

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

En Madrid, a 8 de julio de 2015.

VISTO el recurso formulado por doña M.B.C., en nombre y representación de Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de adjudicación del contrato de “Integración, conservación, mantenimiento y mejora de las plataformas de telefonía y accesos para el Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 87/15, lotes 1 y 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 y 30 de septiembre de 2014 de se publicó respectivamente en el BOE y en el DOUE, la convocatoria de licitación pública, para el contrato de servicios de referencia, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 6.754.383,86 euros.

El contrato se divide en dos lotes el primero “Comunicaciones integrales y tecnología IP” y el segundo “Telefonía móvil”, pudiendo presentar los licitadores una oferta integradora para ambos lotes que mejore las condiciones económicas del conjunto, al aprovechar las sinergias producidas.

Segundo.- A la licitación convocada se han presentado cuatro licitadoras para el lote 1 y tres para el lote 2.

El día 18 de diciembre de 2014, tal y como consta en el acta correspondiente la Mesa de contratación una vez calificada la documentación administrativa procedió a la apertura en acto público del sobre que contenía la oferta técnica, remitiéndose a los técnicos correspondientes para su valoración.

Antes de proceder a la valoración se solicitaron aclaraciones sobre diversas dudas suscitadas en relación con algunos de los aspectos de las ofertas. En concreto con fecha 27 de febrero de 2015 se solicita una primera aclaración de la oferta al lote 1 a todas las licitadoras, mediante una serie de preguntas concretas, que fueron respondidas entre los días 5 y 8 de marzo siguientes. Posteriormente el 13 de marzo se solicita una segunda aclaración, esta vez a todas las licitadoras menos a Ibersontel *“con el fin de concretar el alcance de la propuesta presentada”* que fueron contestadas entre los días 16 y 18 de marzo.

Por último el 30 de marzo se solicitaron nuevas aclaraciones esta vez respecto del lote 2 a las tres empresas licitadoras, que fueron contestadas el día 31. De nuevo se solicita aclaración del contenido de la aclaración de la oferta, esta vez únicamente de las licitadoras Vodafone y Orange el 7 de abril, incorporándose al expediente administrativo las contestaciones efectuadas el mismo 7 de abril. No obstante consta un correo electrónico del mismo día dirigido a Orange en el que se plantea el incumplimiento del PPT por su parte en cuanto al reforzamiento del servicio para eventos puntuales sin coste adicional, en el que se ruega aclaración urgente sobre esta cuestión, que finalmente es enviada de nuevo el día 7 suprimiendo toda mención al coste del servicio de despliegue de una base portátil que constaba en su oferta.

Tras las indicadas aclaraciones se emite informe de valoración de las ofertas el 8 de abril de 2015, en el que consta que la oferta de Ibersontel ha sido

desestimada al no cumplir una de las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), resultando una puntuación global para la recurrente de 28,6 puntos, de 27,7 puntos para Orange España y 17,8 puntos para Telefónica, S.A.U., en la solución integradora.

El 13 de abril de 2015, se reúne de nuevo la Mesa de contratación para dar cuenta de la puntuación obtenida por cada empresa licitadora y proceder a la apertura de los sobres que contenían la oferta económica, que se remitió para su valoración a los técnicos correspondientes.

El 11 de mayo se emite el informe de valoración en el que se propone la adjudicación del lote 1 a Orange España y del Lote 2 a Telefónica. A la vista de las conclusiones del indicado informe, la Mesa de contratación en sesión del día 13 de mayo propone la adjudicación de cada uno de los lotes a las indicadas licitadoras.

Tercero.- Una vez aportada por las propuestas como adjudicatarias la documentación contemplada en el artículo 151 del TRLCSP, mediante Decreto de 2 de junio de 2015 del Concejal Delegado de Recursos Humanos, Administración y Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, se adjudica el contrato, el lote 1 a la licitadora Orange España y el lote 2 a Telefónica, S.A.U., lo que se notifica a todas las licitadoras el día 5 de junio de 2015.

El 15 de junio de 2015 la recurrente solicitó vista del expediente y copia de las ofertas presentadas por los adjudicatarios con el fin de poder analizar si la fundamentación de la adjudicación es conforme a derecho, para poder verificar si en los informes de valoración en los que se basa la exclusión de la misma, se ha incurrido en arbitrariedad y si se han respetado los principios de igualdad y no discriminación.

El 18 de junio se llevó a cabo la comparecencia de los representantes, a los que, tal y como consta en el acta incorporada al expediente, no se da traslado de la

documentación solicitada (oferta técnica de ambas adjudicatarias para ambos lotes y contestación a las aclaraciones de ambas), por considerar que las ofertas técnicas se corresponde con la Memoria Técnica que fue aportada por los licitadores y que de acuerdo con las declaraciones de los licitadores, dispone de carácter confidencial. Respecto de las aclaraciones, se facilita información sobre las mismas, si bien no se facilita el acceso a las respuestas de los licitadores.

Cuarto.- La representación de Vodafone España, S.A.U. previa la presentación el día 22 de junio de 2015, del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación, con fecha 23 de junio de 2015, ante este Tribunal, que el mismo día requirió al órgano de contratación para que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del TRLCSP remitiera el expediente administrativo, junto con el informe correspondiente, lo que se verificó el 26 de junio siguiente.

En el recurso se alega vulneración del principio de transparencia al no haberse dado acceso a la totalidad del expediente a la recurrente en relación con las ofertas y aclaraciones de las adjudicatarias, solicitando la retroacción del procedimiento con el objeto de permitir el examen del expediente, así mismo se indica en dicho recurso *“Pues bien, a pesar de que a mi representada no se le ha permitido acceder ni a la Oferta inicialmente presentada por las licitadoras que han resultado adjudicatarias de los lotes que componen el objeto de expediente de licitación que nos ocupa, ni se le ha dado traslado de las aclaraciones realizadas al mismo, por el contenido del Informe de valoración aportado, así como por el contenido de las aclaraciones solicitadas, presume que en trámite de aclaración por parte de las mercantiles que han resultado adjudicatarias se ha llevado a cabo no una simple aclaración, sino realmente una modificación de la Oferta inicialmente presentada, lo que debe llevar a que se declare la nulidad de la Resolución impugnada. En los fundamentos de derecho del presente recurso, congruentemente*

con el petitum del mismo se limita a realizar consideraciones jurídicas sobre el acceso al expediente que le fue denegado, pero sin realizar ninguna alegación en relación con la adecuación a derecho de su exclusión”.

El Ayuntamiento de Alcorcón remite dos informes, uno de la Asesoría Jurídica Municipal y otro del Técnico de Sistemas, en relación con las aclaraciones de las ofertas. Se indica en el primero de ellos que el trámite en el que se da lectura del informe de valoración en acto público al que asistieron representantes de la recurrente no sería susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 40.2. b) del TRLCSP, al *“subsumirse las actuaciones de la mesa de contratación en el propio acto de adjudicación de los contratos, pero nada habría impedido a VODAFONE solicitar las aclaraciones que hubiera tenido por conveniente para poder analizar la puntuación otorgada a las diferentes Memorias (...)”* añadiendo que *“Tampoco a partir del 13 de mayo y hasta el 15 de junio de 2015, es decir una vez que les fue notificada la adjudicación de los lotes, VODAFONE no solicitó aclaración alguna, o cualquier otra actuación”.*

Asimismo justifica la denegación de acceso al expediente completo, en concreto de las Memorias Técnicas de las ofertas y de las respuestas a las solicitudes de aclaración al haber sido declaradas confidenciales en su integridad, (al igual que la de la propia recurrente),

Quinto.- Con fecha 30 de junio se ha concedido a los interesados en el procedimiento, el trámite para realizar alegaciones previsto en el apartado 3 del artículo 46 del TRLCSP. Habiéndose presentado escrito de alegaciones por Telefónica y por Orange, ambas el día 6 de junio de 2015.

Telefónica aduce en su escrito de alegaciones que su oferta técnica contempla detalles técnicos de redes y recursos propios del operador que incluye información altamente sensible y relevante como desarrollos tecnológicos, planes comerciales, etc. que forman parte del secreto comercial e industrial y cuya

divulgación conllevaría una posición de desventaja para Telefónica frente a un competidor directo como la entidad recurrente Vodafone; por lo que considera que la decisión de no conceder acceso al expediente es ajustada a derecho en tanto en cuanto la Administración se dirigió a las empresas con objeto obtener sus valoraciones respecto a la confidencialidad de las ofertas realizadas y analizó la totalidad de la oferta, señalando aquellos aspectos de las mismas que debían mantenerse como confidenciales por encontrarse al amparo del derecho a la protección de los secretos comerciales. Asimismo señala que la contestación a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento tiene un carácter meramente clarificador.

Orange parte del reconocimiento de que la confidencialidad de buena parte de los secretos industriales recogidos en las ofertas presentadas por los licitadores en los procesos de contratación pública, está admitida y protegida por nuestro ordenamiento jurídico, pues el acceso libre, sin limitación ni condición alguna a la mismas, sería tanto como permitir que los competidores conociesen no sólo las estrategias comerciales del resto de empresas que acuden a aquéllos, sino también las que pudiesen emplear en un futuro. A lo que añade que en el caso concreto que nos ocupa no es preciso para garantizar el derecho de defensa de la recurrente que se le dé acceso a su oferta técnica, cuando del contenido del Informe Técnico emitido por el Técnico Municipal de Sistemas del Ayuntamiento de Alcorcón de 11 de mayo de 2015 (que parecen haber obtenido en la web) contiene información suficiente para que los licitadores que han concurrido a la licitación que nos ocupa conozcan las razones de la adjudicación. Considera que esta confidencialidad debe extenderse también a las aclaraciones de las ofertas efectuadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 contrato cuya adjudicación es objeto del recurso es un contrato de servicios, perteneciente a la categoría 5 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros, por tanto sujeto a regulación armonizada y recurrible mediante recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

Por otro lado, el acto impugnado (la adjudicación) es susceptible de recurso especial, al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto en plazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*, dado que la remisión de la notificación de adjudicación se produjo el 5 de junio de 2015 y el recurso se presentó el 23 de junio siguiente.

Cuarto.- La recurrente se encuentra legitimada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Quinto.- Son dos las cuestiones hechas valer por la recurrente, de un lado la falta de transparencia en la actuación del órgano de contratación no permitiendo el acceso a determinada documentación que formaba parte de las ofertas de otras licitadoras en salvaguarda de la confidencialidad invocada por las mismas, y por otro en la incorrecta adjudicación del contrato en cuanto considera la posibilidad de que se haya producido una modificación de las ofertas iniciales de las adjudicatarias en el trámite de aclaración de las ofertas.

Este Tribunal considera oportuno recordar, como ya hiciera en sus Resoluciones 24/2013, 13 de febrero, y 112/2012, de 20 de septiembre que el artículo 145.2 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...).”* El legislador, de esta manera, garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública; ahora bien, una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los casos expresamente previstos en el artículo 153. En particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1, que establece que *“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”.*

Por otro lado el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo ciertas circunstancias y con condiciones *“(...) cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”.*

Si bien este precepto no regula directamente el acceso al expediente de licitación, lo cierto es que los parámetros que establece para la limitación de la

información que puede facilitarse al resto de licitadores pueden aplicarse a cualquier otro supuesto de restricción de la información que, a la postre, supone una limitación del principio de transparencia.

Sin embargo, ambos preceptos deben ser interpretados o integrados al caso concreto, pudiendo servir de criterio interpretativo el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, que señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140 del TRLCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

El precepto legal exige para denegar datos relativos a la adjudicación, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el mismo (obstaculizar la aplicación de una norma, ser la divulgación contraria al interés público, perjudicar intereses comerciales legítimos) y la debida justificación al respecto en el expediente administrativo.

Sentado lo anterior, se constata que en este caso concreto, como más arriba se ha indicado todas las licitadoras, incluida la recurrente, habían declarado la confidencialidad de sus ofertas. En concreto Orange en su oferta técnica al lote 1 del que fue finalmente adjudicataria, incluye al pie de página de la misma la expresión “Confidencial Grupo France Telecom”. Por su parte Telefónica en su oferta al lote 2 señala “El contenido de esta oferta es estrictamente confidencial para uso exclusivo del Ayuntamiento y Telefónica”. En la misma línea en la contestación a las aclaraciones solicitadas por el órgano de contratación las adjudicatarias se limitan a incluir una declaración genérica de confidencialidad.

En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos. Es claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de las licitadoras, siendo fundamental conocer determinados aspectos de la misma a efectos por lo menos de poder examinar la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración.

Ni las licitadoras, ni el órgano de contratación justifican en modo alguno en qué medida el conocimiento del contenido de parte o la totalidad de la oferta técnica puede afectar a secretos comerciales o a la leal competencia entre ellas, siendo este un requisito fundamental para denegar el acceso a la documentación que forma la oferta, no consta. No se niega por este Tribunal que la consideración de confidencial pueda concurrir en gran parte del documento de la Memoria Técnica, en este caso si consideramos el carácter altamente tecnificado del objeto del contrato. Ahora bien,

ello no implica que como en este caso pueda hacerse una declaración genérica, que no está documentada en el expediente, y sin una adecuada motivación.

Por otra parte el órgano de contratación sí que ha remitido adecuadamente a este Tribunal la totalidad de las ofertas de ambas adjudicatarias, y las aclaraciones y sus respuestas, lo que le ha permitido comprobar, por ejemplo, que entre las aclaraciones se plantean cuestiones tales como *“pág. 97 y 98 de la oferta: concejalía de la Mujer, Centro integral de protección de animales, Defensor del Discapacitado, ¿qué pasa?”* o *“Retirada de los equipos. Concretar la retirada de los equipos y el equipamiento obsoleto.”*, que a primera vista no inciden en elementos que puedan justificar el carácter confidencial de la pregunta, ni de la respuesta. A ello cabe añadir que si bien en las respuestas pueden incluirse aspectos atinentes a secretos comerciales, en las preguntas con carácter general, no se da tal presupuesto. Lo mismo puede predicarse una vez examinado el mismo por este Tribunal del informe de valoración de las ofertas de 8 de abril de 2015.

Por lo tanto procede que el órgano de contratación determine qué documentos de la oferta técnica considera a la vista de la declaración genérica de las adjudicatarias de los lotes 1 y 2 como confidenciales de forma justificada, así como de las respuestas realizadas a las preguntas realizadas en aclaración, considerando este Tribunal que las preguntas pueden ser examinadas por los interesados en el procedimiento con carácter general, salvo las que contengan una mención concreta a elementos propios de los secretos comerciales o de know how, para de acuerdo con dicha determinación, proceder a dar vista a la recurrente del resto, con los parámetros más arriba indicados, con el objeto de que pueda interponer, en su caso, recurso especial en materia de contratación en el plazo de 15 desde que se verifique dicho acceso, previo pronunciamiento expreso del órgano de contratación de los aspectos u elementos de las ofertas que deben ser consideradas confidenciales.

No procede entrar a conocer de la segunda de las cuestiones planteadas hasta tanto no se haya verificado el acceso al expediente en los términos indicados al objeto de que la recurrente pueda, en su caso, formular recurso fundado contra la adjudicación del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por doña M.B.C., en nombre y representación de Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de adjudicación del contrato de “Integración, conservación, mantenimiento y mejora de las plataformas de telefonía y accesos para el Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 87/15, lotes 1 y 2 en cuanto a la solicitud de examen de las ofertas y aclaraciones correspondientes a los lotes 1 y 2, debiendo poner de manifiesto el expediente en la extensión y en los términos más arriba señalados, para que en su caso, la recurrente pueda presentar recurso suficientemente fundado.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 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 49 del TRLCSP.