

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. TELEVISIÓN DIGITAL (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 18 de julio de 2012) ¹

JULIO GALÁN CÁCERES

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y profesor del CEF

Extracto:

EL Tribunal Supremo ha declarado nulas todas las adjudicaciones locales de televisión digital terrestre adoptadas por la Generalitat Valenciana en 2006 al estimar el recurso de casación interpuesto por una empresa local de televisión de Elche. El Alto Tribunal falla que la mesa de contratación que debía evaluar los distintos candidatos a obtener las licencias no ponderó los criterios recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en la propuesta que elevó al órgano de contratación, ya que valoró las ofertas de los candidatos con el informe que se encargó a una empresa externa. Se subraya que dicha mesa de contratación incumplió de forma flagrante su función de valorar las ofertas, que es «propia e indelegable», y motivó su resolución de manera que no permitía «conocer al recurrente las razones por las que su oferta no fue seleccionada».

Palabras clave: televisión digital terrestre, licencias, adjudicación, anulación, mesa de contratación, incumplimiento de sus obligaciones, valoración de ofertas, falta de motivación.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 142, noviembre 2012.

ADMINISTRATIVE CONTRACTING. DIGITAL TELEVISION (Commentary on the Supreme Court, of 18 July 2012) ¹

JULIO GALÁN CÁCERES

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y profesor del CEF

Abstract:

THE Supreme Court has declared invalid all awards local digital terrestrial television adopted by the Generalitat Valenciana in 2006 to estimate the appeal brought by a local television Elche. The High Court rules that the Procurement which was to assess the various candidates in obtaining licenses, not weighted the criteria set out in the tender documents in particular the proposal that she submitted to the contracting and value offers candidates the report commissioned from an outside company. It stresses that the Committee shall so flagrantly violated its function of evaluating the bids, which is «self and non-delegable», and led to their resolution so that did not allow «know the reasons why the appellant that its bid was not selected».

Keywords: digital terrestrial television, licenses, award, cancellation, contracting committee, breach of duty, evaluation of offers, lack of motivation.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 142, noviembre 2012.

Por desgracia, la amplia discrecionalidad de la que gozan las Administraciones públicas al adjudicar concesiones administrativas suele desembocar en no pocas ocasiones en abusos que la jurisdicción contencioso-administrativa debe corregir. Tal es el supuesto que nos ocupa en el que, como veremos, la adjudicación en el ámbito autonómico valenciano de 42 licencias de cobertura local para la explotación de programas de servicio público de televisión digital terrestre (TDT) referidas a distintas zonas y municipios, se sustentó sobre un flagrante incumplimiento que la legislación de contratación administrativa atribuye a las mesas de contratación, vulneración que se acreditaría a través de su sustitución por una empresa privada.

Nos situamos en el año 2006, cuando el consejero de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalitat Valenciana adjudica las concesiones para la explotación de programas de TDT con cobertura local, acuerdo que se vio confirmado meses después por el presidente de la Generalitat, quien desestimó el recurso de alzada deducido contra aquella por una cadena local de televisión cuyo ámbito de actuación se circunscribía a Elche.

Entre las previsiones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, destacaba, por las razones que posteriormente se apuntarán, la número 16 d) que preveía, con relación a la evaluación de las ofertas, que de conformidad con lo establecido en las correspondientes cláusulas del presente pliego, se procedería con el asesoramiento técnico y petición de informes que se estimen y consideren necesarios, a la evaluación de las ofertas por la mesa de contratación y a la elevación de la propuesta de resolución al órgano de contratación.

Otra de las cláusulas interesantes de cara a la resolución de la controversia la encontramos en la número 24 del pliego, que dispone que la mesa de contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos: propuesta tecnológica, propuesta económica y programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación.

Estas dos cláusulas serán decisivas en orden a la decisión final que adopte el Tribunal Supremo.

La citada cadena local apreciaba que en la adjudicación se habían cometido numerosas irregularidades que hacían dudar de la conformidad a Derecho del procedimiento de concurrencia selectiva, toda vez que en la evaluación de las ofertas presentadas no se habían observado principios tan

esenciales como los de imparcialidad y objetividad que ha de presidir toda contratación por parte de una Administración pública.

Entre los motivos impugnatorios que se adujeron ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana (una vez que se agotó la vía administrativa), se encontraba aquel en cuya virtud consideraba que el hecho de que la resolución del concurso pudiese adoptarse en base a un informe de una empresa externa a la Administración infringía el ordenamiento jurídico. Esta argumentación fue rechazada de manera simple por la Sala al considerar que, desde el momento en que el dictamen de la empresa fue asumido por la mesa de contratación, se habría convalidado tal actuación, no revistiendo hasta entonces el carácter de informe técnico obligatorio y vinculante del artículo 89.5 de la Ley 30/1992, sino de simple asesoramiento a la mesa de contratación.

Esta respuesta del TSJ fue contestada por la televisión recurrente en su recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo con una argumentación tan breve como rotunda ya que en la propia resolución del concurso se hacía constar de manera expresa el carácter técnico del informe en que basó su fundamentación para la adjudicación de las licencias de televisión digital, discrepando de la Sala de instancia que sostenía que en realidad lo que se estaba cuestionando en el recurso eran las bases de la convocatoria de adjudicación lo cual era inviable al ser las mismas firmes por no haber sido impugnadas en su momento. En resumen, se achacaba al TSJ de la Comunidad Valenciana que no apreciara la vulneración del artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente hasta el 16 de diciembre de 2011), dado que la mesa de contratación no había cumplido la obligación de ponderar los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria del concurso, habiendo asumido tal atribución a una empresa externa que asesoraba a la misma.

En un primer término, la cadena recurrente se defendía de la acusación de estar poniendo en entredicho las bases de la convocatoria, ya que a fin de cuentas lo que estaba pretendiendo era su aplicación, y que a los efectos que aquí nos ocupan, no era otra que obligar a la mesa de contratación a evaluar las proposiciones de los licitadores conforme a los criterios establecidos en las propias bases, incluso pudiendo realizar la evaluación con el asesoramiento técnico y petición de informes que se estimasen necesarios, puntualizando que una cosa es que se permita contar con el asesoramiento de informes técnicos, y otra muy distinta es que la mesa de contratación no cumpla con la obligación de ponderar, en todo caso, conforme establece el artículo 81 de la Ley de Contratos, los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Pues bien, las cláusulas anteriormente reseñadas junto con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) atribuyen de manera indelegable a la mesa de contratación la competencia para ponderar y valorar las ofertas presentadas, circunstancia esta que no acontece en el presente caso ya que se delega o, dicho de otra manera, se externaliza a una empresa cuyo objeto es precisamente efectuar la valoración de cada una de las ofertas, seleccionando las mejores y recomendando a la mesa de contratación su adjudicación.

Ahora bien, no hay nada que oponer a la posibilidad de recurrir a un asesoramiento externo, eso sí, limitado a las labores de orientación al órgano administrativo no siendo posible, por el con-

trario, que la mesa de contratación eleve a la categoría de informe decisivo y vinculante de su decisión lo reflejado en dicho dictamen, limitándose la mesa a dar por buena y a reproducir lo allí recogido. No cabe contraponer a lo expuesto la posibilidad de que la mesa de contratación carezca del perfil técnico adecuado para la valoración de las ofertas, ya que una de las notas que caracteriza a la mesa de contratación es que sus miembros gozan de los conocimientos profesionales para ejercer su labor con objetividad e imparcialidad, lo que no cabe predicar de una entidad privada por muy cualificada que sea.

Una primera cuestión interesante que es resuelta por el Tribunal Supremo se centra en determinar la incidencia que sobre la concesión tiene el incumplimiento por parte de la Administración autonómica del plazo para su resolución, fijado en cinco meses desde la publicación del anuncio de la convocatoria, plazo que podía ser prorrogado, pese a lo cual se excedió con mucho el periodo establecido. Todo ello determinaría, a juicio de la cadena de televisión recurrente, la caducidad del procedimiento, lo que indefectiblemente llevaría aparejada la anulación de la resolución.

No lo ve así el Alto Tribunal, pues el precepto en que fundamenta su pretensión la recurrente, el artículo 42 de la Ley 30/1992, se limita a fijar los plazos de los procedimientos administrativos habiendo incurrido aquella en un error por omisión, al no invocar el artículo 44 de la Ley 30/1992, que es donde se prevé la caducidad para aquellos supuestos en que los procedimientos iniciados de oficio por la Administración caduquen por el transcurso del plazo fijado.

De todas maneras, aunque se hubiera construido de manera correcta el motivo, la LCSP no establece la caducidad como el efecto que cabe anudar al transcurso del plazo establecido para la adjudicación de los contratos, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que se le brinda a los ofertantes a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieran prestado.

El Tribunal Supremo comienza a perfilar su decisión al poner de manifiesto que lo que de verdad ha acontecido en el presente caso es que la valoración de las ofertas ha sido efectuada directamente por la empresa privada externa que no goza en modo alguno de la presunción de acierto atribuida a la Administración, habiéndose limitado esta a dar por buena la actuación de aquella sin haber matizado, modulado o corregido sus valoraciones, razón por la que la Sala considera infringido el citado artículo 88 de la LCSP, por incumplimiento flagrante de las obligaciones propias de la mesa de contratación.

Esta forma de comportarse no puede encontrar amparo en cláusula alguna del pliego, pues el mismo únicamente prevé la posibilidad de requerir un asesoramiento externo, que en modo alguno puede sustituir la valoración de las ofertas efectuada de manera directa e indelegable por la mesa de contratación, discurso que además del refrendo legal del referido artículo 88.1 de la ley ha sido proclamado por la doctrina jurisprudencial, siendo fiel muestra de ello lo dicho en la reciente Sentencia de 20 de marzo de 2012 en la que perfila lo que debe entenderse por ponderación en el sentido de valorar, comparando las solicitudes con los criterios sentados para adjudicar las concesiones. Y, naturalmente, la expresión de las razones que han conducido a la asignación de puntos, o sea de la ponderación, es fundamental para el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa.

Los siguientes esfuerzos de la Sala se centran en justificar por qué en anteriores recursos de casación que tenían idéntico objeto que el aquí planteado se había llegado a conclusiones diferentes, encontrando un resquicio, eso sí, algo forzado, para motivar su cambio de criterio apuntando que los motivos de casación en los que se sustentaba dicha argumentación fueron inadmitidos por razones formales al no haberse justificado la falta de correlación entre lo pedido y lo resuelto y utilizar la vía del artículo 88.1 c) para denunciar la infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992, ya que, se decía, tuvo que ampararse en el artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional. Lo propio sucedió con el motivo cuarto de aquellos recursos de casación, en los que se denunciaba la arbitrariedad de la Administración por infracción del artículo 9.3 de la Constitución, al cuestionar el papel de la mesa de contratación en relación con la actuación de la empresa privada. Dicho motivo fue inadmitido por dirigir la crítica a la actuación administrativa y no a la sentencia, impidiendo así el enjuiciamiento de fondo de la infracción que denunciaba el motivo.

En todo caso, a los simples efectos, de «lavar su imagen» el Tribunal Supremo recuerda que tiene libertad para cambiar de criterio, eso sí, siempre que lo motive suficientemente.

Profundiza en su análisis de la sentencia entrando de lleno en el otro motivo que finalmente será estimado, en el que se aduce la infracción por parte del TSJ de la Comunidad Valenciana de los artículos 54 y 89.5 de la Ley 30/1992, vulneración que se aprecia en que la sentencia impugnada no apreciara lesión alguna en el hecho de que el dictamen de la empresa externa que sirvió de motivación a la resolución final del concurso no se incorporara a la misma.

Pues bien, esa omisión en la resolución final del informe externo de valoración impidió conocer a la cadena local de televisión recurrente las razones por las que su oferta no fue seleccionada, todo ello a pesar de que el reiterado artículo 88 de la Ley de Contratos exige a la Administración motivar la resolución de la adjudicación, con expresa referencia a los criterios del concurso que figuran en el pliego. Los argumentos que la Sala esgrime para la estimación, en este extremo, del recurso de casación han sido ya utilizados para el anterior motivo analizado y es que en la adjudicación de las licencias de televisión por parte del consejero de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalitat Valenciana se hacía sucinta referencia a la propuesta de la mesa de contratación, la cual a su vez se hace en función de un informe técnico que ni siquiera se incorpora a la resolución del concurso, no resultando suficiente de cara a la correcta motivación de la resolución el hecho de que se pueda consultar el expediente de la concesión, pues ello no convierte en motivada una resolución que intrínsecamente no lo es.