tras la presentación de las ofertas no ha creado, por sí mismo, ninguna diferencia de trato entre los licitadores, que estaban situados en un plano de igualdad.

49. Por otra parte, obsérvese que la apreciación de la primera imputación de la Comisión habría sido diferente si la administración adjudicadora hubiera indicado en el anuncio de licitación los criterios de adjudicación incluyéndolos en la lista en orden de peso decreciente. En ese caso, la administración habría modificado el peso de los criterios a lo largo del procedimiento; como se ha expuesto anteriormente, en este caso el peso atribuido a los criterios no tiene ningún vínculo con el orden en el que figuran en el anuncio de licitación y los criterios más importantes para la adjudicación eran los que ocupaban la tercera y la cuarta posición.

50. Sin embargo, aunque la Comisión sugiriera en su recurso que en la lista de los criterios contenida en el anuncio de licitación y en el ulterior escrito en el que se invitaba a presentar las ofertas figuraba una enumeración por peso decreciente de importancia, distintos elementos contradicen esta afirmación.

51. En primer lugar, en el anuncio publicado en el Diario Oficial se indicaba expresamente que el orden de los criterios no reflejaba su peso relativo.

52. En segundo lugar, el primero de los criterios enumerados era el de la completitud de la documentación aportada. Ningún licitador mínimamente avisado habría podido considerar que éste era el principal criterio

17 — Véase, por ejemplo, la sentencia *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 6 (apartado 62). Véanse también, por analogía, en materia de concesiones de servicios, las sentencias de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 25, y de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange* (C-203/08, Rec. p. I-4695), apartado 41 y la jurisprudencia que allí se cita.

de adjudicación. En efecto, parece que se trate más bien de un requisito de admisión a la licitación que de un criterio de adjudicación, de modo que no es casualidad que posteriormente se le atribuyera un peso del 0%.¹⁸

53. En tercer lugar, en la fase de réplica la propia Comisión parece haber —si no abandonado— sí al menos redimensionado su posición respecto del orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación. Esta decisión de la Comisión me parece totalmente correcta, pero al mismo tiempo priva a la primera imputación de su único apoyo sólido posible.

54. En consecuencia, considero que debe desestimarse la primera imputación de la Comisión.

3. Sobre la segunda imputación de la Comisión

55. Recuérdese que mediante su segunda imputación la Comisión sostiene que Irlanda violó los principios de igualdad de trato y de transparencia modificando la ponderación de

los criterios de adjudicación tras un primer examen sumario de las ofertas presentadas.

56. Como he observado anteriormente, los hechos son pacíficos y no se discuten. La modificación del peso de los criterios se produjo efectivamente algunos días después de su primera determinación. En el momento de la modificación la comisión de licitación aún no había iniciado su labor, pero sus miembros habían tenido oportunidad de examinar a título individual las ofertas presentadas.

57. A diferencia de la primera, la segunda imputación debe estimarse.

58. He señalado anteriormente que el Derecho de la Unión, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia, considera incompatible con los principios de igualdad de trato y de no discriminación toda modificación de los criterios de adjudicación que tenga lugar a lo largo del procedimiento.¹⁹ Esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos.

59. Esta conclusión no resulta invalidada por el hecho de que la comisión de licitación iniciara su labor como órgano colegiado tras la modificación final de los criterios de adjudicación. El principio que exige que no se

¹⁸ — Al respecto véanse también los puntos 64 y ss *infra*.

¹⁹ — Véase el punto 43 *supra*.

modifiquen los criterios a lo largo del procedimiento quedaría completamente privado de efecto útil si no se considerase a todos los efectos que forma parte del procedimiento una fase en la que los miembros de la comisión de licitación examinan las ofertas presentadas por los licitadores antes de que se reúna dicha comisión.

60. Tampoco elimina la ilegalidad del comportamiento de la administración el hecho de que la primera definición del peso de los criterios no fuese un acto oficial, sino una mera «propuesta preliminar». En mi opinión, para garantizar la igualdad de trato de los licitadores es indispensable que el peso de los criterios de adjudicación se determine *antes de que las ofertas sean examinadas*, aunque sólo sea a título individual, por los miembros de la comisión de licitación. Las operaciones de ponderación de los criterios, por un lado, y de valoración de las ofertas, por otro, deben permanecer netamente separadas. Para ser legal, la eventual «reflexión común» de los miembros de la comisión de licitación sobre el peso que había de atribuirse a los distintos criterios debería haber tenido lugar antes de cualquier examen de las ofertas.

61. Asimismo deben rechazarse las alegaciones del Gobierno irlandés basadas en el hecho de que el licitador seleccionado habría seguido siendo el mismo aunque se hubiera asignado a los diversos criterios el peso establecido inicialmente en vez del determinado por la ulterior modificación.

62. Recuérdese que, según una jurisprudencia consolidada, en el ámbito de los recursos por incumplimiento no existe ninguna condición relativa al interés en actuar.²⁰ El objetivo del procedimiento es determinar si se ha producido o no una infracción del Derecho de la Unión, y no examinar las consecuencias derivadas de dicha infracción. Por lo tanto, la circunstancia de que el procedimiento habría tenido el mismo resultado si se hubiera aplicado a los criterios de adjudicación el peso que se les había atribuido inicialmente no tiene ninguna consecuencia para apreciar si el incumplimiento carece o no de fundamento.

63. En conclusión, la segunda de las imputaciones formuladas por la Comisión está fundada y ha de estimarse.

4. Sobre la posible ilegalidad de la atribución de un peso nulo a un criterio

64. Un último punto en el que merece la pena detenerse, a pesar de que las partes no le hayan dedicado especial atención, es la posibilidad de considerar contrario al Derecho de la Unión el hecho de que, al ponderar los diversos criterios de adjudicación, la administración irlandesa asignara un peso nulo (0%)

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia (C-394/02, Rec. p. I-4713), apartados 14 a 16 y la jurisprudencia que allí se cita.

a uno de ellos. Me estoy refiriendo, evidentemente, al criterio de la «completitud de la documentación aportada».

65. En mi opinión, incluir en el anuncio de licitación un criterio de adjudicación para atribuirle posteriormente, una vez expirado el plazo para la presentación de las ofertas, un peso equivalente al 0 %, implica a todos los efectos una modificación de los criterios. El resultado práctico es igual al que se obtendría eliminando el criterio de la lista: un criterio indicado en el anuncio de licitación no se utiliza posteriormente para adjudicar el contrato. En otras palabras, las autoridades irlandesas probablemente infringieron el Derecho de la Unión al atribuir un peso nulo al criterio de la completitud de la documentación.

66. No obstante, en el caso de autos el Tribunal de Justicia no puede condenar este incumplimiento.

67. En primer lugar, como he señalado anteriormente, cabría preguntarse si en realidad no debería considerarse que el «criterio de adjudicación» de la completitud de la

documentación es un simple requisito de participación en la licitación. Por definición, la documentación o bien es completa —es decir, satisface los requisitos exigidos en el anuncio de licitación— o bien no lo es. Cuesta imaginar una situación intermedia. No obstante, es cierto que aunque debiera considerarse que la completitud de la documentación no es un criterio de adjudicación, en el anuncio de licitación figuraba como tal, por lo que podrían plantearse dudas sobre su compatibilidad con los principios del Tratado.

68. Sin embargo, en segundo lugar hay que tener en cuenta que la Comisión no denuncia este incumplimiento. No se indica de modo explícito ni puede considerarse en absoluto implícito en el escrito de interposición del recurso, que, como hemos tenido oportunidad de comprobar, se limita a criticar la determinación del peso de los criterios una vez expirado el plazo para la presentación de las ofertas y la modificación de dicho peso realizada tras el examen de las ofertas efectuado individualmente por los miembros de la comisión de licitación. Asimismo, el Gobierno irlandés no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto.

V. Conclusión

69. Por consiguiente, concluyendo mi análisis, sugiero al Tribunal de Justicia que estime la segunda de las imputaciones formuladas por la Comisión. Por lo que respecta a las costas, dado que las pretensiones de Irlanda sólo se han desestimado parcialmente, considero que debería ser condenada a pagar la mitad de las costas soportadas por la Comisión, con arreglo al artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

70. Sobre la base de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

Declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumplen en virtud de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia al modificar el peso atribuido a los criterios para la adjudicación de un contrato tras un primer examen de las ofertas presentadas.

Desestimar el recurso en todo lo demás.

Condenar a Irlanda a cargar con la mitad de las costas.

La Comisión cargará con la mitad de sus propias costas.