



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de febrero de 2007, la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas dicta Orden por la que se aprueba el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para la adjudicación por concurso público, mediante procedimiento abierto, de la concesión, en régimen de gestión indirecta, del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se dispone la apertura de la fase de adjudicación, y se designa a los componentes de la Mesa de Contratación y de la Comisión Técnica que hubiera de informar, en su caso, las ofertas técnicas.

Del contenido del indicado Pliego y por lo que interesa al objeto del presente Dictamen se destacan los siguientes extremos:

- El contrato se califica expresamente de gestión de servicios públicos.
- "Cláusula 20. Formalidades de las proposiciones.

Las proposiciones constarán en dos sobres cerrados y firmados por el licitador o por quien lo represente. En cada uno se hará constar el objeto del concurso, el título indicativo de su contenido y la denominación del licitador, con su CIF, nombre y apellidos de quien firme la proposición y el carácter con que lo hace. También se hará constar el teléfono y el fax de contacto. El título del sobre núm. 1 será: "documentación general". El título del sobre núm. 2 será: "Proposición técnica y documentación necesaria para la valoración de las ofertas, de acuerdo con los criterios de adjudicación del Anexo V" (...).

- "Cláusula 23. Adjudicación.

23.1.- La Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en el sobre núm. 1 en tiempo y forma. Si observara defectos materiales en la documentación presentada, concederá al licitador afectado un plazo de tres días hábiles para enmendar el error.

23.2.- La no presentación o presentación inadecuada de la documentación podrá ser considerada por la Mesa motivo de exclusión.

23.3.- Una vez transcurrido el plazo establecido para enmendar los errores, en el lugar, el día y la hora señalados en el anuncio, y en acto público, la Mesa dará cuenta de las proposiciones recibidas y aceptadas, procederá a la

apertura y lectura del sobre núm. 2 y extenderá el acta correspondiente (...)".

SEGUNDO.- Desde el 12 de diciembre de 2007, la Mesa de Contratación procede, en sucesivas sesiones, a abrir la documentación general presentada por los licitadores y a su calificación.

Consta en el expediente el Acta núm. 2, correspondiente a la sesión del 12 de mayo de 2008, que, en relación con la mercantil "--, S.L.", manifiesta:

"(...) toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego, en estas circunstancias, y una vez consultado por la Mesa antecedentes administrativos en la contratación, de esta situación, la Mesa acuerda inadmitir la documentación presentada por la referida empresa".

TERCERO.- Tras la reorganización administrativa operada por Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma núm. 26/2008, de 25 de septiembre, las competencias en materia de radiodifusión y televisión se asignan a la Consejería de Economía y Hacienda. Por Orden de 19 de febrero de 2009, el Secretario General de dicha Consejería, por delegación de su titular, designa nueva Mesa de Contratación.

Reunido el indicado órgano, da por buenas todas las actuaciones de la Mesa anterior.

CUARTO.- El 30 de abril, en acto público, la Mesa da cuenta de las proposiciones recibidas, en número de 86, y del resultado de la calificación de los documentos, indicando las empresas que han sido admitidas a la licitación y las que no, con expresión del motivo de exclusión del concurso.

Respecto de "--, S.L.", consta en el Acta correspondiente a la indicada sesión que *"toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego"*.

Se confiere a los participantes en el concurso un plazo de dos días hábiles para presentar reclamaciones.

QUINTO.- El 5 de mayo, un representante de la mercantil excluida presenta alegaciones en las que, en síntesis, expone que la documentación fue presentada conforme a las exigencias del Pliego, pues se hallaba debidamente etiquetada y ubicada en el interior de una caja opaca y sin aberturas, con su correspondiente rotulación de la acreditación del concurso y del licitador, y cerrada mediante goma elástica con enganche. Sobre la goma elástica se ubicó una cinta adhesiva para impedir que se pudiera abrir la caja al manipularse. Además, la documentación incluida en la caja iba perfectamente envuelta en papel marrón, con lo que, aunque se abriese la caja, no podía consultarse la documentación sin romper el papel que la envolvía. Por tanto, la documentación se presentó cerrada, garantizando el principio de confidencialidad, como exigía el Pliego, que no impone la obligación de presentarla precintada.

Considera, asimismo, que, con apoyo en jurisprudencia que cita (STS, 3ª, de 10 de noviembre de 2006), la presentación de la documentación sin las formalidades debidas únicamente puede ser determinante de la exclusión del licitador cuando de aquella circunstancia se le haya derivado alguna ventaja o beneficio, lo que en el supuesto no ha ocurrido.

Sobre esta base, afirma la empresa que su inadmisión debida a la exigencia de un requisito inexistente en los Pliegos, es arbitraria y vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la contratación pública, con invocación del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, considera que la no admisión de proposiciones por simples defectos formales vulnera los artículos 80 y 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), toda vez que no se le concede la posibilidad de subsanar el defecto advertido en la documentación presentada.

Termina sus alegaciones indicando que la documentación se presentó en forma idéntica a otras licitaciones convocadas por la propia Comunidad Autónoma con pliegos coincidentes en cuanto a las formalidades exigidas a las proposiciones, no habiendo advertido la Administración regional en aquella ocasión que la documentación no se hubiera presentado en sobre cerrado.

Solicita de la Mesa, en consecuencia, que admita la documentación presentada a la licitación.

SEXTO.- El 15 de mayo, la Mesa de Contratación entiende que dichos escritos no pueden considerarse como reclamaciones o recursos que exijan una decisión de la Mesa, con independencia de su propuesta de inadmisión, que se mantiene. Y ello sin perjuicio de los recursos que procedan frente a la resolución del órgano de contratación.

SÉPTIMO.- Con fecha 16 de julio de 2009, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se declara la inadmisión al concurso de la mercantil actora, *"porque toda la documentación que aporta la empresa viene en carpetas a las que se tiene acceso fácilmente, pudiendo ver lo que contienen sin tener que romperlas o despegar nada, y acceder a la documentación que contienen, incumpliendo por tanto las formalidades exigidas en el Pliego, que prescribe "sobres cerrados"."*

OCTAVO.- Frente a la indicada Orden de inadmisión, el 29 de julio se interpone recurso de reposición que reproduce los argumentos e impugnaciones esgrimidos por la empresa ante la Mesa de Contratación, recogidos en el Antecedente Quinto de este Dictamen, y se solicita la suspensión de los efectos del acto recurrido.

NOVENO.- Solicitado informe a la Mesa de Contratación, indica este órgano que cuando examinó las ofertas, *"las carpetas que contenían toda la documentación, tanto la administrativa como la técnica, no llevaban cinta adhesiva, ni presentaban señal de que se hubiese adherido ninguna en ningún momento, además la documentación que contenían las cajas no estaba envuelta en papel marrón, como afirman, estimándose que adolecían de defecto insubsanable que consiste en vulnerar el principio de confidencialidad de las proposiciones"*.

En cuanto a la alegada vulneración de los artículos 80 y 81 RCAP, se afirma que la Mesa no llegó a examinar la documentación presentada, dada la inadmisión de la oferta.

DÉCIMO.- Por Orden de 18 de noviembre de 2009, la Consejería de Economía y Hacienda desestima el recurso de reposición sobre la base de considerar que al presentar la documentación en el modo como lo hizo la recurrente, se habría roto el secreto de las proposiciones, garantía esencial del principio de concurrencia e igualdad de los licitadores. Se considera, además, que para conseguir ese carácter secreto de las ofertas ha de hacerse una interpretación formalista de las exigencias prescritas por el RCAP, que vendría avalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 38/2007. Se estima, por tanto, que sólo puede considerarse como "sobre cerrado" aquél a cuyo contenido únicamente se pueda acceder tras realizar una operación que implique alterar el envoltorio, de modo que no pueda reponerse su estado al momento anterior a su manipulación. Dichas características no concurren en la forma en que se presentó la documentación por la recurrente, por lo que la Mesa, en interpretación razonable de las cláusulas del Pliego, decidió inadmitir a la recurrente, lo que excluye cualquier arbitrariedad. Asimismo, el criterio aplicado respecto de la mercantil interesada también se aplicó a otras empresas que concurrieron a la licitación y de la que fueron excluidas por idéntico motivo, sin que quepa apreciar, por tanto, vulneración alguna del principio de igualdad.

A la alegación de no haber posibilitado la subsanación del defecto advertido, se contesta que éste afectaba a la falta o incumplimiento de un requisito exigido para la contratación, y no a la mera ausencia de acreditación del requisito, única susceptible de subsanación.

Matiza, además, el alcance de la STS de 10 de noviembre de 2006, alegada por el recurrente, al considerar que los fragmentos que la empresa interesada incorpora a su impugnación no forman parte de los razonamientos jurídicos del órgano jurisdiccional, sino que reproducen un acuerdo del órgano de contratación del Consejo General del Poder Judicial, una de cuyas actuaciones constituyen el objeto del litigio. Éste, además, versaría sobre un concurso de adopción de tipo, cuyas características hacen menos relevante que otras empresas concursantes puedan conocer el contenido de las proposiciones.

Rechaza, finalmente, las alegaciones relativas a otros concursos similares y la petición de suspensión de eficacia del acto recurrido.

Frente a la orden desestimatoria del recurso, se indica expresamente a la mercantil interesada la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo y el plazo para hacerlo.

UNDÉCIMO.- El 30 de diciembre la mercantil insta la revisión de oficio de las Órdenes de 16 de julio y 18 de noviembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda, al considerar que incurren en los vicios de nulidad establecidos por el artículo 62.1, letras a) y e) LPAC, es decir, que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y *"no se ha respetado en absoluto el procedimiento para la aprobación del acto confirmado al resolverse el recurso de reposición"*. La infracción del procedimiento estriba, según la actora, en que se ha considerado indebidamente ajustado a Derecho el procedimiento seguido para evaluar y calificar las ofertas, vulnerándose además los artículos 14 y 20 de la Constitución, considerando que se han dictado los actos con ausencia total del procedimiento.

Insiste en las alegaciones formuladas en el recurso de reposición, indicando que exigir requisitos adicionales (sobres precintados, no meramente cerrados) a los previstos en el Pliego y excluir, con fundamento en tal exigencia, a un licitador de un concurso sin darle oportunidad de subsanar el defecto advertido en la presentación de la documentación, supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir y determina la infracción del principio constitucional de igualdad y no discriminación consagrados por los artículos 14 CE y 11 TRLCAP, y la adopción de un acto arbitrario. El razonamiento de la actora es el que sigue: *"todos los licitadores tienen un objetivo común: resultar adjudicatarios del concurso para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. Por tanto, es evidente, como reconoce el Tribunal Constitucional, que estamos ante situaciones no desiguales, o lo que es lo mismo, situaciones iguales"*.

Se alega, asimismo, que la actuación del órgano de contratación, al excluir a la actora del concurso no respeta el pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 de la Constitución, considerando que *"ha recibido un trato arbitrariamente discriminatorio por el órgano de contratación respecto del resto de licitadores que habiendo presentado sus ofertas en sobres cerrados no han sido excluidos"*.

La pretensión de la mercantil actora es que se declare la nulidad de los actos impugnados y se suspenda su eficacia.

DUODÉCIMO.- El 27 de enero de 2010, el Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe que concluye declarando la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio, tras descartar la posibilidad de su inadmisión a trámite, si bien apunta que quizás podría llegar a inadmitirse por aplicación del último inciso del artículo 102.3 LPAC, es decir, que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras pretensiones sustancialmente iguales, toda vez que la mercantil interesada ya instó la nulidad de la Orden que la excluía del concurso en vía de recurso de reposición. No obstante, en aplicación de la doctrina que aboga por la interpretación restrictiva de los supuestos de inadmisión de las solicitudes de revisión de oficio, considera procedente admitir la acción de nulidad ejercitada.

En cuanto al fondo, manifiesta el informe que se reproducen las alegaciones sostenidas por la actora en su recurso de reposición, por lo que también han de reiterarse las motivaciones que llevaron a su desestimación. Se indica, asimismo, que no concurren las circunstancias que la doctrina del Tribunal Constitucional exige para entender vulnerado el principio de igualdad (identidad sustancial de las situaciones jurídicas objeto de comparación, trato desigual no fundado en razones objetivas y que el juicio de igualdad se desarrolle en el marco

de la legalidad, pues no cabe invocar la igualdad en la ilegalidad) pues la interpretación que la Mesa realizó de los Pliegos fue razonable y motivada y se aplicó por igual a todos los licitadores. No hay, por tanto, actuación arbitraria en la decisión de la Mesa que, en uso de su discrecionalidad técnica, excluye del concurso a la empresa actora.

Tampoco cabe apreciar una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido en interpretación estricta que de esta causa realiza la jurisprudencia, pues para el dictado de las Órdenes impugnadas se siguió el *iter* establecido por las normas aplicables en cada caso.

Se considera improcedente, asimismo, acceder a la suspensión de la eficacia de las Órdenes impugnadas.

DECIMOTERCERO.- Con fundamento en el indicado informe, la Consejera de Economía y Hacienda formula propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio, para su elevación al Consejo de Gobierno, órgano competente para su resolución, previa emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

DECIMOCUARTO.- El 15 de febrero informa la Dirección de los Servicios Jurídicos en sentido favorable a la desestimación de la revisión de oficio solicitada, pues coincide con los criterios expresados por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que niegan la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la actora. Así, respecto de la vulneración del principio de igualdad, se insiste en que el criterio adoptado por la Mesa de Contratación para inadmitir la documentación presentada por la empresa fue también aplicado a las otras mercantiles concursantes que habían presentado la documentación en similares circunstancias.

En cuanto a la omisión del procedimiento legalmente establecido, los argumentos esgrimidos por la empresa excluida lo son de fondo, pues se refieren a la interpretación a dar a la expresión "sobre cerrado" que usan los Pliegos.

Descartada la existencia de vicios de nulidad en las Órdenes impugnadas, la Dirección de los Servicios Jurídicos analiza tanto la jurisprudencia invocada por la actora en defensa de sus intereses como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y también la disyuntiva que se plantea en el supuesto entre una interpretación literalista de la norma que conduce a la inadmisión de las proposiciones que no cumplan con las formalidades exigidas y una finalista o teleológica que, priorizando el principio de concurrencia, determinaría que los defectos formales que no afecten a la igualdad de los licitadores no obstaculicen la máxima concurrencia entre ellos, afirmando que *"no parece conforme a la lógica jurídica que, en garantía de la igualdad de los licitadores, se excluya a quien sería el principal (o único) perjudicado por la posibilidad de que los demás conozcan su oferta"*. Apunta, además, la necesidad de efectuar un análisis de las circunstancias concretas del caso para dar con la solución más justa atendiendo, en cualquier caso, al más escrupuloso respeto a los principios de igualdad y concurrencia, pues no cabe limitar ésta so pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda en tanto que contraria al sistema legal de la contratación administrativa.

Si la Consejería consultante considerara oportuno subsanar la situación creada, le indica dos posibles vías: la revocación y la declaración de lesividad, si bien considera que esta última opción es la que mayores garantías ofrece para permitir participar, mediante un trámite de audiencia, en el procedimiento al resto de licitadores, admitidos o no al concurso.

Incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de febrero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDA.- Procedimiento. Omisión del trámite de audiencia.

La revisión pretendida por la mercantil actora se refiere a un acto inscrito en el marco de la contratación administrativa (la Orden por la que se inadmiten las propuestas presentadas al concurso) y a la Orden que desestima el recurso de reposición interpuesto frente a aquélla. La diferente naturaleza de ambos actos no afecta al procedimiento aplicable a su revisión, que habrá de ser el tipo o común, contenido en el Título VI de la LPAC, con las peculiaridades establecidas por el artículo 102 de la misma Ley, atinentes a la posibilidad de inadmisión de la solicitud y la preceptividad y efectos del presente Dictamen.

Las normas del procedimiento administrativo común exigen dar audiencia a los interesados, como manifestación de los principios participativo y contradictorio que han de regir dicho procedimiento y que tiene su plasmación constitucional en el artículo 105, c) CE, según el cual la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. El artículo 84 LPAC, por su parte, dispone que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados.

En el procedimiento sometido a consulta se motiva la omisión de la audiencia a la mercantil actora, con fundamento en el artículo 84.4 LPAC, que permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado. La aplicación de esta excepción en procedimientos de revisión de oficio ha sido aceptada por este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 51/2005 y 102/2007, entre otros); pero ocurre que, en el presente supuesto, la actora no es la única interesada.

En efecto, la condición de interesado en el procedimiento administrativo la otorga el artículo 31.1 LPAC no sólo a quienes lo promueven sino también a los que, sin haberlo iniciado, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (art. 31.1, letra b), y a aquéllos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento (art. 31.1, letra c).

En el seno de un proceso competitivo como el de la contratación administrativa, las decisiones del órgano de contratación relativas a la inadmisión de propuestas inciden sobre la situación jurídica de todos los licitadores, generando beneficios a unos, que ven disminuir la competencia, y perjuicios a quienes se ven excluidos del concurso. Por ello, cabe afirmar que ostentan la condición de interesados todos aquellos que hubieran presentado ofertas, dado que *"tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (sentencia de 7 de marzo de 2001, citada por la de 4 de junio de 2001)"* (STS, 3ª, de 20 de julio de 2005).

Dicha condición de interesado en el procedimiento que ha de alumbrar el contrato se comunica y ha de ser predicada, asimismo, respecto a los procedimientos que, sin integrarse en la contratación administrativa propiamente dicha, sí que son susceptibles de incidir sobre los actos del órgano de contratación, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, pues la revisión de oficio ejercitada persigue dejar sin efecto la Orden por la que se inadmiten las propuestas presentadas por la mercantil actora y la resolución que la sanciona al desestimar el recurso de reposición ejercitado contra ella. Ha de recordarse que la jurisprudencia reconoce la existencia de un interés legítimo en aquellas personas *"respecto a las cuales la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su*

acaecimiento" (STS, 3ª, de 20 de julio de 2005).

En el supuesto sometido a consulta, la anulación pretendida y la consecuente readmisión al concurso de la actora no sólo generaría un beneficio para ella (lo que la legitima para ejercitar la acción de nulidad), sino que también derivaría en un inmediato y evidente perjuicio para el resto de licitadores, que verían aumentar la competencia por la adjudicación del objeto de la concesión. Ello les convierte en interesados, a quienes ha de facilitarse la oportunidad de conocer el procedimiento en curso y de participar en él, alegando lo que convenga a su derecho, ex artículo 84 LPAC. El Consejo de Estado, por su parte, ha calificado el trámite de audiencia en los procedimientos de revisión de oficio como "*esencial*", "*de observancia inexcusable*" e "*imprescindible*", sin cuya observancia no pueden resolverse expedientes revisores (por todos, Dictámenes 42240, de 12 de julio de 1979; 43017, de 8 de enero de 1981; y 43233, de 17 de marzo de 1981).

Procede, en consecuencia, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para conferir trámite de audiencia a todos los interesados en el procedimiento, que, atendido su objeto, habrán de ser todos aquellos que presentaron ofertas sobre las concesiones de frecuencia modulada a las que optaba la actora.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión instada, toda vez que procede completar la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

Una vez cumplimentado el trámite, habrá de formularse nueva propuesta de resolución y ser remitido el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.