

Contratos públicos. Determinación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de ofertas conforme al principio de proporcionalidad. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo

Según el TS, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, ha resuelto los recursos de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Cuenca y la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC) contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha de 12 de mayo de 2020, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Urbaser, S.A. contra la resolución de 27 de abril de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales desestimatoria de recurso especial interpuesto por la misma contra el acuerdo de adjudicación a favor de FCC de los servicios de "Recogida y transporte de residuos urbanos, licencia viaria, limpieza de parques-jardines y gestión del punto limpio del municipio de Cuenca".

La cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era, en primer lugar, si la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere de un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. En segundo lugar, para el caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario, por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas temerarias, otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.

La sentencia dictada por el TSJ Castilla-La Mancha estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por URBASER al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido, FCC, había infringido el secreto de las propuestas en la licitación. En el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, y en concreto, en el proyecto técnico de explotación, incorporó información que permitía conocer, al menos en parte, la oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C. Consideraba el TSJ que para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C no es preciso que se anticipe o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que la adjudicataria iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente sino que resulta suficiente con que se pudiera conocer que se iba a ofertar en el sobre C el criterio de adjudicación en cuestión.

Las partes codemandadas, el Ayuntamiento de Cuenca y FCC, alegaban que la infracción del deber de secreto de las ofertas no era un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación y que al haberse anulado el acuerdo de adjudicación por una infracción de escasa relevancia se había vulnerado el principio de proporcionalidad.

La controversia versaba, por tanto, sobre la trascendencia que puede alcanzar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Las codemandadas y ahora recurrentes sostenían que el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS da la razón a las recurrentes, el Ayuntamiento de Cuenca y FCC, por considerar necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos.

Deja claro el TS en la sentencia objeto de análisis que es obligado aplicar las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad.

En puridad estamos ante la aplicación de un criterio la inadmisibilidad del principio formalista cuando es llevado a su extremo más absurdo, del que particularmente se pueden encontrar ejemplos varios como la Resolución nº 380/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la que la empresa recurrente no presentó la documentación necesaria para la valoración de los criterios objetivos distintos al precio en el sobre nº3, tal como se indicaba expresamente en el PCAP y sin embargo, a pesar del reproche por esta actuación, el Tribunal considera que la misma no es relevante a efectos de una posible exclusión, porque los pliegos no establecen criterios sometidos a un juicio de valor, y por tanto, no hay riesgo de contaminación de la valoración de la oferta.

O la Resolución nº 228/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, que superponía el principio de concurrencia competitiva al principio formalista:

“... En el presente caso, como se ha señalado anteriormente, los pliegos no recogen criterios sujetos a juicio de valor, estableciendo como único criterio de adjudicación el precio, por lo que esa información incluida en el sobre 1 no puede suponer una vulneración del secreto de las

proposiciones, en cuanto anticipa una información que no puede influir en el técnico valorador de las ofertas, ya que no existen otros criterios a valorar. En el caso que nos ocupa, ante una medida tan drástica como la exclusión del licitador, debe primar el principio de concurrencia frente a un defecto formal que no compromete la imparcialidad del órgano de contratación en la valoración de las ofertas...”

O también la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, nº 75/2021, de 4 de junio, referida también a un supuesto de contaminación de sobres que enfrentaba al criterio antiformalista frente al secreto de las proposiciones en el disenso de si la concurrencia de dicha circunstancia conlleva siempre su expulsión automática del procedimiento, que recogiendo la doctrina sentada por el TACRC (por todas, Res. nº 574/2019) establece que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, y asume la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas, recogida, entre otras, en la STS de 20/11/2009 y de la SAN de 6/11/2012.

En definitiva, consideramos muy acertado el criterio jurisprudencial sentado por el TS en esta sentencia. La finalidad de la norma es evitar lo que conocemos como “contaminación de los sobres”, pero hay que estar a las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa “contaminación”. El caso planteado en la sentencia se da con bastante frecuencia en la práctica y los licitadores dudan entre arriesgarse a mencionar en su Memoria Técnica datos que deben incluirse en el sobre C, con el consiguiente riesgo de exclusión por posible “contaminación”, o arriesgarse a no hacer mención a tales extremos, con el riesgo de exclusión de la oferta o de menor puntuación de la misma por no ajustarse a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas. En el presente caso, el licitador se limitó a mencionar en el sobre B la disponibilidad de los criterios puntuables mediante fórmulas pero indicando que su detalle se incluiría en el sobre C, por lo que el TS ha entendido que en ese caso concreto no suponía un avance de información relevante a efectos de vulnerar la confidencialidad de las ofertas que tuviera que llevar aparejada la exclusión a la luz del principio de proporcionalidad.