

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

En Madrid, a 17 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Actúa Servicios y Medio Ambiente contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares de fecha 29 de agosto de 2024 por la que se excluye la oferta presentada a la licitación del contrato de servicios “Recogida y transporte de residuos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Hoyo de Manzanares número de expediente 115/2024 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 29 de mayo de 2024, se publicó en el DOUE, y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, alojado en la PCSP anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, sin división en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 9.867.504,2 euros y su plazo de duración será de 11 años.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre los que se encuentra el recurrente.

Segundo. - Llegados al momento procesal de la apertura del archivo/sobre B que contiene la memoria técnica que será valorada mediante juicio de valor, los técnicos que elaboraran el necesario informe, advierten que el recurrente ha incluido la marca y modelo de los contenedores que va a ofertar en este sobre, desvelando en consecuencia el cumplimiento de un criterio de adjudicación valorable de forma automática y alterando el procedimiento establecido en el artículo 146 de la LCSP, produciendo una contaminación en el criterio de los calificadores.

Advertida la mesa de contratación, ésta acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente.

Tercero. - Con fecha 20 de septiembre de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación, con el fin de acreditar que su oferta no alteraba el orden de conocimiento establecido en el artículo 146 de la LCSP, por lo que no corresponde su exclusión.

El 27 de septiembre de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 9 de octubre de 2024, adoptado para impedir llegar a formalizar el contrato sin que el recurso que nos ocupa se hubiera resuelto.

Quinto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos

en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de agosto de 2024, practicada la notificación el 3 de septiembre de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 20 de septiembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso se plantean varias cuestiones.

El recurso solicita, en primer lugar, el acceso al expediente, sin cuyo examen la recurrente no puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa, según se aduce.

Textualmente solicita: *“En especial, se solicitó acceso al expediente de licitación en general y, en concreto, a todos aquellos apartados de las memorias técnicas incluidas en el Sobre B del resto de licitadores que pudieran contener detalles de los contenedores ofertados, toda vez que se ha podido advertir ciertas incongruencias graves en el informe considerado por la Mesa para la valoración del Sobre B que, sin desconocer la doctrina de la discrecionalidad técnica, ponen en evidencia su arbitrariedad y podrían determinar la existencia de errores materiales en la apreciación de la causa de exclusión que ha sido considerada.*

En este sentido, la necesidad de obtener el visionado del expediente, se interesó con el fin de salvaguardar los principios de igualdad de trato entre los licitadores y no discriminación, previstos en los artículos 5, 13. d) y 16 LPACP”

En primer lugar, debemos resolver la solicitud de vista del expediente. Para ello debemos partir de lo que señala el artículo 29.3 del Real Decreto 815/2014, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *“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".

Por su parte el artículo 16 del citado Real Decreto establece que: *“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”.*

Por su parte el art 52 LCSP señala:

“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 la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente 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. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter

previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el contenido del artículo 28 del RDL 3/2020 cuyos apartados 1 y 2 disponen: “1. *En el momento de comunicar las prescripciones técnicas a las empresas interesadas, de clasificar y seleccionar a las mismas y de adjudicar los contratos, las entidades contratantes podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen, incluida la información facilitada en relación con el funcionamiento de un sistema de clasificación, con independencia de que el mismo hubiera sido objeto de un anuncio sobre su existencia que se hubiera utilizado como medio de convocatoria de licitación. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones del presente real decreto-ley, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, la entidad contratante no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales, los aspectos confidenciales de las ofertas y cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”*

A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante que viene a señalar:

- a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que,

representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada.

- b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada.
- c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros.
- d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente a la reclamante o al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso.

A estas reglas podemos añadir la doctrina de este Tribunal sobre la proporcionalidad en la declaración de confidencialidad, es decir en aquellos casos que el recurrente ha declarado como confidencial una parte expresa de su documentación, como puede ser la memoria técnica que se integra en este caso en el sobre B, no puede pretender que para el resto de licitadores se desvele la misma documentación, tal y como en este expediente acontece.

En efecto nuestra Resolución n.º 054/2024 de 15 de febrero establece: *“Como se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, citando por todas la Resolución n.º 440/2021, de 23 de septiembre, o las más recientes, números 70/2023,*

de 16 de febrero, y 287/2023, de 13 de julio, el acceso al expediente tiene un carácter instrumental con objeto de permitir al recurrente fundamentar su recurso. SERVEO solicita el acceso al expediente el 21 de noviembre de 2023, cuando no se había dictado la adjudicación del contrato objeto de impugnación, por lo que no habiendo realizado la petición ante el órgano de contratación conforme a los plazos establecidos en la LCSP/2017 no procede conceder dicho trámite ante este Tribunal. A mayor abundamiento, decir que SERVEO declara confidencial también su oferta técnica, excepto en un subapartado, lo que puede considerarse una declaración de confidencialidad similar a la realizada por LACERA que exime de esta condición a unas pocas hojas de su oferta técnica. Por ello, no puede la recurrente hacer pretender mejor su derecho que el del resto de licitadores”.

En el caso que nos ocupa, si bien el órgano de contratación manifiesta que trató de ponerse en contacto con el recurrente, la ausencia total de la forma establecida convierte a su contestación como no efectuada, por lo que debemos considerar que el Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares no ha contestado a la solicitud de acceso al expediente.

Por ello procedería dar acceso en sede del Tribunal al recurrente sobre la documentación solicitada, no obstante, Actúa concreta su intención de conocer las memorias técnicas presentadas por todos los licitadores, incluido la oferta excluida en el sobre/archivo B que ha sido declarado confidencial en los cuatro casos, por lo que en consecuencia se deniega el acceso solicitado por la circunstancia ya advertida.

En cuanto al segundo de los motivos recogidos en su recurso, se plantea si la información solicitada por la recurrente en su memoria técnica altera el orden de conocimiento de la oferta y en consecuencia contamina el criterio de los técnicos evaluadores.

Manifiesta que los criterios que dependen de un juicio de valor alcanzan 25 puntos sobre los 100 del total. De esos 25 puntos 5 califican la descripción de las

características constructivas del contenedor/robustez de las tapas y la estética en general.

Indica así mismo que el PCAP establece que: “a falta de evitar la presentación de ofertas técnicas imprecisas, deficientes o no ajustadas a las especificaciones técnicas establecidas en el correspondiente Pliego, serán excluidas del procedimiento de licitación las ofertas que no alcancen 10 puntos en la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor”.

Manifiesta que por su parte en el archivo/sobre C se calificaran con 6 puntos los contenedores que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

- La tapa de descarga presenta apertura completa (en lugar de parcial), respecto al cuerpo del contenedor
- Altura del contenedor igual o inferior a 1,5 metros. Quedan fuera de esta altura elementos técnicos como ganchos o anillas puntales.

Refiere sobre el informe técnico por el cual se evidencia su error a la hora de aportar datos en el sobre B que deben constar en el sobre C que en referencia a la oferta de la licitadora Inditec manifiesta: “*Los contenedores de carga lateral de 2.900 l ofertados son homogéneos con contenedores 1.900 l de la misma marca*” (folio 45 del informe). De lo anterior, se puede dar a entender que este licitador ha especificado detalles como la marca del contenedor. “*Igualmente, incluye un gráfico sobre los modelos de contenedores. Aunque el informe afirma que no se puede conocer la marca y modelo, basta comparar dicha imagen con el recorte de la oferta presentada por otra licitadora excluida (Althenia) , para comprobar cómo los modelo son exactamente idénticos*”.

Se comprueba por las imágenes insertadas en el texto del recurso que efectivamente son idénticos, uno mediante fotografía y el otro mediante dibujo.

Prosigue en su exposición manifestando que: *“En cuanto a la oferta de Prezero Igualmente, se comenta en el Informe el tamaño de los contenedoras, la forma de sus bocas o características, lo que da a entender que la memoria técnica o sus anexos, en especial las fichas técnicas, contenían imágenes o todas las especificaciones de las cuales también podría determinarse el modelo y marca de los contenedores, no incorporadas al informe”.*

Ya en relación con su oferta considera que la exclusión es improcedente por no haberse indicado la altura de los contenedores ni la posibilidad de apertura total. Considera que, aunque efectivamente se hubiera ofrecido información, la fracción de 6 puntos frente a los 100 que constituye el total es tan pequeña que no debe justificar una exclusión, invocando a este respecto la doctrina de este Tribunal y de otros, y por ultimo denuncia en todo caso oscurantismo de los pliegos de condiciones, que en ningún caso pueden perjudicar al licitador.

Por ultimo solicita la nulidad de todo el procedimiento de licitación, toda vez que no habiéndose valorado su oferta y conocidas en cambio las presentadas por el resto de licitadores, la estimación del recurso conlleva de forma automática la nulidad de todas las actuaciones.

El órgano de contratación en su defensa manifiesta que la cláusula IX del PCAP establece:

...DOCUMENTACIÓN PONDERABLE A TRAVÉS DE JUICIOS DE VALOR

Incluirá aquellos documentos que sean precisos para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, tal y como se establece en la cláusula correspondiente del presente pliego.

Este archivo electrónico no puede incluir ninguna información que permita conocer el contenido del archivo electrónico «C» relativo a los criterios evaluables mediante cifras y porcentajes, o que contengan datos que permitan

identificar de forma fehaciente la propuesta económica o algunas de las propuestas que puedan ser objeto de valoración mediante aplicación de fórmulas. El incumplimiento de esta obligación implica la exclusión de la licitación. (...)

En este contexto, la recurrente silencia en el recurso, que presenta e identifica en su oferta técnica, archivo electrónico B, la marca y el modelo de los contenedores, así como el tipo de apertura y su capacidad, haciendo posible, por tanto, determinar si la tapa de descarga presenta apertura completa (en lugar de parcial), respecto al cuerpo del contenedor y si la altura del contenedor es igual o inferior a 1,5 metros. En este sentido, ACTÚA señala explícitamente que se posibilita la apertura del 100% de la tapa de vaciado.

De este modo, en aplicación de lo determinado en la ya mencionada Cláusula IX del PCAP, que establece la exclusión de los licitadores que en el archivo electrónico “B” proporcionen información que permita conocer el contenido del archivo electrónico «C» relativo a los criterios evaluables mediante cifras y porcentajes, y teniendo en cuenta lo descrito anteriormente respecto al criterio de valoración cuantificable de forma automática “Características de la contenerización: tiempo de descarga y reducción de la barrera visual (6 puntos)”, se procedió, por la Mesa de Contratación, a la exclusión de la oferta de la hoy recurrente, sin posibilidad de subsanación.

Asimismo, la Mesa de Contratación excluyó a otro licitador, en este caso ALTHENIA, S.L.U., por incluir en su oferta la marca, sin que haya recurrido tal decisión, por estar expresado claramente en los pliegos que rigen la licitación.

Por último, y, en relación a las supuestas incongruencias o contradicciones que la recurrente considera que afectan a los Pliegos, indicar que no son tales y que, a mayor abundamiento, la recurrente no presentó recurso contra el contenido de los pliegos de condiciones, siendo éstos la “Ley del contrato”, por tanto, la mera

presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de todas sus cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, como se detalla a continuación...

Comprobado por este Tribunal los extremos de la oferta de la recurrente en cuanto a la indicación de marca y modelo debemos considerar que ya los propios pliegos de condiciones determinan que la inclusión de datos que deben conocerse en el sobre C, en el sobre B determinará la exclusión de la oferta.

No estamos en este caso ante la aplicación de la norma sobre orden de la apertura y conocimiento de las ofertas según determina el artículo 146 de la LCSP, sino que estamos ante un mandato claro e inequívoco del PCAP.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Tampoco este Tribunal advierte de la existencia de oscurantismo en los pliegos de condiciones y recuerda al recurrente que en caso de duda existe un trámite de información previa regulado en el artículo 138 de la LCSP, donde podrá disipar las dudas que los pliegos de condiciones le hayan generado.

Por todo ello se desestima el recurso

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Actúa Servicios y Medio Ambiente contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares de fecha 29 de agosto de 2024 por la que se excluye la oferta presentada a la licitación del contrato de servicios “Recogida y transporte de residuos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Hoyo de Manzanares número de expediente 115/2024

Segundo. - 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.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 9 de octubre de 2024.

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.