



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MACIEJ SZPUNAR  
presentadas el 26 de junio de 2018<sup>1</sup>

## Asunto C-546/16

**Montte, S.L.,  
contra  
Musikene**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi)

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Procedimiento abierto — Criterios de adjudicación del contrato — Evaluación de ofertas por fases — Umbral mínimo de puntuación»

### I. Introducción

1. El presente asunto versa en particular sobre el alcance de la libertad de que gozan los Estados miembros al transponer las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE<sup>2</sup> en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos tramitados con el procedimiento abierto.

2. Más específicamente, la primera cuestión prejudicial se refiere a si la normativa nacional faculta al poder adjudicador para articular en dos fases la evaluación de las ofertas en un procedimiento abierto, de modo que en la segunda fase (fase económica) únicamente se examinan las ofertas que en la primera fase (fase técnica) hayan superado el umbral mínimo de puntuación. La segunda cuestión prejudicial se refiere a si la normativa nacional reguladora del procedimiento abierto debe obligar al poder adjudicador a garantizar que en la fase final de la licitación se evaluará un número de ofertas determinado. Finalmente, la tercera cuestión prejudicial se refiere a la conformidad con la Directiva 2014/24 de una solución que presuponga que, en la primera fase (fase técnica) de este procedimiento, la oferta debe obtener una puntuación determinada para que pueda ser valorada en la segunda fase (fase económica).

<sup>1</sup> Lengua original: polaco.

<sup>2</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

3. A tenor del artículo 26, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/24:

«1. Al adjudicar contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados para ajustarse a las disposiciones de la presente Directiva, siempre que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32, se haya publicado una convocatoria de licitación de conformidad con ella.

2. Los Estados miembros dispondrán que los poderes adjudicadores puedan aplicar procedimientos abiertos o restringidos según lo regulado en la presente Directiva.»

4. El artículo 27 de la citada Directiva, titulado «Procedimiento abierto», determina los plazos en los que los operadores económicos interesados podrán presentar una oferta en estas licitaciones de contratación pública en los que el poder adjudicador haya optado por el procedimiento abierto.

5. El artículo 66 de la Directiva 2014/24 dispone:

«Cuando los poderes adjudicadores hagan uso de la facultad de restringir el número de ofertas que haya que negociar, según lo previsto en el artículo 29, apartado 6, o de soluciones que deban examinarse, según lo previsto en el artículo 30, apartado 4, lo harán aplicando los criterios de adjudicación indicados en los pliegos de la contratación. En la fase final, el citado número deberá permitir que se garantice una competencia real, siempre que haya un número suficiente de licitadores, soluciones o candidatos.»

6. A tenor del artículo 67, apartados 1, 2 y 4, de la Directiva 2014/24:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. [...]

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. [...]

## B. Derecho español

7. El artículo 150, apartado 4, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, «TRLCSP») dispone:

«Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.»

8. El artículo 22, apartado 1, letra d), del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que regula las funciones de las Mesas de Contratación, órgano colegiado de apoyo a los órganos de contratación, señala, entre otras cosas, lo siguiente:

«Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

[...]

d) Cuando el procedimiento de evaluación se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.»

## III. Hechos del litigio principal

9. Musikene (en lo sucesivo, «poder adjudicador») es una fundación del sector público de la comunidad autónoma del País Vasco que ha organizado un procedimiento abierto para adjudicar un contrato de suministro descrito «Suministro del equipamiento mobiliario y señalética, mobiliario específico musical, instrumentos musicales, equipamiento electroacústico, de grabación y audiovisuales, equipamiento informático y reprografía». El valor estimado del contrato supera el umbral que obliga al poder adjudicador a aplicar las disposiciones que transponen la Directiva 2014/24 al Derecho español.

10. El anuncio de licitación en el marco del procedimiento abierto en el sentido del artículo 27 de la Directiva 2014/24 fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 26 de julio de 2016.

11. En los pliegos de la licitación se ha especificado la tramitación de la licitación de dicho contrato, incluidos los criterios de evaluación de las ofertas. En síntesis, en los pliegos se diferenciaron dos fases, descritas como fase técnica y fase económica. En el marco de cada una de estas fases, se podía atribuir un máximo de 50 puntos a cada oferta.

12. En la fase técnica resultaba de aplicación el criterio ponderado «Presentación y descripción del proyecto», desglosado en diferentes subcriterios para cada uno de los lotes en que se divide el contrato. Por su parte, en la fase económica se valoraba el criterio del precio. Consistía en la atribución de puntuación por la reducción del precio de la oferta respecto del valor del contrato.

13. Además, en los pliegos del contrato se estableció el umbral mínimo de puntuación que era necesario obtener en la fase técnica para ser admitidos en la fase económica. A esta fase solamente podrían acceder los licitadores que hubieran conseguido al menos 35 puntos en la fase técnica.

14. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en lo sucesivo, «OARC») es un órgano permanente que resuelve recursos en materia de contratos públicos.

15. Con fecha 11 de agosto de 2016, se recibió en el OARC el recurso especial interpuesto por la sociedad Montte, S.L. (en lo sucesivo, «recurrente»), contra los pliegos de la licitación. En su recurso, la recurrente impugna los pliegos en cuanto se estableció en ellos el umbral mínimo de puntuación que debe obtenerse en la fase técnica. Según la recurrente, este tipo de requisito debe anularse. Al establecer ese requisito pierde su sentido la forma de ponderación de los criterios técnicos y económicos prevista en los pliegos. Este requisito lleva a que el poder adjudicador tampoco pueda evaluar la oferta en consideración del precio ofertado ni tampoco pueda elegir la oferta más ventajosa.

16. A su vez, el poder adjudicador considera que, debido al objeto del contrato, resultaba necesario establecer ese requisito. Aquel se refería al equipamiento que constituye parte integrante de un edificio. Por ello, una determinada oferta podría pasar a la fase económica si cumplía determinados requisitos mínimos. De este modo, se aseguraba que el contrato se ejecutaría en los plazos estipulados y con un nivel técnico adecuado.

#### **IV. Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

17. En estas circunstancias, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Se opone la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, a una legislación nacional como el artículo 150, apartado 4, del TRLCSP, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que autorizan a los poderes adjudicadores a establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado?
- 2) En caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea negativa ¿se opone la citada directiva 2014/24 a una legislación nacional o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que utiliza en el procedimiento abierto el citado sistema de criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias de manera que en la fase final no queden ofertas suficientes como para garantizar una competencia real?
- 3) En caso de que la respuesta a la segunda cuestión prejudicial sea positiva ¿se opone la citada Directiva 2014/24, por no garantizarse la competencia real o por eludir el mandato de adjudicar el contrato a la oferta con la mejor relación/calidad precio, a una cláusula como la debatida, en la que el factor precio solo se valora para las ofertas que hayan obtenido 35 sobre 50 puntos en los criterios técnicos?»

18. La petición de decisión prejudicial fue recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 28 de octubre de 2016.

19. Los Gobiernos español y griego, así como la Comisión Europea, presentaron observaciones escritas. Estos Gobiernos y la Comisión comparecieron en la vista que se celebró el día 16 de abril de 2018.

## V. Análisis

### A. Sobre la admisibilidad

20. En la petición de decisión prejudicial, el OARC indaga si puede ser considerado como un «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267 TFUE. Por ello, en primer lugar me voy a referir a esta cuestión.

21. Según reiterada jurisprudencia, para apreciar si un determinado órgano nacional posee el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia deberá tomar en consideración un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia.<sup>3</sup> Además, los órganos jurisdiccionales nacionales solo pueden plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.<sup>4</sup> Estos requisitos tienen carácter indicativo, en el sentido de que no son determinantes ni exhaustivos. Constituyen la referencia de cualquier apreciación del carácter jurisdiccional del órgano remitente.<sup>5</sup>

22. Es importante señalar que, aunque en el Derecho de un Estado miembro el órgano tenga la consideración de órgano administrativo, ello no resulta, en sí, decisivo a efectos de apreciar si el órgano de que se trata es un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE.<sup>6</sup>

23. De la información proporcionada en la petición de decisión prejudicial resulta que el OARC es un órgano de recurso permanente, creado con arreglo a la normativa universalmente vinculante. La competencia del OARC para conocer de recursos especiales en materia de contratos públicos no depende de un acuerdo entre las partes.<sup>7</sup> Las resoluciones de este órgano son vinculantes para las partes. Además, el OARC resuelve los asuntos que se le presentan de acuerdo con las disposiciones legales, después de un procedimiento contradictorio. Finalmente, el OARC es un órgano independiente, que no está sometido a instrucciones externas de ningún tipo.

24. A la luz de estas observaciones, considero que el OARC cumple los requisitos para ser considerado «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267 TFUE.

3 Véanse las sentencias de 31 de mayo de 2005, *Syfait y otros* (C-53/03, EU:C:2005:333), apartado 29, y de 31 de enero de 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48), apartado 38.

4 Véanse las sentencias de 31 de mayo de 2005, *Syfait y otros* (C-53/03, EU:C:2005:333), apartado 29, y de 31 de enero de 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48), apartados 39 y 40.

5 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Ascendi* (C-377/13, EU:C:2014:246), punto 33.

6 Véase la sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 17.

7 Al margen, destaco que en la sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), el Tribunal de Justicia interpretó las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), que antecedió a la Directiva 2014/24, en el contexto de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano de recurso catalán. Es cierto que en ese contexto se invocó una disposición del Derecho español que preveía que el recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del contencioso-administrativo, es de carácter potestativo. No descarto que esta disposición del Derecho español sea aplicable en el litigio principal, que también se refiere a un órgano de recurso de otra comunidad autónoma. Sin embargo, en la sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), apartados 22 a 25, el Tribunal de Justicia declaró que el órgano de recurso catalán cumplía igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción y ello a pesar de que quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial ante el órgano remitente y el recurso contencioso-administrativo. Lo decisivo es que la competencia no depende de un acuerdo entre las partes y que las resoluciones son vinculantes para las partes.

## **B. Sobre la primera cuestión prejudicial**

25. Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se determine si la Directiva 2014/24 se opone a que las disposiciones que transponen las normas de esta Directiva al Derecho nacional autorizan al poder adjudicador a establecer una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto, con la salvedad de que en las fases sucesivas únicamente se examinen las ofertas que han superado un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

26. El órgano jurisdiccional remitente aclara que las dudas relativas a la posibilidad de evaluar las ofertas en varias fases en los procedimientos abiertos resultan de diversas consideraciones.

27. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 66 de la Directiva 2014/24 prevé la posibilidad de reducir el número de ofertas o de soluciones, articulando fases en el procedimiento de adjudicación de un contrato público respecto del procedimiento de licitación con negociación (artículo 29, apartado 6, de la Directiva 2014/24) y del diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4, de esta Directiva). En la Directiva 2014/24 no se ha incluido una norma análoga relativa al procedimiento abierto mencionado en el artículo 27 de esta Directiva.

28. En este contexto, el órgano remitente llama la atención sobre el hecho de que la posibilidad de establecer fases en el procedimiento de adjudicación de un contrato público solo es aplicable en los procedimientos en los que se permite la negociación de las ofertas iniciales. En consecuencia, según el órgano jurisdiccional remitente, puede mantenerse que el poder adjudicador no puede establecer fases en los procedimientos que no permiten la negociación de las ofertas. Entre esos procedimientos figura el procedimiento abierto.

29. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que el tenor de los considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24 no ampararía el establecimiento de fases en el procedimiento abierto. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, estos considerandos se refieren a la función que desempeñan los criterios de adjudicación del contrato. Gracias a estos criterios, resulta posible comparar ofertas para evaluarlas de modo objetivo. Por el contrario, los criterios de adjudicación del contrato no tienen por objeto la eliminación de las ofertas. Así, tienen carácter eliminatorio los criterios que verifican la capacidad del licitador para ejecutar el contrato o los que se refieren a los requisitos técnicos mínimos establecidos en los pliegos.

30. En tercer y último lugar, el órgano jurisdiccional remitente pone de relieve que la evaluación de las ofertas por fases, según se llevó a cabo en el procedimiento nacional, puede llevar a que el poder adjudicador no tome en consideración las ofertas económicamente más ventajosas. En consecuencia, no se adjudicaría el contrato atendiendo al criterio del coste, lo que sería especialmente contrario al artículo 67, apartado 2, de la Directiva 2014/24.

### ***1. Posturas de las partes***

31. Por lo que respecta a las dudas del órgano jurisdiccional remitente, el Gobierno español señala en primer lugar que el legislador de la Unión no ha realizado una armonización plena de las disposiciones relativas al procedimiento abierto. En efecto, el Estado miembro tiene libertad para regular las cuestiones relacionadas con el procedimiento abierto en el Derecho nacional, respetando siempre el efecto útil de las disposiciones de la Directiva 2014/24.



32. En segundo lugar, el Gobierno español disiente de la interpretación del órgano jurisdiccional remitente, que considera que la evaluación de las ofertas por fases en el procedimiento abierto tiene por objeto limitar el número de candidatos u ofertas. Según el Gobierno español, el establecimiento de dos fases en la evaluación de las ofertas en el procedimiento nacional pretendía que únicamente se tuvieran en consideración las ofertas que respondieran a las necesidades del poder adjudicador.

33. En tercer y último lugar, en opinión del Gobierno español, lo cierto es que el poder adjudicador no puede establecer los criterios de adjudicación del contrato de un modo que le asegure una libertad ilimitada. Sin embargo, del artículo 67, apartado 2, de esta Directiva se deduce que la oferta económicamente más ventajosa podrá elegirse atendiendo al criterio de la relación-precio.

34. En relación con la primera cuestión prejudicial, el Gobierno griego y la Comisión Europea presentan en esencia una postura similar a la del Gobierno español.

## 2. Análisis

35. Considero que hay tres cuestiones que suscitan las dudas del órgano jurisdiccional remitente y a las que aluden las partes en sus observaciones. En primer lugar, se trata del margen de libertad que ostentan los Estados miembros al regular el procedimiento abierto en el Derecho nacional. En segundo lugar, las dudas del órgano jurisdiccional remitente también se refieren a si la evaluación de las ofertas en dos fases, tramitada del mismo modo que en el litigio principal, no lleva a que los criterios de evaluación de las ofertas tengan en esencia un carácter eliminatorio, cuando deberían cumplir una función evaluadora. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si la evaluación de las ofertas por fases no lleva a que el criterio del precio se omita en la adjudicación del contrato. Más adelante, me voy a referir a cada una de estas cuestiones.

### ***a) Margen de libertad que ostentan los Estados miembros en el contexto de la regulación del procedimiento abierto***

#### *1) Notas introductorias*

36. El artículo 26, apartado 1, de la Directiva 2014/24 dispone que, al adjudicar contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, *adaptados* para ajustarse a las disposiciones de esa Directiva. Además, según el artículo 26, apartado 2, de la Directiva 2014/24 los Estados miembros están obligados a asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar el procedimiento abierto *de conformidad con* las disposiciones de esta Directiva.<sup>8</sup>

37. A este respecto, conviene poner de manifiesto que la Directiva 2014/24 no regula exhaustivamente la forma de tramitación del procedimiento abierto. A ello también se refieren los Gobiernos español y griego, así como la Comisión Europea. Es cierto que en el artículo 27 de la Directiva 2014/24 se han determinado los plazos en los que deben presentarse las ofertas en el procedimiento abierto. Sin embargo, no se han incluido en la Directiva disposiciones relativas a la tramitación de la licitación de adjudicación de un contrato que se sustancie utilizando este procedimiento.

38. Pues bien, por una parte, dado que los Estados miembros están obligados a garantizar que los poderes adjudicadores puedan aplicar el procedimiento abierto y que, por otra parte, aquí se trata de un procedimiento *adaptado* a los requisitos de la Directiva y aplicado *de conformidad con* sus disposiciones, al estar este procedimiento regulado en el Derecho de la Unión solo en pequeña medida, corresponde a los legisladores nacionales crear la pertinente normativa relativa a la tramitación de tales procedimientos.

<sup>8</sup> El subrayado es mío.

39. Evidentemente, en este ámbito, la libertad de los legisladores nacionales no es ilimitada. Las normativas nacionales no pueden articular procedimientos en los que se produzcan repetidamente infracciones por parte de los poderes adjudicadores de las normas de adjudicación de contratos establecidas en el artículo 18 de la Directiva 2014/24 y de los principios generales del Derecho de la Unión. Las normativas nacionales no pueden menoscabar la eficacia de las disposiciones de esta Directiva (*effet utile*).<sup>9</sup> En mi opinión, así debe entenderse el requisito de adaptación de los procedimientos a los requisitos de la Directiva 2014/24 y de respetar su conformidad con las disposiciones de esta Directiva.

40. A la luz de las anteriores observaciones, debe analizarse si del silencio de la Directiva 2014/24 sobre la admisibilidad de la evaluación de las ofertas por fases se concluye que la autorización al poder adjudicador para adoptar esta solución en los pliegos de una licitación relativa a la adjudicación de un contrato público es contraria a las disposiciones de la Directiva 2014/24. En este contexto, en relación con las dudas del órgano jurisdiccional remitente, cabe invocar la interpretación sistemática de la Directiva 2014/24, llevada a cabo a la luz de su artículo 66.

*2) Sobre el papel del artículo 66 de la Directiva 2014/24 a la luz de otras disposiciones de la Directiva*

41. El órgano jurisdiccional remitente explica que sus dudas sobre la posibilidad de establecer en los pliegos de la contratación de un procedimiento abierto una evaluación de las ofertas en dos fases resultan de la inclusión en la Directiva 2014/24 de una disposición que permite claramente el examen por fases de las soluciones o de las ofertas en algunos procedimientos (artículo 66), mientras que en la Directiva no existe una norma análoga que se refiera al procedimiento abierto.

42. No comparto las dudas del órgano jurisdiccional remitente a este respecto.

43. El establecimiento de una norma clara que permita el examen por fases de las soluciones o de las ofertas, aplicando los criterios de adjudicación del contrato en el procedimiento de licitación con negociación y del diálogo competitivo, obedece en mi opinión a que en estos procedimientos se permite la negociación de las ofertas iniciales (artículo 29, apartado 5, de la Directiva 2014/24) y aclarar, precisar y optimizar estas ofertas (artículo 30, apartado 6, de esa Directiva).

44. Por una parte, la negociación de numerosas ofertas o soluciones podría en algunos casos ser problemática para los poderes adjudicadores. La Comisión Europea llamó la atención sobre ello en sus observaciones escritas. Al restringir el número de las ofertas o de las soluciones en las fases sucesivas del procedimiento, solamente se podrán negociar aquellas que respondan a las necesidades de los poderes adjudicadores.

45. Por otra parte, como consecuencia de la división del procedimiento en fases sucesivas para restringir el número de ofertas o las soluciones que han de examinarse, resultaría que solamente tienen la posibilidad real de negociar la oferta y celebrar sobre la base de esta un contrato con el poder adjudicador los licitadores cuyas ofertas o soluciones no hubiesen sido eliminadas en las fases previas del procedimiento. Ello plantearía dudas sobre el respeto de las normas de adjudicación de contratos, establecidas en el artículo 18 de la Directiva 2014/24. Se trata sobre todo del principio de igualdad de trato y de no discriminación, de la obligación de transparencia y la prohibición de restringir artificialmente la competencia.

<sup>9</sup> En este sentido, en relación con la Directiva 2004/18, véase la sentencia de 28 de febrero de 2018, MA.T.I. SUD y Duemme SGR (C-523/16 y C-536/16, EU:C:2018:122), apartado 48. En relación con las normas nacionales de procedimiento, relativas a los recursos judiciales en materia de contrataciones públicas, véase la sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros (C-391/15, EU:C:2017:268), apartado 33.



46. El legislador de la Unión estableció además claramente que se autoriza la evaluación de las ofertas por fases en los procedimientos que permiten la negociación de las ofertas. De este modo se disiparon las dudas sobre la admisibilidad del establecimiento de fases en este tipo de procedimientos.<sup>10</sup>

47. Sin embargo, no nos encontramos con este tipo de dudas en el procedimiento abierto, que no permite la negociación de las ofertas iniciales.<sup>11</sup> Por consiguiente, al no existir una norma análoga al artículo 66 de la Directiva 2014/24, que se refiera al procedimiento abierto, de lo anterior no se puede concluir que en este procedimiento no se permite la introducción de fases que se refieran a determinados criterios de adjudicación del contrato.

48. En síntesis, de la inclusión en la Directiva 2014/24 de una disposición como el artículo 66 de esta Directiva, que se refiere al procedimiento de licitación con negociación y al diálogo competitivo, no se concluye que no se permita en el procedimiento abierto la evaluación de las ofertas por fases, con la salvedad de que esta no puede vulnerar las reglas de adjudicación de los contratos previstos en el artículo 18 de esta Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión, ni infringir la eficacia de las disposiciones de la Directiva.

### ***b) Sobre el carácter y la función de los criterios de adjudicación del contrato***

49. En la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el establecimiento de un procedimiento abierto por fases como aquel al que se refieren los pliegos de la contratación impugnada en el litigio principal no implica que los criterios de adjudicación de la contratación se erigen en la práctica en criterios que verifican la capacidad para cumplir el contrato adjudicado, que tienen carácter eliminatorio.

50. Para posicionarme acerca de la duda planteada por el órgano jurisdiccional remitente, me parece oportuno aclarar la esencia de los criterios aplicados en la adjudicación de contratos en los procedimientos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

51. En el artículo 56 de la Directiva 2014/24, el legislador de la Unión diferencia claramente dos tipos de criterios, a saber: los criterios de selección subjetiva, compuestos sobre todo por motivos de exclusión, y los criterios de selección que verifican la capacidad de los licitadores para cumplir el contrato adjudicado (véanse los artículos 57 y 58 de la Directiva 2014/24), así como los criterios de adjudicación del contrato, que se refieren a las mismas ofertas. A diferencia de los criterios de selección subjetiva, los criterios de adjudicación del contrato tienen un carácter objetivo en el sentido de que son criterios vinculados con el mismo objeto del contrato (artículo 67, apartado 2, frase primera *in fine* de la Directiva 2014/24).<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Es más, a diferencia del procedimiento abierto, el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo pueden utilizarse cuando se cumplan determinados requisitos. Además, el legislador de la Unión ha regulado la tramitación de estos procedimientos de forma más restrictiva que en el procedimiento abierto. Ello se explica en la doctrina porque el riesgo de restricción de la competencia es fundamentalmente más alto cuando se utilicen estos procedimientos especiales que cuando el poder adjudicador aplique el procedimiento abierto. Respecto a la situación jurídica anterior a la adopción de la Directiva 2014/24, véase Bovis, C., *Public Procurement in the European Union*, Palgrave, Nueva York, 2005, pp. 132 y 133.

<sup>11</sup> Véase González García, J. en: Caranta, R., Edelstam, G., Trybus, M. (editors), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruselas, 2013, capítulo 3, punto 4. Así, la facultad del poder adjudicador para negociar podría infringir el principio de igualdad de trato y de no discriminación y de la obligación de transparencia. Véase la sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 62 y jurisprudencia citada.

<sup>12</sup> Es significativo que en el contexto de la verificación relativa al carácter objetivo de los criterios de adjudicación de la contratación, estos criterios también pueden referirse al personal encargado de ejecutar el contrato de que se trate, cuando haya una relación entre la calidad del personal y la ejecución del contrato. Véase el artículo 67, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/24. Véase también la sentencia de 26 de marzo de 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), apartados 33 y 34. Conviene señalar que también en el artículo 66 de la Directiva 2014/24, reiteradamente mencionado en la petición de decisión prejudicial, se llega a la restricción del número de ofertas o soluciones por medio de la división del procedimiento de licitación con negociación o del diálogo competitivo mediante la aplicación de criterios de adjudicación de la contratación y no, por el contrario, de criterios de selección subjetiva. Véase Pawelec, J. (ed.), *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE — Komentarz*, Varsovia, C.H. Beck, 2017, p. 315; Sánchez Graells, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford — Portland, Hart Publishing, 2015, p. 312.

52. Del análisis de la petición de decisión prejudicial se concluye que los criterios aplicados en ambas fases del procedimiento abierto se referían a las ofertas (criterios de adjudicación del contrato) y no a la capacidad de los licitadores para cumplir el contrato adjudicado (criterios de selección subjetiva). En efecto, según la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, en la fase técnica se aplicaron los criterios referidos a la presentación y a la descripción del proyecto.

53. Lo cierto es que la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato en la forma que tuvo lugar en el procedimiento nacional, lleva a que en la práctica algunas ofertas no se tomen en consideración por el poder adjudicador en las fases sucesivas del procedimiento. Sin embargo, no se trata de una preselección de licitadores, sino de mejorar la forma de ponderación de cada uno de los criterios de adjudicación del contrato.

54. Es posible imaginar que el poder adjudicador evalúe los criterios técnicos y económicos en el procedimiento abierto, en el que no habría ninguna diferenciación de fases. Ello exigiría ponderar en los pliegos del contrato los diferentes criterios, de modo que la oferta que no responda a determinados requisitos técnicos no alcanzaría en la práctica la puntuación mínima que haga posible su elección por el poder adjudicador.

55. Estoy convencido de que la solución descrita en el punto anterior y la solución que implique una evaluación de las ofertas en dos fases, impugnada por la recurrente en el procedimiento principal, no son incompatibles en sí mismas con la Directiva 2014/24. En relación con ambas soluciones, con arreglo al artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24, los criterios de adjudicación de la contratación deben determinarse, obviamente, de modo que aseguren la competencia real. A este respecto, es significativo que en el procedimiento principal la recurrente no parece cuestionar la proporcionalidad de las expectativas del poder adjudicador que llevan a establecer un umbral de 35 puntos en la fase técnica, en la que se evaluarán las ofertas en términos de calidad.

56. Por tanto, considero que la Directiva 2014/24 no se opone a la especificación en los pliegos de los criterios de adjudicación del contrato que sean conformes con el artículo 67, apartados 2 y 4, de esta Directiva, de modo que únicamente se someterán a evaluación en las fases sucesivas del procedimiento abierto las ofertas que hayan superado un resultado de puntuación determinado en las fases antecedentes.

### ***c) Sobre la función del precio como criterio de adjudicación del contrato***

57. El órgano jurisdiccional remitente señala también que la evaluación de las ofertas por fases, como la prevista en los pliegos que impugna la recurrente, puede llevar a que la contratación se adjudique omitiendo el elemento del precio. Según el órgano jurisdiccional remitente, ello podría ser incompatible con la Directiva 2014/24.

58. Ciertamente, el considerando 90, frase segunda, de la Directiva 2014/24 dispone que la evaluación sobre la base de la mejor relación calidad-precio ha de incluir siempre un elemento de precio o coste.

59. Sin embargo, del artículo 67, apartado 1, de la Directiva 2014/24 se deduce que los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Así, conforme al artículo 67, apartado 2, de esta Directiva, se trata de la oferta económicamente más ventajosa *desde el punto de vista del poder adjudicador*, si bien la oferta económicamente más ventajosa *podrá* incluir la mejor relación calidad-precio.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> El subrayado es mío.

60. Asimismo, según el considerando 90, párrafo segundo, de la Directiva, se pretende fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública. Por este motivo, los Estados miembros deben estar autorizados —cuando lo estimen adecuado— a prohibir el solo uso del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa o también *restringir* el uso de estos elementos. Además, según el considerando 92, párrafo primero, frase cuarta, se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación *que permitan a estas instituciones obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades*.

61. Lo anterior no supone que los poderes adjudicadores tengan una libertad ilimitada para delimitar los criterios de adjudicación del contrato. En este ámbito, resulta de aplicación el artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24, anteriormente citado, que impone sobre los poderes adjudicadores la obligación de determinar los criterios de adjudicación del contrato que aseguren una competencia real.

62. Sin embargo, los poderes adjudicadores deben cumplir la obligación resultante del artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24, con independencia de que estos establezcan una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos del contrato. Por consiguiente, aquella también resultaría aplicable cuando en los pliegos de la licitación impugnados por la recurrente se haya decidido la evaluación de los criterios cualitativos y económicos sin distinguir las diferentes fases. Así, la evaluación de las ofertas por fases no implica que se hagan más rigurosas las obligaciones del poder adjudicador, resultantes del artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24, de modo que esta deba atribuir una función especial al criterio del precio.

63. En primer lugar, en suma, de la inclusión del artículo 66 en la Directiva 2014/24 no se infiere que no pueda establecerse una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos del contrato adjudicado por medio del procedimiento abierto, con la salvedad de que no infrinja las reglas de adjudicación de los contratos previstas en el artículo 18 de esta Directiva ni vulnere los principios generales del Derecho de la Unión y no menoscabe la eficacia de las disposiciones de la Directiva. En segundo lugar, los criterios aplicados en este tipo de evaluación de las ofertas por fases siguen siendo criterios de adjudicación del contrato, con la condición de que sean conformes con el artículo 67, apartados 2 y 4, de la Directiva 2014/24. En tercer lugar, este tipo de evaluación de las ofertas por fases no implica que el poder adjudicador no deba basar la adjudicación del contrato en la oferta económicamente más ventajosa.

64. A la luz de estas observaciones, propongo al Tribunal de Justicia que conceda la siguiente respuesta: la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador esté autorizado a establecer una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos que rigen la licitación adjudicada por medio de un procedimiento abierto, aplicando criterios conformes con el artículo 67, apartados 2 y 4, de esta Directiva.

### **C. Sobre la segunda cuestión prejudicial**

65. La segunda cuestión prejudicial se ha planteado para el caso de que el Tribunal de Justicia conceda una respuesta a la primera cuestión prejudicial que implique que el legislador nacional puede autorizar a los poderes adjudicadores a establecer una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos del contrato adjudicado por medio del procedimiento abierto. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente busca, en esencia, aclarar si la Directiva 2014/24 se opone a que el poder adjudicador no esté obligado a obtener en la fase final del procedimiento el número de ofertas que sea suficiente para asegurar una «competencia real» a los efectos del artículo 66 de la Directiva 2014/24.

66. El Gobierno español considera que la segunda cuestión prejudicial es de carácter hipotético. En efecto, según ese Gobierno, nada apunta a que la evaluación de las ofertas por fases en el procedimiento nacional lleve a la adjudicación del contrato en condiciones de ausencia de competencia. Además, el Gobierno español señala que en el procedimiento principal se trata de examinar los pliegos del contrato, que han sido impugnados por la recurrente. Por su parte, el Gobierno griego y la Comisión Europea mantienen la postura según la cual el requisito relativo al aseguramiento de la «competencia real» no resulta aplicable en el procedimiento abierto.

### **1. Sobre la admisibilidad**

67. Inicialmente, cabe hacer mención a las dudas del Gobierno español sobre la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial.

68. Las normas del Derecho español sobre el procedimiento abierto no prevén el requisito relativo a la «competencia real». Nada apunta a que ese requisito se haya previsto en los pliegos del contrato, que han sido impugnados por la recurrente.

69. En mi opinión, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la necesidad de observar el requisito relativo a la «competencia real» en el marco de la evaluación de las ofertas por fases en el procedimiento abierto, a tenor del artículo 66 de la Directiva 2014/24, que ha sido reiteradamente mencionado en la petición de decisión prejudicial. Así, cuando el requisito previsto en el artículo 66 de la Directiva 2014/24 fuese directamente aplicable o también *per analogiam* en relación con los procedimientos abiertos en los que se lleva a cabo la evaluación de las ofertas por fases, el órgano jurisdiccional remitente debería examinar si los pliegos del contrato le permiten al poder adjudicador asegurar la «competencia real» en la fase final del procedimiento.

70. De las anteriores consideraciones se deduce que la segunda cuestión prejudicial es admisible.

### **2. Sobre el fondo**

71. La respuesta a esta cuestión exige resolver si el artículo 66 de la Directiva 2014/24 resulta aplicable en el procedimiento abierto en el que se lleva a cabo la evaluación de las ofertas por fases, ya sea directamente o bien *per analogiam*.

72. En mi opinión, el artículo 66 de la Directiva 2014/24 no puede aplicarse a los procedimientos abiertos.

73. En primer lugar, el artículo 66 de la Directiva 2014/24 se refiere exclusivamente al procedimiento de licitación con negociación y al diálogo competitivo. Por el contrario, esa disposición no resulta aplicable respecto del procedimiento abierto.<sup>14</sup> De hecho, el poder adjudicador puede continuar el procedimiento abierto, a pesar de que los criterios de adjudicación de la contratación impliquen que únicamente un pequeño número de licitadores pueda concurrir a la adjudicación de la contratación.<sup>15</sup>

74. En segundo lugar, el artículo 66, frase segunda, de la Directiva 2014/24 prevé que el número de ofertas o soluciones obtenido en la fase final deberá permitir que se garantice una competencia real, *sicmpre que haya un número suficiente de licitadores, soluciones o candidatos*.

<sup>14</sup> Véase el punto 47 de las presentes conclusiones.

<sup>15</sup> En este sentido, véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2002:495), apartado 85. Es más, en la sentencia de 16 de septiembre de 1999, Fracasso y Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420), apartados 32 a 34, relativa a la situación jurídica anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2014/24, el Tribunal de Justicia señaló que si a resultados del procedimiento de adjudicación de un contrato público quedara solamente una oferta, el órgano de contratación no está obligado a adjudicar el contrato al licitador que haya presentado esta oferta. Sin embargo, de lo anterior no se deduce que el poder adjudicador deba anular ese procedimiento.

75. Del tenor de esta disposición resulta que el requisito de garantizar un determinado número de ofertas y soluciones en la fase final del procedimiento no es de carácter absoluto. Esta resulta aplicable cuando existe la posibilidad de obtener un número adecuado de ofertas, soluciones o candidatos.<sup>16</sup> Por tanto, considero que la aspiración a que el número obtenido en la fase final del procedimiento de licitación con negociación y del diálogo competitivo garantice la *competencia real* tiene por objeto evitar la situación en la que un determinado licitador o candidato no esté interesado en negociar la oferta al ser el único contratista tomado en consideración por el poder adjudicador, a pesar de que otros contratistas puedan presentar al poder adjudicador una oferta que cumpla sus expectativas y responda a sus necesidades.

76. Además, en mi opinión, no es necesario aplicar el artículo 66 de la Directiva 2014/24 por la vía de la analogía en un procedimiento abierto en el que lleva a cabo una evaluación de las ofertas por fases. En las fases sucesivas de este procedimiento se llega a que se tomen en consideración únicamente las ofertas que cumplan las expectativas del poder adjudicador y respondan a sus necesidades. Por el contrario, no resulta posible la negociación de tales ofertas.

77. A la luz de las consideraciones anteriores, el requisito de obtener un determinado número de ofertas en la fase final del procedimiento abierto, en el sentido de que este número garantice la «competencia real» a los efectos del artículo 66 de la Directiva 2014/24, no resulta aplicable directamente ni *per analogiam* en un procedimiento abierto como aquel al que se refieren los pliegos de la contratación que han sido impugnados por la recurrente.

78. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a la segunda cuestión prejudicial: la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador, que establece una evaluación de las ofertas por fases en los pliegos de la contratación adjudicada por medio de un procedimiento abierto, no esté obligado a obtener en la fase final de este procedimiento un número de ofertas suficiente para garantizar la «competencia real» en el sentido que anuda a este concepto el artículo 66 de esta Directiva.

#### **D. Sobre la tercera cuestión prejudicial**

79. Mediante la tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente desea aclarar en esencia si un requisito como el impugnado por la recurrente es incompatible con la Directiva 2014/24, debido a la imposibilidad de garantizar la competencia real o de adjudicar la contratación al licitador que haya presentado la oferta con mejor relación calidad-precio.

80. La tercera cuestión prejudicial se ha planteado para el caso de que se responda afirmativamente a la segunda cuestión prejudicial. Esta respuesta implicaría que el requisito resultante del artículo 66 de la Directiva 2014/24, de obtener en la fase final de la evaluación de las ofertas un número que garantice la competencia real, también es aplicable en el procedimiento abierto.

81. Habida cuenta de la respuesta que he propuesto para la segunda cuestión prejudicial, no ha lugar a responder a la tercera cuestión prejudicial. Sin embargo, en caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi postura relativa a la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, también me referiré brevemente a la tercera cuestión prejudicial.

<sup>16</sup> Con arreglo a la nota aclaratoria sobre el diálogo competitivo que ha sido elaborada por la Comisión Europea (European Commission Directorate General Internal Market And Services Public Procurement Policy, *Explanatory Note — Competitive Dialogue — Classic Directive*, disponible en el sitio de Internet: ec.europa.eu, pp. 8 y 9), la restricción del número de soluciones puede llevar a que en la fase final del procedimiento se elija solo una solución. Sin embargo, ello no impide que el poder adjudicador continúe este procedimiento. Véase también en este sentido el considerando 41, frase segunda, de la Directiva 2004/18, en el que se explicó que la reducción del número de ofertas, que finalmente se discutirán o negociarán en el supuesto del diálogo competitivo o procedimientos negociados con publicación de anuncio, deberán garantizar una competencia real, *siempre que lo permita el número de soluciones o de candidatos adecuados*. El subrayado es mío.



82. Respecto del requisito de obtención en la fase final del procedimiento de un número de ofertas que garantice la competencia real, debe recordarse que, incluso cuando se deduzca este requisito del artículo 66 de la Directiva 2014/24 aplicado directamente o por analogía, no es de carácter absoluto. Resultaría de aplicación cuando lo permita el número de las correspondientes ofertas.<sup>17</sup> En cualquier caso, la apreciación definitiva en este ámbito debería corresponder al órgano jurisdiccional remitente.

83. Por lo que se refiere a la adjudicación de la contratación al licitador que haya presentado la oferta basándose en la mejor relación calidad-precio, la Directiva 2014/24 obliga a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato basándose en la oferta económicamente más ventajosa. Por el contrario, este criterio no puede entenderse en el sentido de que el poder adjudicador está obligado a elegir la oferta económicamente más ventajosa, incluso cuando esa oferta no cumpla los requisitos de calidad de este poder adjudicador, que se han especificado en los pliegos del contrato. Por el contrario, respecto de la determinación de los criterios de adjudicación del contrato, el artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24 limita la libertad de los poderes adjudicadores.<sup>18</sup> Se debe dejar al órgano jurisdiccional remitente la apreciación de si el poder adjudicador ha observado los requisitos previstos en esta disposición.

## VI. Conclusiones

84. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia conceda la siguiente respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

- «1) La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador esté autorizado a establecer en los pliegos que rigen una licitación mediante procedimiento abierto una evaluación de las ofertas por fases sucesivas, aplicando criterios conformes con el artículo 67, apartados 2 y 4, de esta Directiva.
- 2) La Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador, que establece en los pliegos de una licitación mediante procedimiento abierto una evaluación de las ofertas por fases sucesivas, no esté obligado a obtener en la fase final de este procedimiento un número de ofertas suficiente para garantizar la “competencia real” en el sentido que anuda a este concepto el artículo 66 de esta Directiva».

<sup>17</sup> Véase el punto 75 de las presentes conclusiones.

<sup>18</sup> Véanse los puntos 61 y 62 de las presentes conclusiones.