



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **160/2010**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 2010, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 29 de junio de 2010, sobre revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por las que se excluía a "--, S.A.", del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora (expte. **149/10**), aprobando el siguiente Dictamen.

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. 19, correspondiente a la sesión del 3 de julio de 2008, que, en relación con la mercantil "--, S.A.", manifiesta:

"Examinada la oferta presentada, se advierte 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, 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.A.", 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 4 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 aquélla 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 la estricta interpretación 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.

DECIMOQUINTO.- Solicitado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico, se emite con el número 61/2010, en sentido desfavorable a la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio instada por la mercantil, al considerar que procede completar la instrucción del procedimiento confiriendo trámite de audiencia a todos los interesados en el expediente de contratación, debiendo el órgano instructor formular nueva propuesta de resolución una vez cumplimentado el referido trámite.

DECIMOSEXTO.- Conferido trámite de audiencia a todos los licitadores que se presentaron al concurso y no han retirado su oferta, únicamente presentan alegaciones, además de la mercantil actora en el presente procedimiento de revisión de oficio, las empresas "--, S.L." y "--, S.L.", también excluidas de la licitación por la misma causa. Las alegaciones de las tres sociedades son idénticas.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 23 de junio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda elabora nuevo informe que reproduce las argumentaciones ya utilizadas en otros anteriores para negar la existencia de las causas de nulidad invocadas por la mercantil actora.

Considera el indicado Servicio que, dada la similitud de la nueva propuesta de resolución con la ya informada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, no es preceptivo recabar de nuevo su parecer.

DECIMOCTAVO.- Con fundamento en el informe del Servicio Jurídico, se elabora una nueva propuesta de acuerdo de Consejo de Gobierno, desestimatorio de la acción de nulidad ejercitada.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite de nuevo lo actuado en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance 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.- Competencia y procedimiento.

I. La resolución del procedimiento de revisión de oficio instado por la mercantil actora para la declaración de nulidad de las Órdenes de la Consejera de Economía y Hacienda de 16 de julio y 18 de noviembre, ambas de 2009, compete al Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en el artículo 33.1, a) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. En cuanto al procedimiento, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en nuestro Dictamen 61/2010. En cualquier caso, una vez cumplimentadas las actuaciones instructoras que allí calificamos como necesarias, no hay reparo alguno que realizar a la tramitación del procedimiento.

Se coincide con el Servicio Jurídico de la Consejería proponente en la no necesidad de recabar un nuevo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, dado que las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia, conferido con posterioridad al dictamen de aquélla que obra en el expediente, son idénticas a las ya invocadas previamente por la mercantil actora y sobre las que ya se pronunció el indicado órgano directivo en su informe de 15 de febrero de 2010.

TERCERA.- Determinación del objeto del presente procedimiento de revisión de oficio.

Conforme se desprende de los Antecedentes, la mercantil, al amparo de lo establecido en el artículo 102 LPAC, insta la nulidad de pleno derecho de la Orden de 16 de julio de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se le excluye del concurso público para 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, y de la Orden de 18 de noviembre de 2009, de la misma Consejería, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto frente a la primera de las citadas.

Considera la actora que los actos impugnados 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 que se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Indica 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.

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"*.

CUARTA.- De la alegada vulneración del principio de concurrencia e igualdad de los licitadores como causa de nulidad al amparo del artículo 62.1, letra a) LPAC.

De conformidad con lo establecido en el artículo 26.3 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (hoy derogada por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual), la explotación de los servicios de radiodifusión sonora en frecuencia modulada se puede realizar mediante gestión directa por las Administraciones Públicas, o por sus entes públicos, y a través de gestión indirecta por las Corporaciones Locales o por personas físicas o jurídicas.

La actividad consistente en emitir radiodifusión está sujeta a una doble concesión, la de gestión del servicio público y la concesión demanial del dominio público radioeléctrico, dos actos administrativos que, como señala la exposición de motivos del Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas, *"aunque de facto se funden en uno solo, ya que en virtud del principio de prevalencia del servicio público la concesión de su gestión lleva consigo la del uso privativo del demanio radioeléctrico, de iure se trata de dos concesiones administrativas distintas, una para la prestación del servicio de radiodifusión y otra para la utilización, con carácter privativo, del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de dicho servicio"*.

Las concesiones de servicios de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias a las entidades privadas se otorgan por las Comunidades Autónomas con competencia en materia de medios de comunicación social, una vez realizada por el indicado Plan Técnico la oportuna reserva de frecuencias.

El supuesto sometido a consulta se incardina en el procedimiento de adjudicación de las indicadas concesiones a particulares en el ámbito de la Comunidad Autónoma, que, calificadas como contrato de gestión de servicios públicos, se lleva a efecto conforme a lo establecido en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, tal y como de forma expresa se contiene en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que lo rige.

1. Formalidades exigidas a los licitadores en la presentación de la documentación y garantía del principio de igualdad.

Según alega la mercantil actora, la exigencia de presentar la documentación en sobres precintados y no meramente cerrados, constituye un requisito no previsto en los pliegos, que, en la medida en que es determinante de su exclusión del concurso, constituye un acto arbitrario, contrario a los principios de concurrencia e igualdad de los licitadores, proclamados por el artículo 11 TRLCAP.

Dispone este precepto que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de

publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la propia Ley, y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

Atendida la causa de nulidad invocada por la mercantil actora, es necesario efectuar una primera delimitación entre los principios de concurrencia y el de igualdad, pues aunque aparecen íntimamente relacionados entre sí, son dos principios diferentes que cuentan a su vez con un grado de protección jurídica igualmente diverso. En efecto, mientras el principio de libre concurrencia persigue una mayor y mejor licitación en beneficio del interés público, lo que relaciona esencialmente este principio con el de publicidad, el de igualdad o no discriminación persigue garantizar la igualdad de oportunidades entre todos los que acuden a la licitación. Por otra parte, sólo la igualdad tiene expreso reconocimiento constitucional como derecho fundamental, con las consiguientes garantías contempladas en el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, sólo su vulneración podría ser invocada como supuesto de nulidad al amparo del artículo 62.1, letra a) LPAC. Ocurre, no obstante, que ambos principios están tan conectados entre sí que se ha llegado a afirmar que constituyen dos formas de expresión de la misma realidad o que el uno (la libre concurrencia) es instrumento del otro (el principio de igualdad de los licitadores) (Dictamen del Consejo de Estado 1270/1993), de forma que la vulneración de uno suele conllevar la del otro.

El alcance de estos principios en relación con el procedimiento de selección de los contratistas ha sido reiteradamente establecido por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al señalar que *"el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos"* (STS, 3ª, de 19 de septiembre de 2000). Del mismo modo, la de 17 de octubre de 2000, señala que al consagrarse en nuestro sistema jurídico el principio de libre concurrencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea, queda vedada toda restricción participativa contraria a dicho principio *"que asegura la libertad de concurrencia y que implica una aplicación particularizada a las relaciones derivadas de los contratos administrativos del principio de igualdad ante la ley, cuya manifestación más genuina es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista"*. En el mismo sentido, la STS de 12 de abril de 2005, que de forma explícita afirma su íntima conexión con el artículo 14 de la Constitución, al indicar que *"el principio de igualdad en la licitación está protegido por el artículo 14 de la Constitución"*.

Desde esta perspectiva, una eventual quiebra en el principio de igualdad de los licitadores podría ser considerada como una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley consagrado por el artículo 14 CE y, en consecuencia, el acto incurso en tan grave vulneración del ordenamiento, habría de ser declarado nulo, en aplicación de los artículos 102 y 62.1, letra a) LPAC.

La cuestión estriba, pues, en establecer si la exclusión del concurso basada en la presentación de la documentación en la forma en que lo hizo la mercantil actora, comporta una quiebra del principio de igualdad de los licitadores.

A tal efecto, es necesario acudir a las normas rectoras de las formalidades exigibles en la presentación de la documentación. La norma legal aplicable por razones temporales es el artículo 79.1 TRLCAP, reproducida en el artículo 80 RCAP, que impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de noviembre de 2009, de garantizar no sólo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas, favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza, sin interferencias.

En el mismo sentido se expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 62/2008, de 22 de diciembre, el cual si bien referido a la contratación en los denominados sectores excluidos, efectúa reflexiones claramente extensibles a los contratos administrativos sometidos a la legislación general de contratos.

En consecuencia, el secreto de las proposiciones se inspira y tiende a garantizar el derecho de igualdad de trato de los licitadores, lo que impone a éstos unas exigencias formales en la presentación de las ofertas, acordes con el mandato dirigido por el artículo 79.1 TRLCAP a la Administración adjudicadora para que arbitre los medios que garanticen tal secreto, hasta el momento de la licitación pública. Al respecto, es claramente ilustrativa la STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de enero de 2006, al afirmar que *"en materia de contratación pública el respeto a los trámites formales que regulan la separación de fases dentro del proceso y el mantenimiento del secreto de las proposiciones hasta la llegada del acto de apertura pública de las mismas, son principios que deben ser respetados a ultranza con independencia de las vicisitudes del caso concreto ya que si se admiten excepciones puntuales a preceptos legales claros y contundentes, se están menoscabando los cimientos sobre los que se asienta la regulación de la contratación pública, por afectar a la igualdad en la concurrencia y a la infranqueable separación entre actuaciones públicas y actuaciones que deben permanecer secretas hasta un momento determinado"*.

2. Exigencia de un requisito no contenido en los pliegos.

Expuesta la doctrina general acerca del fundamento y la función que persiguen las formalidades exigidas a los licitadores en la presentación de la documentación, cabe ya atender al caso concreto sometido a consulta, para lo cual habrá de establecerse en primer lugar si la exigencia del requisito de que la documentación fuera presentada en sobre precintado, es distinta a la exigencia de "sobre cerrado" que figura en los pliegos, pues, si así fuera, la fijación por la Administración de un requisito no contemplado en los pliegos supondría una quiebra del principio de igualdad de trato, conforme a la jurisprudencia comunitaria expresada en sentencias STJCE 1993/98, de 22 de junio de 1993 y 2006/35, de 9 de febrero de 2006. Esta última afirma de forma categórica que *"los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, según los cuales deben definirse claramente por anticipado todos los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación, exigen que (...) los interesados puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que los mismos imperativos se aplican a todos los participantes"*.

Ahora bien, el pliego y los requisitos en él establecidos no pueden ser interpretados de forma aislada, sino integrándolos con las prescripciones legales que rigen las formalidades a seguir en la presentación de la documentación. Por ello, la expresión "sobre cerrado", utilizada por el apartado 20.1 PCAP ha de entenderse a la luz del artículo 79.1 TRLCAP y, en consecuencia, habrá de considerarse como tal al envoltorio que garantice la confidencialidad o secreto de la oferta técnica hasta el preciso momento en que deba ser conocida. Tal garantía, en la estricta interpretación realizada por la Mesa, no se alcanza con la forma en que la mercantil actora presentó la documentación (en carpetas, dentro de una caja cerrada con una goma elástica), toda vez que cuando el indicado órgano, para calificar la documentación general (cláusula 23 PCAP) abre la caja, tiene acceso a toda la documentación presentada por la mercantil, tanto a la general, única que debía ser conocida en ese momento, como a la proposición en sentido estricto, entendida como la oferta y documentación técnica necesaria para su valoración, cuyo conocimiento y apertura había de producirse posteriormente y en acto público (art. 83 RCAP), en el que tanto la Administración como el resto de concursantes conocerían por primera vez el contenido de todas las proposiciones.

Desde esta perspectiva, la inadmisión de las ofertas en que la documentación haya sido presentada en forma

que incumpla los requisitos establecidos en el ordenamiento con respecto al secreto de las mismas, no puede entenderse como una quiebra del principio de igualdad de los licitadores, sino antes bien como una consecuencia del mismo.

No obstante, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de noviembre de 2009 y, antes, en la de 10 de noviembre de 2006, propugna una interpretación teleológica de las formalidades exigibles a la documentación presentada a la licitación y relativiza el efecto de la quiebra del secreto de las proposiciones, cuando aquel a quien se le imputa dicha vulneración por un error involuntario no ha obtenido una posición de ventaja respecto al resto de los licitadores; pero no ha de olvidarse que el propio Tribunal insiste de forma reiterada en ambas sentencias en que sus consideraciones vienen referidas a un contrato totalmente atípico y de naturaleza *sui generis*, como es el de adopción de tipo de bases de datos de legislación y jurisprudencia para su utilización por los miembros de la Carrera Judicial, en el que el conocimiento de los extremos contenidos en la documentación presentada al concurso no afectaba a la oferta, extremo éste que lo diferencia sustancialmente del contrato a que se refiere el presente Dictamen. No debe obviarse, además, que, como señala la propia STS de 20 de noviembre de 2009, la finalidad perseguida por las normas que establecen y garantizan el secreto de las proposiciones, es la garantía no sólo de la confidencialidad de las ofertas entre los licitadores *"sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas, favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo"*.

En atención a lo expuesto, y aunque una interpretación finalista de las normas que rigen las formalidades exigibles a la presentación de la documentación en sede de contratación administrativa, como pone de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, podría amparar una conclusión contraria a la exclusión decidida por la Mesa, lo cierto es que en un procedimiento extraordinario y de cognición limitada como el de revisión de oficio, la rigurosa interpretación literal realizada por aquélla no puede entenderse como contraria al principio de igualdad de los licitadores y, por extensión, al derecho de igualdad en la aplicación de la Ley consagrado por el artículo 14 CE. Y es que el carácter extraordinario (*"cauce de utilización excepcional y de carácter limitado"*), según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un debate fuera de los cauces ordinarios y que, en el caso sometido a consulta, cabe identificar con la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las órdenes aquí atacadas, vía que, en el momento de ejercer la acción de nulidad ante la Administración, todavía tenía expedita la mercantil actora al no haber transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación de la Orden por la que se resolvía el recurso de reposición interpuesto frente a su exclusión de la licitación.

De otro modo, es decir, de enjuiciarse en este singular procedimiento revisorio la legalidad de la actuación administrativa, más allá de los estrechos márgenes que impone su extraordinario carácter, se convertiría *"de facto"* a esta específica instancia revisoria en un segundo (e improcedente) recurso de reposición, con vulneración de lo prescrito en el artículo 102.1 LPAC sobre el tasado alcance del procedimiento allí regulado (Dictamen 51/2005 de este Consejo Jurídico).

3. Igualdad de trato a todos los licitadores.

Descartado que la interpretación realizada por la Mesa de Contratación respecto a las exigencias formales en la presentación de la documentación vulnerara el principio de igualdad de los licitadores, tampoco puede apreciarse tal quiebra en la actuación subsiguiente del indicado órgano, que dispensó el mismo trato a todos los licitadores que presentaron la correspondiente documentación en forma tal que no se garantizara el secreto de las proposiciones.

En línea con la conocida doctrina constitucional reseñada por la propuesta de resolución respecto al derecho de igualdad y a las condiciones que han de darse para declarar su quiebra, señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de octubre de 1999, en un supuesto de alegada discriminación entre los licitadores, que, para apreciar una vulneración del artículo 14 CE, debe darse *"la presencia de dos presupuestos esenciales, cuales son la aportación de un término de comparación que acredite la igualdad de supuestos y que se trate, en todo caso, de un cambio de criterio con una motivación irrazonable o arbitraria"*.

De la lectura de las actas de la Mesa de Contratación, y en especial de la que obra a los folios 192 y siguientes del expediente, se advierte que otras dos empresas, además de la reclamante, fueron inadmitidas al concurso por presentar la documentación en idéntica forma, que no garantizaba el secreto de las proposiciones, sin que la mercantil actora aporte un término de comparación válido -empresa licitante que, presentando la documentación en las mismas condiciones que la interesada, hubiera sido admitida al concurso- que permita apreciar la existencia de un cambio de criterio irrazonable o arbitrario del órgano actuante. La no acreditación de ese obligado *tertium comparationis* cuya carga probatoria corresponde a la actora (STC 130/2007, de 4 de junio) impide considerar que la actuación de la Mesa de Contratación respecto de aquélla fuera discriminatoria.

Procede, en consecuencia, desestimar la alegación relativa a la vulneración del derecho de igualdad, en su manifestación como igualdad de trato de los licitadores, propia del ámbito de la contratación administrativa.

Del mismo modo y dada la esencial vinculación que la mercantil actora establece en sus alegaciones entre la vulneración del derecho de igualdad y la del pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 CE, la no apreciación de trato discriminatorio entre los licitadores ha de conllevar también la desestimación de la pretendida vulneración del indicado valor.

QUINTA.- La causa de nulidad del artículo 62.1, letra e) LPAC.

De los términos en que se expresa la acción de nulidad formulada por la interesada y de las alegaciones presentadas ante el Consejo Jurídico, cabe entender que aquélla considera que las Órdenes impugnadas incurren en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra e) LPAC, por haber sido dictadas tras exigir requisitos adicionales 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, lo que supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir.

Ha de recordarse la constante doctrina según la cual el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca *"la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido"* (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no

debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

En cuanto a las exigencias formales en la presentación de los documentos, cabe reiterar lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que procede centrar ahora nuestra atención en la omisión del requerimiento de subsanación del defecto que, según la actora, debía haberse efectuado por la Administración antes de proceder a su exclusión del concurso.

En efecto, el artículo 81.2 RCAP dispone que si la Mesa observa defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los licitadores, concediéndoles un plazo para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. En el mismo sentido se expresa la Cláusula 23 PCAP.

Según la propuesta de resolución sometida a consulta, no se efectuó tal requerimiento de subsanación al considerar que el defecto que presentaba la documentación era insubsanable, pues no se trataba de una insuficiente acreditación documental de un requisito, sino del incumplimiento del requisito mismo.

Coincide el Consejo Jurídico en apreciar el carácter insubsanable del defecto advertido en la presentación de la solicitud, toda vez que el efecto del mismo, es decir, la ruptura del secreto de las proposiciones, se produce en el preciso instante en que se advierte el defecto, y tal efecto es, ya y desde ese momento, irreparable (STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 467/2008 de 27 mayo). No siendo el defecto advertido susceptible de subsanación, falta el presupuesto de hecho contemplado por la norma para convertir en preceptivo el requerimiento a tal efecto, pues éste sólo opera cuando la Mesa "*observase defectos u omisiones subsanables*" (art. 81.2 RCAP)

En consecuencia, no se aprecia en el supuesto sometido a consulta el motivo de nulidad radical previsto en el artículo 62.1, letra e) LPAC, en los términos alegados por la accionante de nulidad, pues no existe prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar la resolución por la que se le excluye del concurso.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio de las órdenes impugnadas, al no apreciar el Consejo Jurídico que incurran en las causas de nulidad invocadas por la mercantil actora.

No obstante, V.E. resolverá.

