

Informe 38/07, de 29 de octubre de 2007. «Existencia de dudas respecto a las condiciones de secreto en que se debieron de guardar las proposiciones presentadas a licitaciones»

Clasificación de los informes: 16.7. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por la Alcaldesa del Concello de Mos (Pontevedra), se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Este Ayuntamiento se encuentra tramitando el expediente que se refiere, expediente destinado a la contratación de la asistencia técnica consistente en la elaboración del Plan General de Ordenación Municipal.

Por oficio de esta Alcaldía, de 01.06.2007, se solicitó informe de esa Junta Consultiva respecto a la cuestión que en el mismo se precisaba. A fecha actual se han producido una serie de actuaciones que, por decisión unánime de la mesa de contratación, demandan la solicitud de un nuevo pronunciamiento por parte de ese órgano especializado.

Tal y como se expone en el informe de la Secretaría municipal, tras la celebración de la primera sesión de la mesa de contratación la documentación integrante del expediente de contratación, incluidas las diferentes propuestas, fue archivada en las dependencias de la Secretaría del Ayuntamiento. Al día siguiente, un concejal advierte de que una de las ofertas se encuentra abierta y de que ha accedido a su contenido señalándole, exclusivamente al propio secretario el precio de la misma.

Pocos días después, por un grupo municipal se da publicidad, en la prensa provincial, a dicho precio.

Pues bien, en el informe del mencionado técnico se señala:

- Que, tal y como se acredita a través de diferentes diligencias, la documentación se encontraba cerrada en el momento en que se examinó por la mesa de contratación, y así se depositó en Secretaría. No obstante, ya en la mesa se advirtió sobre la fragilidad del sistema de pegado de las ofertas en cuestión.

- Que la documentación estuvo y está siempre en las dependencias municipales bajo llave, y debidamente guardada, siendo prácticamente imposible la alteración o cambio de ninguna de las ofertas presentadas.

- Que respecto al sobre que se señaló como abierto, realmente estaba despegado. Es decir, no existía alteración, quebranto, rotura, quiebra, señal de rasgado ni nada parecido que permitiese sospechar de una manipulación, sino que el adhesivo que se suponía que lo tenía que cerrar estaba, probablemente debido a una muy escasa presión en su momento e incluso por el calor, despegado. Una simple comprobación de este tipo de sobres o paquetes podría corroborar lo anterior.

Se añade que debe de partirse, en primer lugar, de lo señalado en el art. 83.3 del RD 1098/2001, a cuyo tenor:

"En caso de discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones de que dispone la misma o que se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas, se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma."

Partiendo de que se entiende que no puede concluirse que la simple existencia de dudas respecto a las condiciones de secreto en que se debieron de guardar las proposiciones, de por sí, fueran causa de anulación del procedimiento. Tan solo sería así si a consecuencia de las investigaciones oportunas sobre lo sucedido se acordase.

De conformidad con lo antes expuesto, y dada la práctica imposibilidad de alteración de las propuestas iniciales por lo descrito, se abogaba por la continuación del mismo. Se señalaba que puede deducirse que la causa por la que los sobres se despegaron no fue forzada, y con más seguridad que no hubo alteración en la documentación presentada una vez que el Sr. Concejal tuvo conocimiento del contenido del sobre, con lo que los licitadores no pudieron cambiar las ofertas previamente presentadas. Es más, se insiste en este punto puesto que en el momento de la apertura en la mesa todas las ofertas estaban en sobre cerrado sin presentar a día de hoy ninguna señal de alteración, salvo lo expuesto.

No obstante, también se precisa, el art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) señala claramente que las proposiciones serán secretas, y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Con base en tal precepto y en los arts. 80, 81 y 82 del RD 1098/2001, esa JCCA, en su dictamen 43/2002, de 17.12.2002, concluye que debe de inadmitirse la propuesta presentada por un licitador que, por error, incluyó la propuesta económica en el sobre correspondiente a la documentación general.

Asimismo, se cita la STSJ Madrid 487/2005 que, respecto a la finalidad del carácter secreto de las ofertas, estima:

"Ahora bien, si las proposiciones son secretas y lo que se trata de garantizar en todo caso es la igualdad entre los licitadores, es claro que la garantía de que aquellos concurren en igualdad de condiciones impone que el poder adjudicador, es decir, la Administración contratante, no sólo desconozca las propuestas hasta el acto formal de apertura de éstas, para evitar toda sospecha de parcialidad en la adjudicación..."

En el informe de la Secretaría municipal se entiende que, no obstante, en el caso que nos ocupa la situación no puede considerarse exactamente igual. Existen dos posibles causas de la apertura del sobre: deliberadamente por el Sr. Concejal que examinó la documentación con posterioridad a la sesión de la mesa de contratación, que acabó de despegar el frágil sistema de cierre con el que se presentaron o, y esta se estima más plausible, accidentalmente, puesto que se despegó sin más por la escasa presión o por efecto del calor.

Así expuesto, cabrían las siguientes opciones, siempre a criterio de este funcionario:

Entender que el acceso al conocimiento de la oferta se debió a una negligencia del licitador, con lo que, aplicando el mismo criterio que el señalado por el dictamen 43/2002 de la JCCA, procedería rechazar su oferta.

Entender que la responsabilidad de la publicación de su contenido no se le puede achacar a la empresa, pero que en todo caso no se garantiza en este momento la obligación del art. 79.1 del TRLCAP, con lo que podría considerarse una anulación del procedimiento e incoación de otro nuevo, con los perjuicios que la situación actual le poden causar a los licitadores restantes, dado que una de las empresas ya ha sido rechazada por defectos en la documentación, que se entendieron insubsanables.

Entender que, como se justificaba con anterioridad, esta vulneración del secreto de la proposición no alteraría el resultado final de la licitación, partiendo de la debida custodia de las restantes proposiciones y de la imposibilidad de su modificación, según se expuso.

De entre todas ellas el funcionario señalado se inclina por la 3a, se bien se demandaba dictamen al respecto de la Junta Consultiva y, todo ello, con independencia de las responsabilidades que habría que depurar.

Reunida la Mesa de Contratación, por unanimidad de sus miembros (12, de los cuales 9 son técnicos), se considera que los hechos puestos de manifiesto, por las razones apuntadas, no influirían en el resultado final de la licitación, por lo que procedería la continuación del procedimiento, si bien concluyen la oportunidad de este dictamen y, al tiempo, la concesión de audiencia a todos los licitadores afectados (tan sólo se han presentado 3 empresas)

Para mayor abundamiento, insisten especialmente en la escasa importancia del criterio económico en el concurso, (único dato que se conoce de uno de los licitadores), ya que los pliegos le otorgan un máximo de 5 ptos. sobre un total de 120.

En consecuencia, se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión del correspondiente dictamen con, asimismo, la máxima urgencia, ya que el procedimiento de adjudicación se suspendería hasta obtener tal dictamen».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La contratación de las entidades públicas en España se rige, entre otros, por el principio de la igualdad de trato a todos los licitadores (art. 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), circunstancia que se traduce necesariamente en el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites dando una interpretación prácticamente literal a los preceptos que lo regulan. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y la cumplimentación exacta de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.

Este principio justifica el precepto del artículo 79.1 de la Ley de conformidad con el cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Precisamente para garantizar este secreto, el artículo 80.1 del Reglamento General de Contratación dispone que la documentación para las licitaciones se presentará en “sobre cerrado”, que, de conformidad con el artículo 83 del mismo Reglamento no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse “ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados”.

Para el caso de que no fuese así y se presentaran dudas acerca de las condiciones de secreto en que ha sido custodiada alguna de las proposiciones, el propio artículo 83 en su apartado 3 establece que se suspenda el acto de apertura y que se inicie la correspondiente investigación sobre lo sucedido.

2. Se deduce de cuanto antecede que la Ley y el Reglamento cuidan mucho de dejar clara la trascendencia del requisito de secreto en las proposiciones, por ser garantía fundamental de la igualdad entre los licitadores. Ello no obstante, de la dicción del artículo 83.3 del Reglamento parece deducirse, en principio, que no se declara invalidado el procedimiento de adjudicación del contrato por el mero hecho de que hayan surgido dudas acerca del secreto guardado en su custodia. De esta circunstancia pudiera derivarse la idea de que el Reglamento no considera como inevitable la declaración de nulidad del procedimiento por el hecho de que se haya quebrantado el secreto de la proposición, pues se limita a decir que se practiquen las correspondientes averiguaciones y se convoque nuevamente el acto, “una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma”.

Tal afirmación, sin embargo, supondría entender que los indicios de vulneración del secreto de las proposiciones no darían lugar más que a la averiguación de si ha ocurrido realmente o no, pero sin que, en el caso de comprobarse que efectivamente el secreto se ha roto, se produjeran consecuencias jurídicas respecto del proceso licitador.

Esta conclusión indudablemente, resulta insostenible. Una correcta interpretación debe llevarnos a entender que la “investigación” a que alude el precepto reglamentario no tiene, en el caso que nos ocupa, más finalidad que la de esclarecer la realidad de los hechos, es decir si, efectivamente, se ha quebrantado el secreto de la proposición o no y a la vista del resultado de ésta establecer la consecuencia jurídica correspondiente: nulidad del procedimiento si queda acreditado el quebrantamiento o continuación del acto público de apertura de proposiciones, en caso contrario. Y ello porque la vulneración del secreto en la proposición implica una infracción de carácter procedimental que no puede ser sancionada más que con la nulidad de las actuaciones.

3. Sentado lo anterior, debe añadirse que no puede corresponder a la mesa de contratación determinar en qué medida el quebrantamiento del secreto (o cualquier otra infracción de carácter formal) ha podido afectar al principio de igualdad entre los licitadores en el proceso contractual, ni resolver que, precisamente por no afectar a dicho principio, no debe sancionarse con nulidad de las actuaciones.

En primer lugar, porque la Mesa es competente para apreciar los defectos formales que puedan afectar a las documentaciones y proposiciones presentadas, y en uso de esa facultad decidir la exclusión en caso de que el contenido de alguna de ellas haya sido dado a conocer con anterioridad al acto público de apertura de proposiciones, pero ningún precepto le atribuye facultad para decidir acerca de si se ha roto o no la igualdad entre los licitadores como consecuencia de la ruptura del secreto (o de cualquier otra circunstancia) ni, por supuesto, a dejar sin efecto una infracción de procedimiento basándose en que no se han alterado las condiciones de igualdad de los licitadores.

Y en segundo lugar, porque la apreciación de si se ha roto la igualdad entre los licitadores por la causa a que se refiere el motivo de este informe depende, en todo caso, de una multiplicidad de circunstancias cuya apreciación escapa a la capacidad de actuación de la Mesa de contratación.

4. Queda por dilucidar una última cuestión: si el quebrantamiento formal a que nos referimos implica retrotraer el procedimiento a la fase anterior a aquélla en que éste se produjo o por el contrario debe volver a tramitarse desde el inicio. La cuestión tiene importancia desde el punto de vista práctico, toda vez que de reiniciarse el proceso de licitación, podrían presentarse nuevos licitadores e incluso admitirse a licitación el que ya fue excluido.

Con respecto a este último punto debe mantenerse no es posible jurídicamente dejar subsistente la validez de los trámites celebrados con anterioridad al momento en que se produce o se detecta la infracción del deber de custodiar las proposiciones en forma tal que quede garantizado el secreto de las mismas. En efecto, no pudiendo atribuirse esta circunstancia a mala fe ni tampoco a error involuntario del licitador, sino a negligencia de la propia Administración, en poder de la cual se encuentran las proposiciones cuando se produce la difusión del contenido de una de ellas, es evidente que la simple exclusión de la proposición indebidamente abierta no sería acorde con un tratamiento equitativo, al hacer recaer sobre uno de los licitadores las consecuencias de la falta de la debida diligencia por parte de la propia Administración.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, en aquellos casos en que sea imputable a mala fe o negligencia en la actuación de los órganos administrativos, el quebrantamiento del secreto de una proposición presentada en una licitación sujeta a la legislación de contratos públicos, debe dar lugar, a la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato.