

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.P.G., en nombre y representación de Orange Espagne, S.A. Sociedad Unipersonal, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de julio del 2018, por el que se acuerda la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del lote 1 y se propone la clasificación para los lotes 1 y 2 del contrato “Telefonía y transmisión de datos. Servicios de telefonía fija, transmisión de datos, acceso a Internet y telefonía móvil”, número de expediente: 0852/2016, del Ayuntamiento de Leganés, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de marzo de 2018 se publicó en el BOE, en el DOUE, y en el Portal de la contratación del Ayuntamiento de Leganés, la convocatoria de licitación pública para la adjudicación del contrato mencionado por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en dos lotes. El valor estimado del contrato es

4.343.801,65 euros, y su plazo de ejecución de 4 años prorrogables por dos periodos anuales más.

Segundo.- A la licitación han concurrido tres empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación reunida el 25 de julio de 2018 acordó la exclusión de la oferta de Orange en el lote 1 y proponer como única empresa clasificada en ese lote a Vodafone España, S.A.U. No consta la notificación expresa a la recurrente, que declara haber tenido conocimiento por la publicación en el Portal de la contratación el 27 de julio de 2018.

El 3 de agosto de 2018 Orange solicitó acceso al expediente que le fue concedido de manera parcial al haber declarado Vodafone confidencial la totalidad de su oferta técnica, llevándose a efecto el 14 de agosto de 2018.

Tercero.- El 20 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Tribunal, el recurso especial en materia de contratación “*ad cautelam*” para evitar la adjudicación a una oferta que podría no cumplir con los requerimientos técnicos exigidos en el PPT. Alega infracción del deber de transparencia al no facilitar el órgano de contratación el acceso al expediente en los términos exigidos en la normativa en materia de contratación pública y solicita la suspensión del procedimiento así como que se autorice el acceso al expediente en sede del Tribunal, reservándose el derecho a hacer cuantas alegaciones procedan una vez que este se haya otorgado pleno acceso.

Del recurso se dio traslado al órgano de contratación requiriéndole para que remitiera el expediente de contratación completo y ordenado, acompañado del informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), que lo remitió el 3 de septiembre de 2018, informando que las tres licitadoras que han concurrido han declarado confidencial la totalidad de sus ofertas técnicas. Advierte que el recurrente solicita la anulación de una adjudicación a Vodafone en el lote 1 que no se ha producido, al tratarse de una propuesta y que el recurso carece de fundamentación.

Cuarto.- El 13 de septiembre de 2018 el Tribunal acordó denegar las medidas provisionales solicitadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora excluida en el lote 1 de este contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP) en tanto que de la estimación del recurso podría obtener la condición de adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se plantea en tiempo, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 25 de julio de 2018, y publicado en el Portal de Contratante del Ayuntamiento de Leganés el 27 del mismo mes, sin que conste su notificación, e interpuesto el recurso

el 20 de agosto de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se clasifican las ofertas y se propone la adjudicación del lote 1 en un contrato de servicios cuyo importe es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 2 b) y c son susceptibles de recurso: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*

c) Los acuerdos de adjudicación”.

Como manifestara el Tribunal en la Resolución 38/2017, de 1 de febrero, *“La propuesta de adjudicación como acto de trámite no cualificado no es susceptible de recurso. A la vista de lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso, por cuanto el acto recurrido es un acto de trámite no impugnabile separadamente, sin perjuicio de la facultad que asiste al recurrente de impugnar aquél, en su caso, en el recurso que se interponga contra la adjudicación”.*

Quinto.- En cuanto a la solicitud de la recurrente de tomar vista del expediente en la sede del Tribunal.

El Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) regula el derecho de acceso al expediente de contratación por parte de los interesados, tanto en la fase inicial previa a la interposición del recurso, a fin de poder tomar la decisión de impugnación y fundar el recurso en su caso, como en el momento posterior en el que éste ya ha sido interpuesto, en el caso de que el órgano de contratación se lo haya denegado, estando obligado el órgano de contratación a poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y el respeto a la propiedad intelectual e industrial.

Así en el artículo 16 del RPERMC: *“Acceso al expediente de contratación”* establece que *“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 442 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento

podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento”.

En el artículo 29 del RPERMC, al regular la instrucción del procedimiento de recurso, contempla la puesta de manifiesto del expediente y alegaciones y dispone que *“3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

Como reiteradamente ha manifestado el Tribunal, la previsión reglamentaria pretende que la falta de motivación en los actos notificados o la falta de información no impidan a los interesados el ejercicio del derecho a recurso contra las decisiones en materia contractual. Por ello se regula el derecho de acceso en una fase previa a la interposición y como garantía de tal derecho. Tal como se regula en el artículo 16 citado, ello no obsta para que, en el caso de ser denegada la vista del expediente, el recurso se interponga dentro de plazo y se invoque como motivo de recurso, para su ejercicio ante el Tribunal, en caso de que este no aprecie la concurrencia de los supuestos que fueron motivo de la denegación o no se hubiera contestado en plazo. El presupuesto para el ejercicio ante el Tribunal es la previa solicitud al órgano de contratación con efectos adversos para el interesado. Si no se da el presupuesto, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, el expediente ya no se pone de manifiesto a los interesados, no es un trámite previsto para la resolución del recurso.

En todo caso conviene señalar que el acceso a la oferta de la adjudicataria que forma parte del expediente, es instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus legítimos intereses, tal y como se indicaba en la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre, de este Tribunal y la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública *“la transparencia es un principio de mercado carácter instrumental, pues su objetivo no es meramente formal, sino que busca generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (...)”* y que el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T- 461/08 y T- 298/09. No obstante para resolver esta cuestión pueden aplicarse los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma.

Pero no podemos olvidar que el interés del mantenimiento de secretos comerciales, de datos personales o de propiedad intelectual por parte de la empresa adjudicataria, también es legítimo y resulta amparado por la Ley. Así el artículo 140 del TRLCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la*

información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.

Son varios los parámetros a tener en cuenta para resolver tal conflicto recogidos entre otras muchas en la Resolución 302/2017, de 25 de octubre. En concreto la declaración en la oferta de la confidencialidad, que la declaración no puede afectar en principio y sin más a la totalidad de la oferta, -obviamente, todos aquellos documentos que contengan datos que consten en un registro público, o que de acuerdo con el TRLCSP se deban leer en acto público, como la oferta económica, son claramente accesibles a todos los demás licitadores y también lo son aquellos que no reúnan la condición de secretos comerciales-. Por último tal y como establecen las Sentencias Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998, quien pretende para sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende. De aquí que se pueda considerar como parámetro, entre otros, para conceder el acceso a un determinado expediente administrativo la conducta del solicitante en relación con su propia oferta, tal y como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi señaló en su Resolución 130/2015.

En este caso comprueba el Tribunal que las tres licitadoras han declarado confidencial su oferta técnica en su totalidad por lo que resulta de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo indicada. Cabe entender que si la oferta técnica de la recurrente contiene secretos comerciales que la hacen merecedora de un tratamiento confidencial de la misma, la del resto de competidoras, razonablemente puede incluir tal tipo de información, circunstancia que por otro lado ha comprobado el Tribunal.

Por lo que se debe denegar el acceso solicitado. En consecuencia dado que el recurso carece de contenido impugnatorio concreto contra el Acto de adjudicación ya que se interpone a expensas del resultado de la solicitud de acceso, este Tribunal no puede pronunciarse tampoco por este motivo sobre el contenido del Acto recurrido.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.P.G., en nombre y representación de Orange Espagne, S.A. Sociedad Unipersonal, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de julio del 2018, por el que se acuerda la exclusión de la recurrente al lote 1 y se propone la clasificación a los lotes 1 y 2 del contrato “Telefonía y transmisión de datos. Servicios de telefonía fija, transmisión de datos, acceso a Internet y telefonía móvil”, número de expediente: 0852/2016, por no ser la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación un acto susceptible de recurso y por carecer el mismo manifiestamente de fundamento.

Segundo.- Denegar el acceso al expediente de contratación en sede del Tribunal al haber actuado el órgano de contratación de acuerdo con la declaración de confidencialidad de sus ofertas técnicas que han realizado todas las licitadoras.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.