

Acuerdo de 13 de noviembre de 2019 del Pleno del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid sobre la publicación de los recursos especiales y de las reclamaciones en materia de contratación en el perfil de contratante de los órganos de contratación.

Primero.- El artículo 63 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) regula el perfil de contratante con el objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a la información y documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación. Así el citado artículo, entre otras informaciones a difundir a través de Internet, determina en su apartado 3 la información que al menos debe publicarse relativa a los contratos, recogiendo expresamente la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.

Igualmente el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé en su disposición adicional tercera que los órganos de contratación del sector público estatal deberán publicar en su perfil de contratante, residenciado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y con referencia a cada uno de los procedimientos de contratación convocados, la interposición de recurso especial en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento, la suspensión acordada, en su caso, y la resolución que se dicte en el mismo. Aunque este punto no tiene carácter básico es igualmente de aplicación a la Comunidad de Madrid al no contar el Reglamento general de contratación pública de la Comunidad de Madrid (RGPCM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, con un desarrollo específico al respecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 que prevé la aplicación supletoria de las normas estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico.

Asimismo el TACP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.7.4 de la Ley 5/2016, de 22 de julio, que modifica la regulación del artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por la que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, publica todos los acuerdos y resoluciones en la página web <http://www.madrid.org/es/tacp>, aplicando la disociación de datos personales y facilitando la información en formato abierto y reutilizable, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD).

Segundo.- Por otra parte la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, con entrada en vigor el 1 de enero de 2020 según su disposición final tercera, dispone que las entidades públicas, publicarán la información que expresamente relaciona, así como aquella cuyo acceso sea solicitado con mayor frecuencia, fijando el mínimo de información que en todo caso debe hacerse pública, y previendo los límites de la información que debe ser objeto de publicación, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, que en los casos en que debe hacerse pública se llevará a efecto previa anonimización de los mismos. En cuanto a la información que debe ser objeto de publicación sin solicitud previa, la citada Ley la establece de manera exhaustiva estructurada por bloques de materias, y concretamente el artículo 22 enumera la información a publicar de los contratos, sin que figuren los recursos especiales en materia de contratación.

Tampoco el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), prevé la publicidad de los recursos.

Tercero.- Este Tribunal ha constatado que algunos órganos de contratación no están efectuando la publicación en el perfil de contratante de los recursos especiales/reclamaciones en materia de contratación de acuerdo con la regulación prevista, bien por exceso o bien por defecto.

En este sentido recientemente se ha recibido en el Tribunal una queja de un recurrente por la publicación de su recurso especial en materia de contratación en el perfil de contratante del órgano de contratación alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. El escrito de interposición había sido remitido por el TACPM al órgano de contratación, junto con el requerimiento del expediente administrativo y el correspondiente informe, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP. El citado recurrente solicita a este Tribunal la adopción de medidas en protección de sus derechos ante la publicación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid del texto íntegro de su recurso en PDF descargable, manifestando que *“tal publicación supone revelación y quebranto de la tutela de datos personales, ‘Know How’ técnico y comercial, además, de ámbito jurídico, sino también, de los derechos de propiedad intelectual que se tienen en relación con los escritos originales, como es el presente caso”*. Asimismo, reclama la retirada de la publicación, para la que no ha dado autorización, obrando en el expediente de contratación un extenso escrito con la información de la proposición designada como confidencial por la empresa.

El artículo 56.3 de la LCSP prevé que tras la interposición, *“el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (...)”*. Asimismo, el punto 5 del citado artículo 56 prevé que *“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”*.

De toda la regulación citada se desprende claramente que la LCSP no obliga a la publicación del recurso en el perfil de contratante, sino únicamente a la interposición del recurso y en su caso a la suspensión del procedimiento. Además se ha de tener en cuenta que el escrito de interposición es un documento del recurrente en el que frecuentemente se recoge información sujeta a protección de datos de carácter personal, y que igualmente puede contener referencias a secretos técnicos o comerciales de la empresa, o a aspectos confidenciales de la oferta presentada, o a otras circunstancias cuyo contenido puede ser utilizado para falsear la competencia, en el procedimiento de licitación afectado o en otros posteriores, sin perjuicio de que a estos efectos también operen los límites a la confidencialidad previstos en el artículo 133.1 de la LCSP, y que del recurso se tenga que dar traslado a los interesados en el procedimiento para no perjudicar la defensa de sus intereses. Por ello se considera que la difusión íntegra del recurso a través de la publicación del escrito de interposición en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no procede al no garantizar la confidencialidad de los datos.

Cuarto.- El citado artículo 56.5 de la LCSP encomienda a los Tribunales de Contratación la custodia de la documentación obrante en su poder como resultado de los procedimientos tramitados ante los mismos, lo que conlleva la reserva de la confidencialidad y el respeto a los secretos comerciales de la documentación generada y aportada al procedimiento. Ello lleva aparejado la competencia para la adopción de las medidas precisas para garantizar esa confidencialidad y secretos comerciales, que, además, no se restringe a la fase anterior a la resolución del recurso sino que trasciende igualmente a la publicación de sus Resoluciones en su propio buscador que se hacen anonimizadas y desprovistas de toda información confidencial, en cumplimiento no solo de la LCSP sino también de la LOPDPGDD.

Asimismo, la LTAIPBG contempla en su artículo 26.2.b).2º como principio de actuación de buen gobierno *“la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias”*, y recoge como infracción disciplinaria leve en su artículos 29.3.b) *“El descuido o negligencia en el*

ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma”.

Por otra parte el citado artículo 133 de la LCSP habilita a los licitadores a designar como confidencial determinada documentación de sus proposiciones, confidencialidad que debe respetarse por la Administración: “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”. Información que no pierde su carácter confidencial porque se emplee su contenido en el texto del recurso especial en materia de contratación.

Y en todo caso sin olvidar los límites que el mismo artículo 133.1 de la LCSP establece al deber de confidencialidad del órgano de contratación, al disponer que *“no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato”*, respetando en todo caso lo dispuesto en la LOPDPGDD.

La finalidad de la publicación de la interposición del recurso es informar de la impugnación del contrato, no del contenido del escrito presentado por una persona física o jurídica con interés legítimo en el procedimiento. El conocimiento del escrito de interposición se circunscribe a los interesados, a los que se les da traslado en los términos señalados en el artículo 56.3 de la LCSP, y lo son aquellos cuyos derechos e intereses legítimos puedan verse afectados por las decisiones objeto del recurso en los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP, lo que presupone una valoración jurídica en cuanto al conocimiento del escrito del recurrente, debiendo tenerse en cuenta, en relación a su traslado, la documentación designada como confidencial por el recurrente, sin perjuicio del derecho de defensa de los demás interesados en el procedimiento de recurso.

Por todo lo expuesto, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 56.5 de la LCSP, y en virtud de lo establecido en 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, previa deliberación y por unanimidad

ACUERDA

Incluir en todos los requerimientos de expediente de contratación e informe que se realizan acompañando copia del escrito de interposición, como recordatorio al órgano de contratación, que debe publicarse la interposición del recurso en el perfil del contratante en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63.3 de la LCSP haciendo constar la siguiente información:

“Con fecha ... de de 20... la representación de la empresa ha interpuesto recurso especial (reclamación en su caso) en materia de contratación contra ... (indicar tipo de contrato, denominación y órgano de contratación)”

Igualmente, caso de que se haya impugnado la adjudicación o se haya comunicado expresamente por este Tribunal la adopción de medida cautelar, deberá publicarse la suspensión del procedimiento de contratación.

En ambos casos el órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá sustituir su Resolución de publicación de la interposición de recurso y de la eventual suspensión de la tramitación del contrato, por la publicación en el perfil de contratante de la correspondiente notificación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL