



Roj: **STS 1642/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1642**

Id Cendoj: **28079130032022100092**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/05/2022**

Nº de Recurso: **4421/2020**

Nº de Resolución: **523/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 884/2020,**
ATS 3358/2021,
STS 1642/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 523/2022

Fecha de sentencia: 04/05/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4421/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 4421/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 523/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 4 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, los recursos de casación tramitados bajo el número 4421/2020, interpuestos por el Ayuntamiento de Cuenca, representado por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de la Sra. Letrada del mismo, y por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., representada por el procurador D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D. José María Baño León, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 12 de mayo de 2020 en el recurso contencioso-administrativo número 215/2018. Son partes recurridas Urbaser, S.A., representada por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senin y bajo la dirección letrada de D.ª Carmen Campos Segura, y el Ayuntamiento de Cuenca.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia de fecha 12 de mayo de 2020, estimatoria del recurso promovido por Urbaser, S.A. contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de abril de 2018, que desestimaba el recurso especial en materia de contratación que había interpuesto la sociedad demandante frente al acuerdo adoptado el 26 de febrero de 2018 por la Junta de Gobierno Local de Cuenca de adjudicación de la prestación 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" en favor de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

"Estimamos el recurso contencioso administrativo planteado por la mercantil URBASER SA frente a resolución de fecha 27 de abril de 2018 del TACRC que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la demandante frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Cuenca adoptado en fecha 26 de febrero de 2018 que acordó la adjudicación del contrato de prestación de los servicios a la sociedad mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, que por no ser conforme a derecho anulamos, así como el indicado acuerdo de fecha 26 de febrero de 2018, declarando igualmente, como consecuencia de lo razonado en la sentencia, la exclusión de la citada FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA.

Sin imposición de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la Administración demandada y la codemandada han presentado sendos escritos preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparados dichos recursos por auto de la Sala de instancia de fecha 21 de julio de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 18 de marzo de 2021 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

"1º. Si la apreciación de la infracción del deber de secreto en los procedimientos de contratación, más concretamente en las proposiciones de los licitadores, requiere de un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tiene -la infracción- 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.

2º. En 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."



En la resolución se identifican como normas jurídicas que habrán de ser objeto de interpretación los artículos 145.2 y 150.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el artículo 57.4 i) de la Directiva 2014/24, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a las partes recurrentes para interponer sus respectivos recursos de casación.

La representación procesal del Ayuntamiento de Cuenca solicita en su escrito que se estime su recurso y se anule la sentencia impugnada, confirmando la resolución municipal contenida en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de febrero de 2018, la cual fue confirmada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resolución nº 400/2018.

El escrito de interposición que formula la representación procesal de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. finaliza con el suplico de que se dicte sentencia que estime su recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, dicte otras por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirme el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuenca adoptado en fecha 26 de febrero de 2018 que acordó la adjudicación del contrato de prestación de los servicios a la sociedad mercantil Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., con condena en costas a la parte recurrida conforme a lo previsto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción. A través de otrosí solicita que se acuerde el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado de los escritos de interposición de los recursos de casación a las partes recurridas. El Ayuntamiento de Cuenca no ha presentado escrito ninguno.

La representación procesal de Urbaser, S.A. ha presentado un escrito en el que suplica que se dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, confirmándola, todo ello con condena en costas a la parte recurrente conforme a lo previsto en el artículo 93.4 de la Ley jurisdiccional.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 3 de marzo de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 5 de abril de 2022, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento.

El Ayuntamiento de Cuenca y la empresa mercantil Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC en lo sucesivo) impugnan en sendos recursos la sentencia de 12 de mayo de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en materia de contratación pública. La sentencia impugnada estimó el recurso interpuesto por la compañía Urbaser, S.A., al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido había infringido el secreto de las propuestas en la licitación.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 18 de marzo de 2021, que declaró de interés casacional determinar si la apreciación de la infracción del deber de secreto en los procedimientos de contratación, más concretamente en las proposiciones de los licitadores, requiere de un test jurídico de proporcionalidad para valorar si la 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; y, en caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.

Las partes recurrentes consideran que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad al haber anulado la adjudicación por una infracción de escasa relevancia. La empresa adjudicataria sostiene la conformidad a derecho de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia estima el recurso contencioso administrativo con la siguiente argumentación:

" **CUARTO.** - Planteado el debate en los términos expuestos entendemos que asiste la razón a la parte recurrente cuando mantiene que en el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, y más concretamente en el apartado de proyecto técnico de explotación, incorporó la oferta de URBASER SA 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. No compartimos, por tanto, los razonados en la resolución del órgano administrativo de revisión cuando rechaza esa alegación o motivo de impugnación. Aun cuando adelantamos que esa conclusión se obtiene de forma más clara y evidente en el criterio relativo a la disponibilidad del operario 24 horas, comenzaremos el análisis por el segundo criterio en el que igualmente consideramos que se ha producido ese adelanto de la información.

Hemos de partir, en relación con los argumentos de oposición planteados por el ayuntamiento y la parte codemandada, que no resulta preciso, para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C, que se anticipe o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que FCC iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente, ni tampoco - nos estamos refiriendo al incremento de la Bolsa de las de trabajo - el número exacto de horas de la Bolsa de trabajo que iba a ofertar, sino que resulta suficiente con que pudiera conocer que se iba a ofertar, en el sobre C, ese criterio descrito como incremento de bolsa de horas de trabajo anuales, respecto del cual se fija un máximo y una puntuación por cada 75 horas adicionales.

A este respecto, y tomando como necesario punto de referencia lo razonado en la resolución impugnada, no compartimos que puede rechazarse el motivo de impugnación planteado porque no pueda deducirse ni conocerse, en base a los términos de la oferta presentada por FCC " *información del contenido del número de horas de la Bolsa de trabajo a valorar objetivamente*". Ni tampoco que no se desvele información sobre qué la oferta va a incluir un número concreto, *x*, de horas adicionales. Ello supondría reducir la vulneración denunciada, en relación con este concreto criterio, que se fija en función de una puntuación máxima en función del número exacto de horas adicionales en las que consista la mejora, a aquel supuesto en el que se anticipe ese número exacto de horas.

Tal interpretación no es la que deriva del precepto ni de la jurisprudencia que lo interpreta, y desde luego no es compatible con la literalidad de la descripción del criterio de valoración automática, que únicamente hace depender su aplicación de que se oferte un incremento de la Bolsa de horas de trabajo anuales, pudiendo, todo lo más, entender que habrá de ofertarse un mínimo adicional de 0,75 horas para obtener 0,1 puntos. Pero lo que resulta inequívoco es que, si no se oferta ese incremento, no procede ni tiene justificación alguna incorporar tal criterio de valoración en el sobre C. Ni, en coherencia con ello, tiene sentido ni justificación alguna que en el sobre B, al describir la oferta, se explicita que la información completa sobre la *suficiente bolsa de horas* que se oferta y sobre la *potenciación de la bolsa de horas*, se detallará en el sobre C, con indicación igualmente de que en ese sobre C se fijará el número exacto de horas en que se concrete esa "potenciación".

En conclusión, a través de esas indicaciones y de la información que resulta de las mismas se estaba anticipando, entendemos que de forma inequívoca, que la oferta incluía, en el sobre C, ese criterio de valoración descrito como " *incremento bolsa de horas de trabajo*", que consistía, recordemos, en " *aumento del montante de la bolsa de horas de trabajo descrito en este pliego en similares condiciones*"

Pero, como hemos adelantado, esa conclusión se alcanza con mayor claridad al analizar el segundo criterio de valoración respecto del cual consideramos que se adelantó información en el sobre B. En este caso el criterio valorable en cifras o porcentajes es el de " *disponibilidad operario 24 horas*" y las posibilidades son únicamente: sí/no. Se definía en el PCT como: *Se valorará disponer de al menos un equipo para atender incidencias urgentes y sobrevenidas en cualquier momento del día durante todos los días del año, representando una ampliación del servicio a los 365 días del año del equipo de actuación rápida servicio 24 horas, que se especifica en el apartado Z del artículo 12.* "

Pues bien, de lo expuesto en el proyecto técnico de explotación resulta que si se adelantó información relativa a ese criterio de valoración automática. Y ello, no tanto por indicarse que se contará con la disponibilidad de retenes de emergencia todos los días del año, como por añadirse, y esto, al igual que sucede con el criterio anterior, es determinante, que " *la información completa sobre los retenes se concreta en el sobre C como consecuencia de ser este el criterio objetivo de adjudicación*". Con esta expresión se estaba informando -y aquí aparece de forma más clara- que se iba a incluir en el sobre C esa mejora y, aplicando lo previsto en el artículo 11 del PCAP, apartado A4 la misma sólo podía consistir " *en disponer de al menos un equipo para atender incidencias urgentes y sobrevenidas en cualquier momento del día durante todos los días del año...*"

Se afirma en la resolución administrativa impugnada que todos los días del año no es equivalente a 24 horas, *pudiendo prestar el servicio todos los días del año una cantidad de horas inferior a 24 horas, por ejemplo por ejemplo todos los días del año una hora diaria.*

Sucede, sin embargo, que, en primer lugar, no se indica eso en la oferta y, por otro, y esto es lo realmente relevante, que con la indicación -que no menciona la resolución impugnada,- de que " *la información completa sobre los retenes se encuentra en el sobre C como consecuencia de ser este criterio objetivo de adjudicación*", se estaba, entendemos también que de forma inequívoca, adelantando que se ofrecería esa prestación de



ese servicio todos los días y todas las horas, tal y como efectivamente se hizo, pues ese criterio objetivo no permitía ninguna otra alternativa. Nuevamente reiteramos que no resulta posible una interpretación diferente puesto que única y exclusivamente se admite como criterio a evaluar de forma automática, en este caso con una puntuación única, extender la prestación del servicio a cualquier momento del día durante todos los días del año, y además se concreta que eso representa una " *ampliación del servicio a los 365 días del año del equipo de actuación rápida, servicio 24 horas, que se especifica en el apartado Z del artículo 12* (de lunes a sábado 24 horas)

QUINTO- Partiendo de lo anterior, queda pendiente analizar cuál es la consecuencia que deriva de los razonado y del incumplimiento, en definitiva, de la regla del deber de secreto de las ofertas a la que se refieren los artículos citados y transcritos. La parte codemandada, en sus alegaciones, da a entender que no se trataría, en cualquier caso, de un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación, manifestando, como también hemos visto, que material o realmente no se llega a dar una información relevante.

Como expone la STS de 20 de noviembre de 2009 (Rec. 520/2007) " *el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo 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 esta línea recuerda la STS de 22 de octubre de 2014 (Rec. 3111/2013) que " *Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.*"

En el mismo sentido sentencia del TSJ Andalucía (Sev) (Contencioso) de 5 abril de 2017 [...]

Al respecto, la STS de 22 de octubre de 2014, que se cita y transcribe parte actora, razona que:

"El estudio de lo planteado en los motivos de casación segundo y tercero exige, como reclama la parte recurrente, integrar los hechos de la sentencia recurrida con esos datos del sobre núm. dos que la resolución administrativa de adjudicación de 15 de junio de 2011 tomó en consideración para decidir la exclusión XX; datos que aquí no se reiteran por haber sido ya transcritos en el anterior fundamento tercero de esta sentencia.

Pues bien, tales datos del sobre núm. dos, frente a lo que pretende sostener el recurso de casación, no se limitan a describir las características tecnológicas de la empresa, y sí resaltan específicamente que la tecnología de que dispone la empresa recurrente ofrece la posibilidad de gestionar, reservar y comprar billetes por la Web, por teléfono fijo o móvil, así como la utilización de SMS para información a usuarios; sin que se establezca excepción alguna para la línea Madrid- Almería cuyo servicio era el objeto de la licitación litigiosa.

Lo cual determina que, a la hora de calificar jurídicamente esos puros datos fácticos o materiales a la vista de lo establecido en el Pliego y en los artículos 129.2 y 134 de la Ley 30/2007 , sea de compartir y confirmar la solución a que llega la sentencia recurrida, ratificando la actuación administrativa que fue objeto de impugnación jurisdiccional, de que dichos datos eran claramente constitutivos de una inclusión en el sobre núm. dos de una documentación o información correspondiente al sobre núm. tres. Y, por esto mismo, eran determinantes de la causa de exclusión regulada en la cláusula 4.7.2 del Pliego y, también, expresivos del incumplimiento de estos mandatos contenidos en esos dos preceptos legales que acaban de mencionarse: (i) la necesidad de que las proposiciones sean secretas y se arbitren medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (artículo 129.2); y (ii) la obligación de realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas con posterioridad a haberse efectuado previamente la de aquellos criterios en que no concurra tal circunstancia (artículo 134.2).

Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.

*Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un perjuicio de la definitiva calificación, **por mínimo que***



este sea . La conclusión final, pues, de todo lo anterior, es que también deben fracasar los motivos de casación segundo y tercero".

Refiriéndose a esa misma sentencia del T.S. , se asume los razonado en la misma en la sentencia de SJ de Castilla-León (Vall) de 27 febrero de 2017, razonando adicionalmente que: [...]

Los razonamientos expuestos conducen a la estimación del recurso contencioso administrativo, y la pretensión que incorpora el suplico de la demanda : declaración de no conformidad a derecho de la resolución recurrida y del acuerdo de Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Cuenca de 26 de febrero de 2018 y, en consecuencia, se acuerda la exclusión de FCC ." (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

TERCERO.- Sobre la cuestión debatida y la normativa aplicable.

La cuestión que constituye el núcleo del litigio, tanto en la instancia como en sede casacional, es la trascendencia que puede alcanzar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto cometida en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Esto es, en los términos en los que lo plantea el auto de admisión, si la mera constatación de tal infracción debe determinar la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o bien debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación.

Aducen las partes recurrentes y no lo niega la empresa recurrida, que los artículos 145.2 y 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) no imponen que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas deba significar la exclusión automática de la oferta. Las recurrentes argumentan que dichos preceptos han de ser interpretados de acuerdo con el principio de proporcionalidad, invocando el Ayuntamiento de Cuenca fundamentalmente la normativa y jurisprudencia nacionales y la empresa que resultó adjudicataria el derecho comunitario en los términos que veremos en el siguiente fundamento de derecho.

Los preceptos invocados o que resultan de aplicación son los siguientes:

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

" **Artículo 4.** *Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.*

1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias."

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

" **Artículo 145.** *Proposiciones de los interesados.*

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.

[...]"

" **Artículo 150.** *Criterios de valoración de las ofertas.*

[...]

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Cuando en los contratos de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

[...]"

Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

"Considerando lo siguiente:

[...]

(101) Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión."

" *Artículo 18*

Principios de la contratación

1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.



La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X."

" Artículo 57

Motivos de exclusión

[...]

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2;

[...]

i) cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

[...]."

CUARTO.- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

La Sala considera que tienen razón las recurrentes al reclamar la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda infracción administrativa debe sufrir las consecuencias previstas en la ley, pero estas consecuencias deben aplicarse, sin duda alguna, mediando el principio de proporcionalidad allí donde la regulación y las circunstancias del caso lo permitan.

En el presente supuesto los preceptos legales que se han reproducido de la Ley de Contratos del Sector Público se limitan a establecer la exigencia de secreto respecto a las proposiciones de los interesados (art. 145.2) y a regular el procedimiento de evaluación de las ofertas (art. 150.2), pero nada dice este apartado, como tampoco el resto del artículo, en cuanto a las consecuencias de un determinado incumplimiento. En definitiva, la regulación legal deja esa posibilidad a los criterios acordados por el órgano de contratación, según se prevé expresamente en el primer párrafo del citado artículo 150.2.

Así las cosas y en defecto de una previsión expresa tanto en la regulación legal como en los criterios acordados por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, reproducido *supra* y aducido por el Ayuntamiento de Cuenca. Según este precepto la exigencia de requisitos por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad debe acomodarse al principio de proporcionalidad, lo que debe predicarse no solo de la previsión normativa de tales requisitos sino también en su aplicación.

En cuanto a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo citada por la sentencia de instancia (SSTS de 20 de noviembre de 2009 -recurso 520/2007- y de 22 de octubre de 2014 -rec. 3111/2013) es, como no podía dejar de ser, dada la materia, casuista. Pero tiene razón el Ayuntamiento de Cuenca en que las afirmaciones genéricas que se hace en ellas sobre la necesidad de salvaguardar con rigor la objetividad e igualdad en la adjudicación de contratos públicos no pueden separarse del juicio sobre la relevancia de la infracción para la garantía de tales principios. Así, por ejemplo, en el caso de la segunda de las sentencias mencionadas se hace referencia expresa a la importancia para el caso concreto de la información proporcionada indebidamente en contra de la obligada reserva.

La mercantil FCC por su parte, invoca la Directiva de contratación pública (Directiva 2014/24/CE), dado que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, refiriéndose en particular al considerando 101, párrafo tercero, al artículo 18 y a determinada jurisprudencia aplicativa del Tribunal de Justicia. En cuanto al citado considerando no tiene razón la empresa recurrida cuando a partir de la cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada por la parte recurrente (STJUE de 30 de enero de 2020 -asunto



C-395/18-) intenta restringir la aplicación del principio de proporcionalidad al apartado a) del artículo 57.4 de la Directiva, que contempla un supuesto de exclusión potestativa diferente al del caso de autos.

En primer lugar, porque la Directiva citada reconoce el principio de proporcionalidad con carácter general en el artículo 18.1, reproducido *supra*, al establecer que los poderes adjudicadores actuarán de manera transparente y proporcionada, por lo que la aplicación del principio en ningún caso se agota en cualquiera de los supuestos de exclusión contemplados en el artículo 57, ni mucho menos en la letra a) del apartado 4.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 57 de la Directiva establece los motivos de exclusión de los operadores en la contratación pública, unos vinculantes para los Estados, como los previstos en los apartados 1 y 2 (con algunas excepciones expresamente contempladas en el precepto), y otros potestativos, como los contemplados en el apartado 4. Y de estos, si bien el regulado en la letra a) no sería aplicable al supuesto del presente litigio (dicha letra se remite al artículo 18.2 de la propia Directiva y va referida a obligaciones medioambientales y de carácter social), sí lo sería en cambio el contemplado en la letra i), que precisamente se cita en el auto de admisión entre las normas a interpretar. En efecto, dicho supuesto se refiere, entre otros casos, al intento de influir indebidamente en la toma de decisiones del poder adjudicador y lo que se le ha achacado a la empresa adjudicataria por la sentencia de instancia es precisamente haber influido indebidamente en el poder adjudicador al hacer pública información que debía haber sido secreta. En consecuencia, la aplicación de un motivo de exclusión potestativo requiere, según expresamente indica el considerando 101 de la directiva, una aplicación del principio de proporcionalidad especialmente intensa.

Por último, la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En contra de lo que sostiene la empresa codemandada, la sentencia sobre la que debaten las partes de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) es plenamente aplicable, pues aunque el supuesto de hecho sea sobre una causa de exclusión distinta, lo que resulta relevante de la misma es su referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos, como lo es el del caso de autos, invocando precisamente el Tribunal el considerando 101 de la Directiva:

"48 Por lo que respecta, en segundo lugar, al principio de proporcionalidad, procede recordar, además de la jurisprudencia mencionada en el apartado 45 de la presente sentencia, que del considerando 101, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24 se desprende que, al aplicar motivos de exclusión facultativos, como el que figura en el artículo 57, apartado 4, letra a), de dicha Directiva, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta, en particular, la levedad de las irregularidades cometidas o la reiteración de irregularidades leves. Esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al operador económico que ha presentado la oferta como consecuencia de un incumplimiento que no haya sido cometido directamente por él, sino por una persona ajena a su empresa y que eventualmente no esté sometida a control, por no disponer el operador económico de toda la autoridad que se requiere para ello o de todos los medios necesarios al efecto."

Y, tal como se indica en el párrafo transcrito, en el párrafo 45 de la misma sentencia se recuerda que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho de la Unión y se subraya su aplicación en la materia, con cita de jurisprudencia:

"45 A este respecto, procede recordar, por una parte, que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento de licitación los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la Directiva 2014/24, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad (sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 39 y jurisprudencia citada), y, por otra parte, que, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva, tales como las normas destinadas a precisar las condiciones de aplicación del artículo 57 de la misma Directiva, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de julio de 2016, Ambisig, C-46/15, EU:C:2016:530, apartado 40, y de 8 de febrero de 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 32 y jurisprudencia citada)."

Sentado pues que es obligado aplicar las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, eso es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma, hemos de casar la sentencia recurrida que se limita a valorar la infracción de la confidencialidad y a aplicar la exclusión sin consideración al principio de proporcionalidad en una equivocada interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal y, consiguientemente, debemos valorar la infracción que se le achaca a la ahora recurrente con aplicación del principio de proporcionalidad.



Tal infracción fue, en los términos de la sentencia de instancia que "en el sobre B relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, y más concretamente en el apartado de proyecto técnico de explotación, incorporó la oferta de URBASER SA 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". La información indebida era, según explica la sentencia recurrida, doble: por un lado, indicar en el sobre B, en relación con el criterio de valoración automático de ofrecer un incremento de la bolsa de horas de trabajo, que la información completa sobre la bolsa de horas de trabajo y su potenciación se detallaría en el sobre C; en segundo lugar y en relación con la disponibilidad de retenes de emergencia, por avanzar en el sobre B, de forma análoga a lo indicado en el criterio anterior, que "la información completa sobre los retenes se concreta en el sobre C como consecuencia de ser este el criterio objetivo de valoración". Lo que, en opinión de la Sala de instancia, suponía avanzar que se iba a ofrecer la disponibilidad de un retén 24 horas todos los días del año.

Pues bien, esta Sala considera que, frente a tal aplicación mecánica de la causa de exclusión, la valoración efectuada tanto por el órgano de contratación como por el tribunal administrativo que examinó la reclamación formulada por Urbaser sí se ajustó al principio de proporcionalidad. En efecto, siendo criterios automáticos a optar en el sobre B la oferta de una bolsa de horas de trabajo no asignadas a ninguna prestación y la disponibilidad de un retén de incidencias, no parece que indicar que el detalle de dicho incremento de horas y la disponibilidad del citado retén se incluiría en el sobre C sea avanzar información relevante sobre el concreto número de horas de la bolsa de trabajo o sobre la efectiva disponibilidad horaria del retén los 365 días del año que altere las condiciones de igualdad entre los ofertantes. Así, aun en el caso que se entendiera indebida tal indicación, la exclusión del contratista resulta claramente desproporcionada respecto a la trascendencia de la supuesta vulneración de la confidencialidad.

Alcanzada la conclusión anterior, resulta innecesario el examen de la segunda cuestión de interés casacional indicada en el auto de admisión, referida a la alegada vulneración procedimental por no haber advertido a la empresa concursante de una eventual exclusión, toda vez que queda anulada la exclusión de Urbaser y restituida la adjudicación acordada por el órgano de contratación.

QUINTO.- Conclusión y costas.

En atención a la primera cuestión de interés casacional declaramos, de acuerdo con las consideraciones expresadas en el anterior fundamento de derecho, que la apreciación de la infracción del deber de confidencialidad en las propuestas de los licitadores en la contratación pública deber efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Contestada de esta manera la primera cuestión de interés casacional queda sin contenido la segunda cuestión formulada en el auto de admisión sobre si de ser procedente la exclusión automática del licitador que infringiera el deber de secreto, resultaba preciso darle trámite de audiencia.

Según lo expuesto, ha lugar al recurso de casación, y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Por las mismas razones jurídicas, desestimamos el recurso contencioso administrativo entablado por Urbaser, S.A. contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de abril de 2018.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1, no se imponen las costas ni en la instancia, dado que concurren en el asunto dudas de derecho, ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Cuenca y por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. contra la sentencia de 12 de mayo de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso contencioso-administrativo 215/2018.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Desestimar el mencionado recurso contencioso administrativo, interpuesto por Urbaser, S.A. contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de abril de 2018, que desestimaba el recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha sociedad frente al acuerdo adoptado el 26 de febrero de 2018 por la Junta de Gobierno Local de Cuenca de adjudicación de la prestación



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" en favor de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ