

AVISO JURÍDICO IMPORTANTE: La información que se ofrece en estas páginas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad y a un aviso de Copyright

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 4 de diciembre de 2003 (1)

«Directiva 93/36/CEE – Contratos públicos de suministro – Concepto de oferta económicamente más ventajosa – Criterio de adjudicación que atribuye preferencia a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables – Directiva 89/665/CEE – Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos – Decisiones ilegales – Posibilidad de anulación sólo en caso de que influya decisivamente en el resultado del procedimiento de adjudicación – Ilegalidad de un criterio de adjudicación – Obligación de cancelar la licitación»

En el asunto C-448/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

EVN AG,

Wienstrom GmbH,

y

Republik Österreich,

con intervención de:

Stadwerke Klagenfurt AG

Kärntner Elektrizitäts-AG,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 26 de la Directiva 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), y de los artículos 1 y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 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),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. V. Skouris (Ponente), en funciones de Presidente de la Sala Sexta, y los Sres. C. Gulmann, J.-P. Puissochet y R. Schintgen y la Sra. N. Colneric, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mischo;

Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de EVN AG y Wienstrom GmbH, por el Sr. M. Öhler, Rechtsanwalt;
- en nombre de la República de Austria, por el Sr. A. Gerscha, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. S. Terstal, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. K. Renman, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. M. Nolin, en calidad de agente, asistido por el Sr. T. Eilmansberger, Rechtsanwalt;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de EVN AG y Wienstrom GmbH, de la Republik Österreich, del gobierno austriaco y de la Comisión, expuestas en la vista de 23 de enero de 2003;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2003;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante resolución de 13 de noviembre de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de noviembre siguiente, el Bundesvergabeamt planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 26 de la Directiva 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), y de los artículos 1 y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 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; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).
- 2 Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la agrupación de empresas constituida por las sociedades EVN AG y Wienstrom GmbH y la Republik Österreich, en su calidad de entidad adjudicadora, relativo a la adjudicación de un contrato público de suministro en cuyo procedimiento de licitación habían participado las demandantes.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 El artículo 26 de la Directiva 93/36, que se encuentra recogido en el título IV, capítulo III, de ésta, titulado «Criterios para la adjudicación de contratos», dispone en sus apartados 1, letra b), y 2:

«1. Los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos serán:

[...]

- b) bien, en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica.

2. En el supuesto contemplado en la letra b) del apartado 1, los poderes adjudicadores indicarán, en los pliegos de condiciones o en los anuncios de contratos, todos los criterios que tengan la intención de aplicar en la adjudicación, si es posible, en orden decreciente de importancia.»

4 Del considerando sexto de la Directiva 89/665 se deduce que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.

5 A tenor del artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [...], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente [a la entidad adjudicadora] de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

6 El artículo 2, apartados 1, letra b), 5 y 6, de la Directiva 89/665 dispone:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

[...]

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

[...]

5. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclamare una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada debe ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto;

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.»

7 El segundo considerando de la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad (DO L 283, p. 33), establece:

«Como se señala en el Libro Blanco sobre las fuentes de energía renovables [...] la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables es un objetivo prioritario para la Comunidad, por razones de seguridad y diversificación del suministro de energía, de protección del medio ambiente y de cohesión económica y social [...].»

8 A tenor del decimoctavo considerando de la Directiva 2001/77:

«Es importante que se utilice la pujanza de las fuerzas del mercado y el mercado interior, consiguiendo que la electricidad generada mediante fuentes de energía renovables sea competitiva y resulte atractiva para los ciudadanos europeos.»

- 9 Del artículo 1 de la Directiva 2001/77 se desprende que la finalidad de ésta es fomentar un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior de la electricidad y sentar las bases de un futuro marco comunitario para el mismo. Para ello, el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar medidas adecuadas para promover el aumento del consumo de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables de conformidad con determinados objetivos indicativos nacionales que se mencionan en ella.

La normativa nacional

- 10 El Derecho austriaco se adaptó a las Directivas 89/665 y 93/36 mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56; en lo sucesivo, «BVergG»).

- 11 El artículo 16, apartados 1 y 7, de la BVergG dispone:

«1. Los contratos relativos a prestaciones de servicios deberán ser adjudicados según el procedimiento previsto en la presente Ley, con arreglo a los principios de competencia libre y leal y de igualdad de trato a todos los candidatos y participantes en la licitación, a empresas autorizadas, eficaces y fiables –lo cual deberá apreciarse a más tardar en la fecha de la apertura de la licitación– a precios razonables.

[...]

7. En el procedimiento de adjudicación del contrato, deberán tenerse en cuenta la incidencia de la prestación sobre el medio ambiente y la contratación de personas con contrato de aprendizaje.»

- 12 El artículo 53 de la BVergG prevé:

«Entre las ofertas que queden tras la eliminación, deberá seleccionarse la oferta más ventajosa desde el punto de vista técnico y económico con arreglo a los criterios establecidos en la licitación (principio de la mejor oferta).»

- 13 El artículo 115, apartado 1, de la BVergG dispone:

«1. El empresario que alegue un interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Ley federal podrá impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora recaída en el procedimiento de licitación, siempre que la ilegalidad alegada le haya ocasionado o amenace ocasionarle un perjuicio.»

- 14 A tenor del artículo 117, apartados 1 y 3, de la BVergG:

«1. El Bundesvergabebamt anulará, mediante resolución administrativa y teniendo en cuenta el dictamen emitido por la comisión de conciliación [...] la decisión de la entidad adjudicadora dictada en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato cuando la decisión impugnada:

- 1) sea contraria a las disposiciones de la presente Ley federal o de los reglamentos promulgados para su desarrollo e
- 2) influya de modo decisivo en el resultado del procedimiento de adjudicación.

[...]

3. Después de la adjudicación del contrato, el Bundesvergabebamt declarará únicamente con arreglo a los requisitos del apartado 1 si la ilegalidad alegada existe o no.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 15 La demandada en el procedimiento principal convocó una licitación mediante procedimiento abierto para un contrato de suministro de electricidad. La licitación comprendía la celebración de un contrato marco, seguida de contratos de aplicación, cuyo objeto era el suministro de electricidad a todos los servicios de la Administración federal en el Land de Carintia (Austria). Se fijaba la duración del contrato en el período del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2003. El anuncio de licitación, que fue publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 27 de marzo

de 2001, mencionaba, en el epígrafe «Criterios de adjudicación»:

«Oferta económicamente más ventajosa según los criterios siguientes: incidencia de las prestaciones en el medio ambiente conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares.»

- 16 La oferta debía indicar el precio del kilowatio/hora (kWh) en ATS. Este precio debía aplicarse durante todo el período de vigencia del contrato y no estar sujeto a revisiones ni ajustes. El proveedor de la energía debía comprometerse a suministrar a los servicios federales, en la medida en que le fuera técnicamente posible, electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y a no suministrarles en ningún caso deliberadamente electricidad obtenida mediante fisión nuclear. No se exigió, sin embargo que el proveedor acreditase sus fuentes de aprovisionamiento. Para el supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones se establecía el derecho de la entidad adjudicadora a resolver el contrato, así como una cláusula penal.
- 17 En el pliego de cláusulas administrativas particulares se precisaba que la entidad adjudicadora era consciente de que, por motivos técnicos, ningún proveedor podía garantizar que la electricidad suministrada a un cliente determinado procediese efectivamente de fuentes de energía renovables, pero que sin embargo, al haberse estimado el consumo anual de los servicios federales en unos 22,5 gigawatios/hora (GWh), estaba decidida a adjudicar el contrato a los licitadores que dispusieran al menos de 22,5 GWh anuales de electricidad generada de esta forma.
- 18 Se indicaba además que se descartarían las ofertas que no acreditaran que «durante los dos últimos y/o los dos próximos años, el licitador produjo o compró y/o producirá o comprará al menos 22,5 GWh de electricidad procedente de fuente de energía renovables y la suministró y/o la suministrará a consumidores finales». Los criterios de adjudicación establecidos eran el precio neto por kWh, al que se atribuía un coeficiente de ponderación del 55 %, y el criterio «energía generada a partir de fuentes de energía renovables», al que se atribuía un coeficiente del 45 %. Respecto a este último criterio de adjudicación, se establecía que «solo se tendrá en cuenta la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que el licitador pueda suministrar por encima de 22,5 GWh anuales».
- 19 Las cuatro plicas presentadas se abrieron el 10 de mayo de 2001. La presentada por la agrupación de licitadores Kärntner Elektrizitäts-AG y Stadtwerke Klagenfurt AG (en lo sucesivo, «KELAG») fijaba un precio de 0,44 ATS/kWh y, remitiéndose a un cuadro en el que se indicaban las cantidades de electricidad producidas o suministradas por dichas sociedades y su procedencia, afirmaba que podían suministrar una cantidad total de energía renovable de 3.406,2 GWh. Energie Oberösterreich AG presentó otra oferta, con un precio de 0,4191 ATS/kWh para un consumo mínimo anual de 1 millón de GWh y especificó, mediante un cuadro relativo a los años 1999 a 2002, las distintas cantidades de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podía suministrar por cada año de dicho período. La mayor cantidad indicada era de 5.280 GWh anuales. Una tercera oferta fue presentada por BEWAG, con un precio de 0,465 ATS/kWh. Adjuntaba un cuadro sobre la parte que suponía la energía renovable del total de la electricidad producida o suministrada por ella, de cuya lectura dedujo la entidad adjudicadora que había indicado una cantidad de 449,2 GWh.
- 20 La oferta presentada por las demandantes en el procedimiento principal indicaba un precio de 0,52 ATS/kWh. Éstas no facilitaban ninguna cifra concreta relativa a la cantidad de energía generada a partir de fuentes de energía renovables que podían suministrar, exponiendo al respecto que disponían de instalaciones de producción propias en las que producían electricidad a partir de tales fuentes. Además, afirmaban haber tenido derechos de opción sobre la electricidad producida por centrales hidroeléctricas del Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft y otras centrales hidroeléctricas austriacas y señalaban que la mayor parte de la energía adicional adquirida procedía de contratos de coordinación de larga duración celebrados con el principal productor de electricidad provista de la certificación que acredita el haber sido generada de esta forma. Según las demandantes en el procedimiento principal, en 1999 y 2000 sólo se había comprado energía hidráulica generada en Suiza, lo que seguiría haciéndose. En total, la cantidad de energía que iba a producirse a partir de fuentes de energía renovables era varias veces superior a la indicada en la licitación.
- 21 De las cuatro ofertas presentadas, la demandada en el procedimiento principal consideró que la mejor era la de KELAG, que obtuvo la mejor puntuación en relación con ambos criterios de adjudicación. La oferta de las demandantes en el litigio principal recibió la puntuación más baja en relación con ambos criterios.
- 22 Tras haber manifestado a la entidad adjudicadora los días 9 y 30 de mayo de 2001 que consideraban que varias cláusulas del anuncio de licitación, entre ellas el criterio de adjudicación «electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables», eran ilegales, las demandantes en el procedimiento principal solicitaron, el 12 de junio de 2001, la iniciación de un procedimiento de conciliación ante la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de las adjudicaciones), que rechazó su solicitud argumentando que no había ninguna posibilidad de que un procedimiento de conciliación produjera resultados.

- 23 Las demandantes en el procedimiento principal interpusieron entonces un recurso ante el Bundesvergabeamt, solicitando fundamentalmente la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad así como la de una serie de cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares y la de ciertas decisiones de la entidad adjudicadora. Entre estas decisiones se encuentran, en particular, la de establecer como motivo de eliminación la no presentación de documentos acreditativos de la producción y compra de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables durante un período determinado o la falta de justificantes relativos a una futura compra, la decisión de exigir como criterio de aptitud pruebas de la producción o compra de una cantidad determinada de electricidad generada de esta forma durante un determinado período, la de exigir como criterio de adjudicación la disponibilidad de una cantidad de electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables superior a 22,5 GWh anuales, así como la decisión de no cancelar la licitación. Además, las demandantes solicitaron, como medida provisional, que se prohibiera a la entidad adjudicadora adjudicar el contrato.
- 24 Mediante resolución de 16 de julio de 2001, el Bundesvergabeamt estimó la solicitud de las demandantes y prohibió inicialmente la adjudicación del contrato hasta el 10 de septiembre de 2001. A solicitud posterior de las demandantes autorizó, mediante resolución de 17 de septiembre de 2001, a la entidad adjudicadora a adjudicar, con carácter provisional, el contrato, con la condición de que la adjudicación sería cancelada y el contrato resuelto en caso de que se llegase a estimar cualquiera de las pretensiones formuladas por las demandantes o si en virtud de cualquier otra apreciación de este órgano jurisdiccional se declarase la ilegalidad de la decisión de adjudicar el contrato controvertido a alguno de los licitadores concurrentes con las demandantes.
- 25 El 24 de octubre de 2001 el contrato marco, sometido a las condiciones resolutorias establecidas por la resolución antes mencionada, fue adjudicado a KELAG.
- 26 El Bundesvergabeamt, al considerar que la solución del litigio del que está conociendo requiere la interpretación de varias disposiciones de Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, que la entidad adjudicadora establezca, para un contrato de suministro de electricidad, un criterio de adjudicación, al que se asigna un coeficiente de ponderación del 45 %, en virtud del cual el licitador debe indicar –sin sujeción a un plazo de suministro determinado– la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que puede suministrar a una clientela indeterminada, atribuyendo la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, si bien sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación?
 - 2) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE, que se someta la anulación de una decisión ilegal, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, al requisito de que se demuestre que esa decisión tuvo una influencia determinante en el resultado del procedimiento de adjudicación?
 - 3) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, que se someta la anulación de una decisión ilegal, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, al requisito de que se demuestre que esa decisión tuvo una influencia determinante en el resultado del procedimiento de adjudicación, si para acreditarlo es necesario que el órgano que conoce del recurso examine si la clasificación de las ofertas efectivamente presentadas resultaría modificada en el caso de que dichas ofertas fueran sometidas a una nueva valoración sin tener en cuenta el criterio de adjudicación ilegal?
 - 4) ¿Obligan las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación si, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, uno de los criterios de adjudicación que había establecido es declarado ilegal?»

Sobre la primera cuestión

- 27 Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, debe entenderse que su primera cuestión prejudicial consta de dos partes. En primer lugar, tiene por objeto averiguar si la normativa comunitaria en materia de contratación pública, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36, se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables.

- 28 En segundo lugar, en el caso de que la respuesta a la primera parte de la cuestión fuese afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones sobre las exigencias que plantea el Derecho comunitario en cuanto a la aplicación concreta de dicho criterio, habida cuenta de la especificidad de la formulación del criterio controvertido en el litigio del que está conociendo, de forma que la segunda parte de su cuestión se divide a su vez en varias preguntas de rango inferior.
- 29 Más concretamente, dicho órgano jurisdiccional alberga dudas acerca de la compatibilidad de este criterio con el Derecho comunitario habida cuenta de las circunstancias expuestas en los puntos a) a d) siguientes, es decir, habida cuenta de que:
- a) a dicho criterio se le atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %;
 - b) no va acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas ni permite necesariamente alcanzar el objetivo perseguido;
 - c) no establece un plazo de suministro determinado, y
 - d) exige a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuye la máxima puntuación al licitador que mencione la mayor cantidad, si bien sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Sobre la primera parte de la primera cuestión

- 30 El Bundesvergabeamt, recordando la imprecisión del concepto de «oferta económicamente más ventajosa» recogido en el artículo 26 de la Directiva 93/36, plantea en primer lugar la cuestión de principio de si el Derecho comunitario permite a la entidad adjudicadora establecer criterios dirigidos a obtener ventajas que no son susceptibles de valoración económica objetiva inmediata, como los relacionados con la protección del medio ambiente.
- 31 A este respecto, debe señalarse que en una sentencia posterior a la presentación de la resolución de remisión en el presente asunto, que trataba sobre la interpretación del artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, cuya redacción es sustancialmente idéntica a la del artículo 26, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse acerca de si una entidad adjudicadora puede, y en su caso, en qué condiciones, tomar en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económica más ventajosa.
- 32 Más concretamente, en el apartado 55 de la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica.
- 33 Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 69).
- 34 Se desprende de lo anterior que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

Sobre la segunda parte de la primera cuestión

Sobre la pregunta a)

- 35 En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional señala que, aun cuando se considerase que un

criterio de adjudicación de carácter medioambiental como el establecido en el procedimiento principal es compatible en principio con las normas del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos, se plantea otro problema debido a que a dicho criterio se le atribuye un coeficiente del 45 %, ya que podría objetarse al respecto que la entidad adjudicadora no puede atribuir una influencia tan significativa en la decisión de adjudicación del contrato a un elemento que no permite una valoración económica directa.

- 36 En ese contexto, la demandada en el procedimiento principal alega que, habida cuenta del margen de apreciación de que dispone la entidad adjudicadora para identificar la oferta económicamente más interesante, sólo sería ilegal una ponderación que ocasionara una distorsión injustificada. Ahora bien, en el procedimiento principal, no sólo existe según ella una relación objetiva entre los criterios «precio» y «electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables», sino que, además, se da prioridad al criterio que puede expresarse en cifras, puesto que al criterio del precio se le atribuye un coeficiente superior en diez puntos al atribuido a la capacidad para suministrar electricidad producida de esta forma.
- 37 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 19 y 26; de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 36 y 37, y *Concordia Bus Finland*, antes citada, apartados 59 y 61).
- 38 Además, dichos criterios deben aplicarse respetando tanto las normas de procedimiento como los principios fundamentales del Derecho comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Beentjes*, apartados 29 y 31, y *Concordia Bus Finland*, apartados 62 y 63).
- 39 Se desprende de lo anterior que, siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.
- 40 Por lo que se refiere al criterio de adjudicación que es objeto del procedimiento principal, debe señalarse que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir (sentencia de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 73).
- 41 Además, como se desprende en particular de su decimotercero considerando y de sus artículos 1 y 3, precisamente desde esa perspectiva, la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior, objetivo que, según su segundo considerando, es prioritario para la Comunidad.
- 42 Por lo tanto, habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45 % obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.
- 43 En tales circunstancias, y a falta de elementos que permitan determinar la existencia de una infracción de las normas del Derecho comunitario, procede declarar que la atribución de un coeficiente de ponderación del 45 % al criterio de adjudicación controvertido en el procedimiento principal no es en sí misma incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública.
- Sobre la pregunta b)
- 44 El órgano jurisdiccional nacional alberga también dudas sobre la licitud del criterio de adjudicación objeto del procedimiento principal desde el punto de vista del Derecho comunitario, debido a que la propia entidad adjudicadora admitió no estar técnicamente capacitada para controlar si la electricidad suministrada había sido efectivamente generada a partir de fuentes de energía renovables y a que no había exigido que los licitadores acreditaran sus obligaciones concretas de suministro o sus contratos de suministro de electricidad ya concluidos.
- 45 Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones del Derecho comunitario que regulan la adjudicación de contratos públicos se oponen a que una entidad adjudicadora utilice un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan un control efectivo de la exactitud de

la información contenida en las ofertas.

- 46 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta asimismo hasta qué punto un criterio de adjudicación como éste es adecuado para alcanzar el objetivo que persigue. En efecto, dado que no se establece ninguna comprobación para saber en qué medida el adjudicatario concreto contribuye efectivamente, en función de sus estructuras de producción, al incremento de las cantidades de energía generada a partir de fuentes de energía renovables, dicho órgano jurisdiccional considera que es posible que la aplicación de dicho criterio no tenga consecuencia alguna sobre la cantidad global de electricidad generada de esta forma.
- 47 Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, *GAT, C-315/01*, Rec. p. I-0000, apartado 73), significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia *SIAC Construction*, antes citada, apartado 34).
- 48 Más concretamente, esto significa que, al evaluar las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (sentencia *SIAC Construction*, antes citada, apartado 44).
- 49 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se verifique su respeto, obligación que consiste sobre todo en garantizar el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido, en particular, la sentencia *Universale-Bau y otros*, antes citada, apartados 91 y 92).
- 50 Ahora bien, la valoración de las distintas ofertas con objetividad y transparencia presupone que la entidad adjudicadora, basándose en informaciones y documentos acreditativos facilitados por los participantes en la licitación, esté en condiciones de verificar si las ofertas de éstos satisfacen efectivamente los criterios de adjudicación.
- 51 Resulta, por lo tanto, que cuando una entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación indicando que no pretende ni está en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, está vulnerando el principio de igualdad de trato, puesto que dicho criterio no garantiza la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación.
- 52 Por consiguiente, procede declarar que un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública.
- 53 Por lo que se refiere a la pregunta del órgano jurisdiccional remitente acerca de si el criterio de adjudicación controvertido en el procedimiento principal infringe la normativa comunitaria en la medida en que no es necesariamente adecuado para contribuir al incremento de la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, basta con señalar que, aun cuando así fuera, dicho criterio no podría considerarse incompatible con las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública por el mero hecho de que no permite necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue.

Sobre la pregunta c)

- 54 El órgano jurisdiccional remitente considera que, en la medida en que la entidad adjudicadora no fijó un período de suministro determinado respecto al cual hubiera que indicar la cantidad que podría suministrarse, el criterio elegido es contrario al principio de comparabilidad de las ofertas, que se deriva del principio de transparencia. Subraya que, en lo que se refiere a los justificantes solicitados para comprobar la aptitud de los licitadores, se eligió como período relevante a efectos de la cantidad de electricidad que debía preverse para el aprovisionamiento concreto el de los dos años anteriores y los dos años siguientes. Ahora bien, según dicho órgano jurisdiccional, aun cuando se aplicase esta misma disposición en lo que se refiere al criterio de adjudicación, no se derivaría de ello un período de suministro determinado que permitiese calcular con precisión la cantidad a tener en cuenta. Al contrario, durante cuatro años pueden suministrarse cantidades completamente diferentes. Incluso cabría imaginar que un licitador indicase al respecto cantidades basadas en suposiciones sobre la construcción de centrales o en una producción a partir de fuentes de energía renovables puramente virtual.
- 55 La demandada en el procedimiento principal explica al respecto que en Austria el mercado de la electricidad se liberalizó por completo a partir del 1 de octubre de 2001 y que desde entonces es posible constituir sociedades mercantiles dedicadas a la compra y venta de electricidad. Subraya que, dado que la licitación se publicó unos seis

meses antes de dicha fecha, se vio obligada a redactar el criterio de adjudicación en términos tales que permitieran presentar una oferta tanto a empresas ya presentes en el mercado que disponían de sus propios medios de producción de electricidad como a empresas dedicadas a la compra y venta de electricidad, que sólo estaban autorizadas a ejercer su actividad a partir del 1 de octubre de 2001. Por consiguiente, quiso dar a las empresas la posibilidad de indicar la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que habían producido o comprado durante los dos años naturales anteriores a la licitación o facilitar esos datos en relación con los dos años siguientes. Por último, señala que, de hecho, todas las empresas participantes en la licitación facilitaron información relativa a los dos años anteriores a ésta y que cuando las cantidades correspondientes a cada año eran distintas, la mejor oferta se determinó con arreglo a la media.

- 56 Se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 93).
- 57 Esto significa, más concretamente, que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma (sentencia *SIAC Construction*, antes citada, apartado 41).
- 58 Por consiguiente, en el procedimiento principal, el hecho de que la entidad adjudicadora no especificase en la licitación el período de suministro respecto al cual los licitadores debían indicar en sus ofertas la cantidad de electricidad de fuentes renovables que podían suministrar podría constituir una violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia, en el caso de que resultara ser cierto que dicha omisión dificultó o incluso imposibilitó el que los licitadores conociesen el alcance exacto del criterio en cuestión y consiguientemente pudiesen interpretarlo de la misma manera.
- 59 Por tratarse de una apreciación de carácter fáctico, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso, si a pesar de esta omisión el criterio de adjudicación objeto del procedimiento principal fue formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Sobre la pregunta d)

- 60 El órgano jurisdiccional remitente señala que el criterio de adjudicación objeto del procedimiento principal consiste en atribuir puntos por la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que los participantes en la licitación podrán suministrar a una clientela indeterminada, si bien sólo se valorará la parte que sobrepase el consumo previsible en el marco de la licitación. Ahora bien, en la medida en que dicho criterio se refiere únicamente a la cantidad total que podrá suministrarse en general y no a la que podrá proporcionarse específicamente a la entidad adjudicadora, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si dicho criterio supone ventajas económicas directas para la entidad adjudicadora.
- Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia
- 61 Las demandantes en el procedimiento principal, el gobierno neerlandés y la Comisión alegan al respecto que, en la medida en que dicho criterio se refiere a una cantidad de electricidad que sobrepasa el consumo previsible en el marco de la licitación, la condición relativa a la relación directa con el contrato no se cumple en el caso de autos. En su opinión, sólo es relevante la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que pueda suministrarse a la entidad adjudicadora.
- 62 Según la Comisión, hubiera bastado con que la entidad adjudicadora exigiese que el licitador dispusiera de una cierta capacidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables o que pudiera demostrar todo lo más su capacidad para suministrar una cierta cantidad por encima de la que se consume anualmente, por ejemplo, calculando una cantidad de reserva del 10 %.
- 63 Las demandantes en el procedimiento principal alegan además que ese criterio de adjudicación es en realidad un criterio de selección encubierto, puesto que en realidad se refiere a la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y por lo tanto, en definitiva, a los propios licitadores.
- 64 En cambio, la demandada en el procedimiento principal y el Gobierno austriaco consideran que, al tomar en consideración la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que cada licitador podía suministrar por encima de la cantidad de 22,5 GWh que en cualquier caso debía garantizarse, la entidad adjudicadora estableció

como criterio de adjudicación la seguridad de abastecimiento, que depende de la cantidad total de electricidad de la que dispone una empresa. Explican que, al no poder almacenarse la electricidad, este criterio no es en ningún caso ajeno a la prestación, puesto que cuanto más capacidad tiene un licitador, menor es el riesgo para la entidad adjudicadora de que su demanda no pueda ser atendida y pueda verse obligada a encontrar en breve plazo una alternativa costosa.

- 65 Más concretamente, el gobierno austriaco pone de relieve que, si bien la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, como la energía eólica o la solar, depende de las estaciones, es en invierno cuando hay una mayor demanda. Dicho criterio de adjudicación tiene pues como objetivo garantizar la continuidad del suministro de electricidad a pesar de que la oferta y la demanda no son lineales a lo largo del año, lo que según el gobierno austriaco justifica además la ponderación de este criterio con un coeficiente elevado, del 45 %.
- Apreciación del Tribunal de Justicia
- 66 Como se ha recordado en el apartado 33 de la presente sentencia, los criterios ecológicos establecidos por la entidad adjudicadora como criterios de adjudicación con el fin de determinar la oferta económicamente más ventajosa deben, entre otras cosas, estar relacionados con el objeto del contrato.
- 67 En el procedimiento principal, procede declarar que el criterio de adjudicación elegido no se refiere a la prestación que es objeto del contrato, a saber, el suministro a la entidad adjudicadora de la cantidad de electricidad correspondiente a su consumo anual previsible fijado en la licitación, sino a cantidades que los licitadores suministraron o van a suministrar a otros clientes distintos de la entidad adjudicadora.
- 68 Ahora bien, no puede considerarse que un criterio de adjudicación que se refiera exclusivamente a la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que sobrepase el consumo anual previsible fijado en la licitación esté relacionado con el objeto del contrato.
- 69 Además, el hecho de que, conforme al criterio de adjudicación establecido, la cantidad determinante sea la que excede del consumo anual previsible fijado en la licitación, puede constituir una ventaja para los licitadores que, por su mayor capacidad de producción o de suministro, estén en condiciones de suministrar mayores cantidades que otros. Este criterio puede por lo tanto implicar una discriminación injustificada respecto a los licitadores cuya oferta pueda responder plenamente a los requisitos relacionados con el objeto del contrato. Tal limitación del círculo de los operadores económicos que pueden participar en la licitación produciría el efecto de contrarrestar el objetivo de apertura a la competencia que persiguen las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.
- 70 Por último, aun suponiendo que dicho criterio venga dictado por el afán de garantizar la seguridad del aprovisionamiento, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional, debe señalarse que si bien la seguridad del abastecimiento puede en principio formar parte de los criterios de adjudicación que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente, no puede establecerse válidamente como criterio de adjudicación la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de electricidad por encima de la fijada en la licitación.
- 71 De ello se desprende que, en la medida en que exige a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuye la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación, el criterio de adjudicación elegido en el caso de autos no es compatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública.
- 72 A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue.

En cambio, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que:

- no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, y
- exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes

de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Sobre las cuestiones segunda y tercera

- 73 Mediante estas dos cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665, se opone a una disposición de Derecho interno como el artículo 117, apartado 1, número 2, del BVergG que somete la anulación de una decisión ilegal de la entidad adjudicadora en el marco de un recurso a la condición de que se demuestre que esa decisión tuvo una influencia determinante en el resultado del procedimiento de adjudicación, y si, teniendo en cuenta en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36, procede dar una respuesta distinta a esta cuestión cuando para acreditarlo sea necesario que el órgano que conoce del recurso examine si la clasificación de las ofertas efectivamente presentadas resultaría modificada en el caso de que dichas ofertas fueran sometidas a una nueva valoración sin tener en cuenta el criterio de adjudicación ilegal.
- 74 Procede recordar, con carácter preliminar, que según jurisprudencia reiterada, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales instaurada por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59; *PreussenElektra*, antes citada, apartado 38; de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, apartado 18; de 10 de diciembre de 2002, *Der Weduwe*, C-153/00, Rec. p. I-11319, apartado 31, y de 21 de enero de 2003, *Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins*, C-318/00, Rec. p. I-905, apartado 40).
- 75 Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia (sentencias antes citadas *PreussenElektra*, apartado 39, y *Canal Satélite Digital*, apartado 19). En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (sentencias antes citadas *Der Weduwe*, apartado 32, y *Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins*, apartado 41).
- 76 Así, el Tribunal de Justicia se abstiene de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias *Bosman*, antes citada, apartado 61; de 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & Co.*, C-437/97, Rec. p. I-1157, apartado 52; de 13 de julio de 2000, *Idéal Tourisme*, C-36/99, Rec. p. I-6049, apartado 20, y *Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins*, antes citada, apartado 42).
- 77 Más concretamente, debe recordarse que el artículo 234 CE constituye un instrumento de cooperación judicial que permite al Tribunal de Justicia facilitar a los tribunales nacionales los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pueden serles de utilidad para apreciar los efectos de una disposición de Derecho nacional controvertida en el litigio que deban dirimir (véase, en particular, la sentencia de 15 de mayo de 2003, *Salzmann* C-300/01, Rec. p. I-0000, apartado 28).
- 78 De lo anterior se deduce que, para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado CE, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos (véase, en particular, la sentencia *Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins*, antes citada, apartado 43).
- 79 Ahora bien, en el caso de autos, el Tribunal de Justicia no dispone de ningún elemento en ese sentido.

- 80 En efecto, por una parte, como se ha señalado en el apartado 23 de la presente sentencia, el recurso principal tiene por objeto fundamentalmente la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad así como la de una serie de disposiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares y de una serie de decisiones de la entidad adjudicadora relativas a los requisitos exigidos por los criterios de adjudicación y de aptitud establecidos.
- 81 Así pues, si se tienen en cuenta las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, se observa que todas las decisiones cuya anulación se solicita en el procedimiento principal tienen un efecto determinante sobre el resultado del procedimiento de adjudicación.
- 82 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente no ha facilitado explicación alguna sobre los motivos concretos que le llevan a considerar que una respuesta a la cuestión de la compatibilidad del requisito establecido en el artículo 117, apartado 1, número 2, del BvergG con la normativa comunitaria en materia de contratación pública es necesaria para permitirle resolver el litigio del que conoce.
- 83 Por lo tanto, ante la falta de elementos que indiquen que para la solución del litigio principal resulta necesario pronunciarse sobre las cuestiones segunda y tercera, éstas deben considerarse hipotéticas y por consiguiente, debe declararse su inadmisibilidad.

Sobre la cuarta cuestión

- 84 Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones del Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36, obligan a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, se declara la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación.
- 85 Según el órgano jurisdiccional remitente, si se parte de la hipótesis de que la comprobación de la incidencia de las decisiones ilegales relativas a los criterios de adjudicación es contraria al Derecho comunitario, parece que la única alternativa es, en el caso de que dicha decisión fuese ilegal, la cancelación de la licitación, ya que de lo contrario el procedimiento de adjudicación seguiría su curso aplicando una ponderación de criterios que no ha sido establecida por la entidad adjudicadora ni es conocida por los licitadores.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

- 86 El Gobierno austriaco pone de manifiesto que el Derecho comunitario no contempla una obligación explícita de cancelación, al igual que las directivas en materia de contratación pública no prevén tampoco una obligación de adjudicación y deduce de ello que corresponde a los Estados miembros, respetando los principios del Derecho comunitario, dirimir la cuestión de si, en el caso de que se declare la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora está obligada a cancelar la licitación.
- 87 La demandada en el procedimiento principal señala que en virtud del artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665, las consecuencias de una infracción de las normas aplicables a la adjudicación de contratos públicos declarada después de la adjudicación del contrato deben apreciarse con arreglo al Derecho interno. Ahora bien, según ella, en virtud del artículo 117, apartado 3, del BVerGG, cuando el contrato ha sido adjudicado, el órgano que conoce del asunto se limita a declarar si la ilegalidad que se alega existe o no. Por lo tanto, concluye que la respuesta a esta cuestión debe ser negativa.
- 88 Las demandantes en el procedimiento principal y la Comisión consideran en cambio que si, después de la presentación de las ofertas o de la apertura de las plicas, el órgano que conoce del recurso declara ilegal una decisión relativa a un criterio de adjudicación, la licitación no puede dar lugar a la adjudicación del contrato y la única posibilidad es cancelarla. Añaden que cualquier modificación de los criterios de adjudicación tiene una incidencia sobre la apreciación de las ofertas, mientras que los licitadores no tienen la posibilidad de adaptarlas, al haberlas preparado en un contexto temporal y material muy distinto y basándose en criterios diferentes. La única opción consiste por lo tanto en reiniciar todo el procedimiento de adjudicación.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 89 Debe señalarse que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación no conduce en todos los casos a su anulación.
- 90 En efecto la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665, de establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable

de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción, significa que cuando el recurso se interpone después de la celebración del contrato y el Estado miembro afectado ha hecho uso de esta facultad, si el órgano que conoce del recurso declara que una decisión relativa a un criterio de adjudicación es ilegal no puede anular la decisión, sino que debe limitarse a conceder una indemnización por daños y perjuicios.

- 91 Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.
- 92 Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43).
- 93 Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación.
- 94 De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.
- 95 Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.

Costas

- 96 Los gastos efectuados por los Gobiernos austriaco, neerlandés y sueco y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt mediante resolución de 13 de noviembre de 2001, declara:

- 1) La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue.**

En cambio, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que:

- **no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas,**
- **exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela**

indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

- 2) La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.**

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 4 de diciembre de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris

1 – Lengua de procedimiento: alemán.

