



Roj: **SAN 5035/2012** - ECLI: **ES:AN:2012:5035**

Id Cendoj: **28079230032012100643**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/11/2012**

Nº de Recurso: **92/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Encartaciones S.A.**, representada por la **Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Soberón García de Enterría**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre contratación administrativa, interviniendo como codemandados R.J. Autocares S.L., Classic Bus S.L. y Autocares Vistalegre S.L. representadas por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla. Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Iltmo. Sr. D. **EDUARDO MENENDEZ REXACH**.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y es la Resolución de 7 de Diciembre de 2.011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

En el mismo trámite la codemandada formuló idéntica petición.

**CUARTO.-** Contestada la demanda y no habiéndose solicitado recibir el pleito a prueba, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 30 de Octubre de 2.012 en el que, efectivamente, se votó y falló.

### **II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 7 de Diciembre de 2.011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), por la que se desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de 25 de Octubre de 2011 de exclusión de la demandante en el procedimiento relativo a la contratación del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria) y acuerda dejar sin efecto la suspensión del procedimiento.

**SEGUNDO.-** La recurrente solicita que se anulen los actos administrativos recurridos en el procedimiento de adjudicación de referencia y se retrotraigan las actuaciones hasta el momento en que tuvo lugar la exclusión de su oferta.



En defensa de su pretensión alega que el servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao y Castro Urdiales se viene prestando mediante título concesional otorgado por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento; el vigente fue otorgado a la demandante en 1996, por un plazo que vencía el 8 de Febrero de 2012. La Dirección General convocó el proceso de licitación de la adjudicación de la concesión administrativa mediante anuncio en el perfil del contratante y publicación en el BOE el 30 de Julio de 2011; la tramitación del expediente se viene prorrogando y, por Resolución de la Dirección mencionada de 1 de Febrero de 2012 se prorrogó el plazo con un máximo de 12 meses; dicha Dirección requirió a la demandante el 25 de Marzo de 2011 que remitiese el listado de personal expresando si el personal contratado lo era de forma estable o temporal para la redacción de los pliegos, lo que hizo Encartaciones remitiendo la información y expresando que el 100% de la plantilla es estable; presentó su oferta en plazo y en plenas condiciones de competitividad y el 18 de Octubre de 2011 la mesa de contratación procedió al acto público de apertura de la proposición económica cuya ponderación depende de un juicio de valor y se confirmó la idoneidad del sobre nº 1 de todos los concurrentes; el 25 del mismo mes la Mesa dio a conocer el resultado de las puntuaciones del sobre nº 2 y procedió a la apertura y lectura de las proposiciones económicas sobre criterios cuantificables de forma automática. Conoció entonces el acuerdo de la Mesa por el que se excluía su proposición por "haber vulnerado el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el art. 129.2. de la Ley de Contratos del sector público "; contra ese acuerdo presentó recurso especial ante el TACRC, con solicitud de suspensión, recurso que fue desestimado por la resolución que ahora impugna.

Fundamenta su pretensión en que la vulneración del secreto se basa en que se incluyó en el sobre nº 2 el porcentaje de personal con contratación estable cuando, según la Mesa, ese dato debió haber sido incluido en el sobre nº 3; sin embargo, en el Anexo VI se recoge un listado del contenido del sobre nº 2 con una remisión expresa a la cláusula 4.10.4.3 del pliego, sin hacer ninguna excepción a su contenido y dicha cláusula se refiere a las medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción, valorable hasta un máximo de 5 puntos, y desglosa los puntos en cuatro criterios, entre ellos, el porcentaje de personal de contratación estable; los pliegos no están redactados con claridad e indujeron a error por lo que, en todo caso, actuó convencido de que lo hacía conforme a los pliegos y en ningún otro caso de grupos de medidas recogidas en el pliego ocurre que tales medidas se incluyan en un sobre distinto al del resto de medidas de su grupo y, cuando han querido excluir expresamente alguna medida lo han hecho, concluyendo en que existe oscuridad y contradicción en la remisión del Anexo VI a la cláusula 4.10.3.4. del pliego.

Añade que no se ha producido vulneración del carácter secreto de las proposiciones y que la Administración hace una aplicación automática y no razonada de los pliegos y de la supuesta causa de exclusión y el hecho de que un dato aislado que corresponde al sobre nº 3 se incluyera por la demandante en el sobre nº 2 no produjo el efecto descrito por el art. 129.2. de la Ley de Contratos y 30 y 26 del R.D. 817/2009, de 8 de Mayo ; además, se trata de la misma información que aparece en los pliegos, Anexo V, y ese dato "anticipado" es un mero dato aislado que cuenta con una puntuación no determinante (2/100) y que no es la proposición económica (tarifa); por otra parte, la demandante es la actual concesionaria del servicio y ya había facilitado al órgano de contratación los mismos datos que ahora se pretenden calificar de secretos, por lo que aquél ya conocía que el porcentaje de contratación estable de Encartaciones era del 100%, pues la información se incluyó en los propios pliegos por lo que era de público conocimiento también para los licitadores, por lo que el hecho de que se conociera ese dato no tuvo incidencia alguna puesto que la objetividad en la valoración de los criterios del sobre nº 2, que es lo que protege el principio de secreto, no pudo verse afectado, como tampoco lo han sido los principios de igualdad de trato y no discriminación y sería desproporcionado que el supuesto error tuviera efectos invalidantes sobre la oferta.

En la resolución del TACRC no se hace referencia alguna a los anteriores argumentos, sino que da entender que existe un error formal e insubsanable, lo que es contrario al principio de libre concurrencia en la contratación pública, ya que si el formalismo es excesivo, se convierte en un obstáculo a la libre competencia y así la jurisprudencia ha venido apuntando hacia la flexibilización de los requisitos formales, exigiendo que se produzca una falta real de garantías.

**TERCERO.-** La representación de la Administración demandada, por su parte, alega que debe dilucidarse si el demandante introdujo en el sobre nº 2 información que corresponde al nº 3 y, siendo así, es de aplicación la cláusula 4.7.3. del pliego, que contiene una prohibición tajante que no permite graduar los efectos que pudiera tener la introducción de la citada información en la valoración definitiva y en el momento en que se comprueba que se ha facilitado al órgano de contratación información relativa a elementos cuya valoración es automática, y no de juicio de valor, la proposición debe excluirse.

La codemandada alega que se presentaron en UTE y han obtenido la adjudicación y que la exclusión es ajustada a derecho por aplicación de la cláusula 4.7.3. del pliego y del art. 129.2. de la Ley de Contratos ; añade que en el concurso se presentaron numerosas ofertas y ninguna ha cometido esas vulneraciones y que con



ese mismo pliego se han convocado y resuelto multitud de concursos similares, sin que haya habido ninguna exclusión, por lo que solicita la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** La resolución del TACRC dedica una extensa argumentación para descartar la oscuridad en las cláusulas del pliego de condiciones (Folios 16 a 59 del expediente del órgano de contratación), para lo que parte del dato cuya errónea inclusión en el sobre nº 2 (en realidad se incluyó en los dos sobres) ha provocado la exclusión del recurrente en el procedimiento de adjudicación y que consiste en el porcentaje de personal con contratación estable que, al ser un criterio de valoración cuantificable de forma automática, debió ser incluido en el sobre nº 3 lo que se deduce claramente de la cláusula 4.10.3.4 y del Anexo VI, así como en el "modelo de proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática" que claramente indica los documentos que deben incluirse en sobre nº 3, entre ellos y dentro de las "medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción (artículo 4.10.3.4.)", el porcentaje de personal con contratación estable; esa descripción exhaustiva con que los pliegos se han referido a tal dato tiene por finalidad reflejar la absoluta claridad con que los pliegos se refieren a este criterio; sin embargo, en el Anexo VI cuando trata del contenido del sobre nº 2 remite a la repetida cláusula 4.10.3.4. al relacionar los criterios que dependen de un juicio de valor; en esa cláusula (Fº 35 del expediente) se incluyen, precedidos de un guión, los diferentes criterios y su valoración y, entre ellos (sin guión, por omisión mecanográfica, según el informe del órgano de contratación, documento 4 del expediente seguido ante el TACRC, Folios 39-44)) el porcentaje de contratación estable, aunque luego en el Anexo VI, como se ha dicho, no se menciona en el contenido del sobre nº 2 y sí en el del nº 3, por lo que tampoco la redacción de la cláusula es un modelo de claridad y así lo viene a reconocer la resolución impugnada (Fundamento de Derecho 5º, página 6 de la Resolución TACRC). Esta circunstancia, sin embargo no determinaría aisladamente considerada la anulación de la resolución pues una mayor diligencia en la cumplimentación del contenido de cada sobre debió llevar a la demandante a comprobar si actuaba correctamente o a consultar cual era la decisión correcta, ante la alegada confusión del pliego en este extremo y lo que hizo fue interpretar que debía incluir en el nº 2 el listado de trabajadores tal y como había hecho previamente ante el requerimiento de la Dirección General de Transporte Terrestre y en el nº 3 la oferta de personal con contratación estable y su porcentaje.

**QUINTO.-** Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones, derivada del error en la documentación contenida en cada sobre; esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos ( art. 1 de la Ley de Contratos del Sector Público en su versión aplicable 'ratione temporis') y tiene su expresión concreta en el art. 129.2 LCSP , previendo la propia ley los medios para garantizar esa reserva; así el art. 144.1., que trata de la inclusión de las proposiciones en sobres distintos o el 134.2. que establece el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas para evitar, como bien dice la resolución impugnada, que el conocimiento de la oferta económica pueda incluir influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, como también se deduce de los arts. 26 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo , que desarrolla parcialmente la LCSP. Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.

De los documentos que figuran en el expediente administrativo resulta que el 23 de Marzo de 2011 la Dirección General de Transporte Terrestre se dirigió a la recurrente como titular de la concesión del servicio de transporte por carretera entre Bilbao y Castro Urdiales, solicitándole que, para completar la redacción del pliego de condiciones de la licitación en cuestión que estaba preparando ante la finalización del plazo de la anterior, le enviase el listado del personal actualmente contratado que presta su servicio en la concesión y cuya continuidad estuviera prevista para 2011, detallando, entre otras cuestiones, si el personal contratado lo es de forma estable o temporal, respondiendo Encartaciones S.A. dentro del plazo concedido y en el modelo requerido, en el que se expresa que el tipo de contrato de todo el personal relacionado es indefinido; dicha información se refleja en la cláusula 2.1.5. del pliego que establece dentro de las "condiciones esenciales no susceptibles de variación" la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales del antiguo concesionario, remitiendo al Anexo V respecto de las condiciones de los contratos laborales a los que afecta la subrogación y los costes laborales que implica la medida; en dicho Anexo se relaciona el personal de la antigua concesión en el que figura el mismo número de conductores y el tipo de contrato que en la documentación remitida por la empresa; de todo ello se deduce que la información contenida en el sobre nº 2, por una interpretación equivocada del pliego, en cierto modo favorecida por la redacción de algunas de sus cláusulas (otro de los licitadores, EDSA, incurrió en el mismo error y fue también excluida), como antes se ha



expuesto, no era secreta ni para la Administración, que había solicitado esa información, ni para los licitadores que, conociendo la condición de concesionaria de Encartaciones S.A., podían fácilmente deducir el porcentaje de contratación estable contenida en el Anexo V.

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias como las de 6 de Julio de 2004 y 26 de Enero de 2005 , que citan otras muchas, ha mantenido una interpretación antiformalista en esta materia, en el concreto aspecto de la existencia de errores subsanables observados en la documentación incluida en los sobres que contienen las proposiciones de los licitadores.

Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP . Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá en todo caso constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, como ocurre en el presente caso por lo que, con estimación del recurso, procede anular la resolución impugnada.

**SEXTO.-** Según el art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción , redactado por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre, "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por Auto o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"; en el presente recurso es de apreciar la existencia de una complejidad en la correcta determinación de los elementos de hecho así como en la interpretación de las normas jurídicas de aplicación, como se desprende de los anteriores fundamentos de derecho, por lo que no procede hacer una expresa declaración de costas.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Estimar el presente recurso nº 92/12 interpuesto por la Procuradora Sra. Soberón García de Enterría en nombre y representación de **Encartaciones S.A.** contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se anula por ser contraria a derecho, así como el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de Octubre de 2011 en el procedimiento de adjudicación de referencia.

**SEGUNDO.-** Retrotraer las actuaciones al momento en que tuvo lugar la exclusión de su oferta.

**TERCERO.-** No hacer una expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.