

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

En Madrid, a 18 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Asime S.A. (en adelante ASIMESA), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Gregorio Marañón de fecha 7 de marzo de 2024 por la que se adjudica el contrato de “Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones Térmicas y Frigoríficas, Control y Prevención de Legionelosis y ayudas de fontanería el Hospital U. Gregorio Marañón” número de expediente A/SER-021851/2023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el día 29 de noviembre en el DOUE y el día 27 de noviembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 6.760.237,76 euros y su plazo de duración será de 12 meses con posibilidad de prórroga por 36 meses más.

A la presente licitación se han presentado siete propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación se alcanza el momento procesal de la calificación de las ofertas; el 8 de marzo se notifica a los licitadores la adjudicación del contrato.

En fecha 12 de marzo, se solicita vista del expediente por parte del recurrente al órgano de contratación que es puesta a su disposición el 22 de marzo. ASIMESA accede a este, salvo las partes declaradas confidenciales en cuanto a las propuestas técnicas presentadas por los licitadores.

A la vista de la declaración como confidencial de la práctica totalidad de la oferta técnica presentada por el primer clasificado TECMAN, el recurrente eleva queja al órgano de contratación, quien previa comprobación con la empresa reitera el carácter confidencial de la documentación referida.

Tercero. - El 2 de abril de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASIMESA en el que solicita el acceso al expediente previo a la formulación de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.

El 5 de abril 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 haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo

establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del 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, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a TECMAN, adjudicatario del contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo, el adjudicatario presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 clasificada en segundo lugar, *“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 7 de marzo, notificado al día siguiente e interpuesto el

recurso, en este Tribunal el 2 de abril de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso motivando la denegación del acceso al expediente por parte del órgano de contratación, previo a la formulación del recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato, todo ello 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 44.2c) y 3 de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso el recurrente previa solicitud al órgano de contratación solicita el acceso al expediente que se materializa el 22 de marzo de 2024.

A la vista de lo exhibido confirma que la documentación técnica del adjudicatario ha sido declarada confidencial en su totalidad, por lo que solicita al Hospital la revisión de dicha confidencialidad, limitándose a parte de la propuesta y no a su totalidad.

El órgano de contratación se reitera en su consideración de declarar confidencial la parte así declarada por TECMAN en su momento procesal oportuno.

El recurrente ante la situación interpone el presente recurso a fin de obtener la vista de la documentación declarada confidencial por el adjudicatario basándose en los siguientes motivos:

1.- La declaración de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta

2.- Es preciso comprobar que lo declarado confidencial responde a dicha característica, es decir que verdaderamente refiera secretos comerciales. Es decir, debe motivarse la declaración de confidencialidad.

3.- Invoca numerosa doctrina de distintos Tribunales de Contratación sobre la declaración de confidencialidad de las ofertas, su alcance y efectos.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta y revela en su escrito de contestación al recurso los distintos correos electrónicos entre ese órgano de contratación y la recurrente, que tienen por motivo la liberación de la confidencialidad que afecta a la documentación técnica de la propuesta de la adjudicataria.

Asimismo, indica que la documentación presentada por la recurrente ha sido declarada confidencial en un 94 por ciento, incluyendo en esta declaración el contenido del sobre tres que refiere tanto oferta económica como criterios valorables bajo fórmula.

Respecto a la falta de motivación de la confidencialidad de la oferta de la adjudicataria manifiesta: *“La recurrente establece como partes confidenciales de su oferta (se adjuntan como Documentos 14 y 15) las declaraciones no motivadas de confidencialidad que aportan tanto en el SOBRE 2 como en el SOBRE 3. La recurrente indica:*

*- “Que los documentos y datos presentados en el sobre electrónico 2 se consideran de carácter **confidencial**, y son los que a continuación se relacionan:*

Documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor – Páginas 1 a 48 y 55 a fin del documento.”

Mencionar que la recurrente declara como confidencial 94 de las 100 páginas que constituyen la documentación técnica que presentan relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de juicio de valor. Lo no confidencial corresponde al punto 9.2.2.2. Plan de Gestión Ambiental. (...)”

En cuanto a las alegaciones propiamente dichas contra el recurso planteado el Hospital manifiesta que: *“ASIME, S.A. en su recurso refiere indefensión y atentado a la transparencia refiriéndose a una “confidencialidad” sin justificación alguna.*

Expresamente señala: “TECMAN no ha incluido un documento en el que expresen los motivos que justifiquen dicha confidencialidad de la totalidad de su oferta técnica, por lo que aquella no debe tener validez y por tanto no debería de tratarse como documentación confidencial y el Órgano de Contratación debería haber permitido a ASIME S.A. su visionado.”

Queremos hacer constar que las declaraciones de confidencialidad de la recurrente se presentan también sin justificación alguna, y no por ello se ha considerado esa manifestación de confidencialidad de ASIME S.A. como no válida, ni se ha dejado de tratar como confidencial, ni se ha permitido su visionado al resto de licitadores que han solicitado acceso al expediente al haber ratificado la recurrente su carácter confidencial.

Dicho lo anterior queremos hacer constar que ASIME S.A. recurre lo que ella misma no cumple.

Asimismo, la recurrente señala:

“En el presente caso, ni de inicio (TECMAN se limitó a declarar confidencial todo su sobre 2), ni tras nuestra solicitud de levantamiento de confidencialidad (el Órgano de Contratación dio por buena aquella sin dar traslado a la interesada y solicitarle que rzone aquella confidencialidad) se han dado motivos para que todo el sobre 2 quede privado del principio de transparencia.”

Los motivos han sido expresados a la recurrente como el Tribunal podrá comprobar por toda la documentación que se adjunta a este informe. De hecho, se solicitó por parte de la recurrente el levantamiento de confidencialidad, incidiendo en que ésta no

puede ser declarada de forma genérica sobre la totalidad de la documentación. En este sentido se les indicó que en ningún caso se extendía a todo el contenido de la oferta. A esto se refiere la recurrente, con todo respeto, en la página 5 de su recurso, tachando de cuestión de Perogrullo y no por ello, de puro obvio deja de ser menos cierto que no hay una manifestación de confidencialidad sobre la totalidad de la documentación.

Es la propia recurrente la que en su recurso se contradecirse al referir que la confidencialidad no tiene lugar en los sobres 1 y 3, y sin embargo establece confidencialidad para su propio sobre 3 y se ratifica en mantener dicha confidencialidad en el momento de acceso al expediente”.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta: *“Que a efectos del acceso que se conceda al resto de ofertantes ,y en relación con la información que se remita al citado tribunal, deben de tener en cuenta que la oferta presentada detalla procesos propios y exclusivos de nuestra compañía, de trascendente valor y know-how técnico, siendo homologables a un secreto técnico-comercial de especial sensibilidad, por lo que la administración contratante ha de preservar su contenido y evitar su divulgación a las empresas competidoras.*

Asimismo, hay otros aspectos protegidos, en virtud del cumplimiento de la LOPD 3/2018 y su posterior modificación de 09/05/2023., que afectan a personas físicas susceptibles de desempeñar funciones en el contrato objeto del concurso”

Indica así mismo: *“Que el órgano de contratación le comunica al recurrente que la limitación de confidencialidad de la oferta de TECMAN es similar a la que estableció la empresa recurrente en relación con su propia oferta.*

No puede ser más clara por tanto la improcedencia del recurso interpuesto”.

Vistas las posiciones de las partes nos encontramos ante una solicitud de levantamiento de la declaración de confidencialidad sobre parte de una proposición, que efectuada en plazo y forma, se refiere a la documentación de la adjudicataria del contrato.

A esta controversia se une la denuncia de la falta de motivación de dicha declaración de confidencialidad y el hecho cierto de alcanzar la totalidad de la documentación técnica presentada dentro del denominado sobre dos.

Encontramos también el hecho frecuente de que el recurrente ha declarado confidencial su documentación en los mismos extremos y en coincidencia, cuando no mayor extensión, de la declarada por aquel que ahora ve solicitada su levantamiento.

Tal y como este Tribunal manifestó en su Resolución nº 60/2023 de 9 de febrero de 2023 *“Por último informa al Tribunal que la UTE recurrente ha calificado toda su documentación como confidencial, por lo que en aplicación de la doctrina del Tribunal al que se dirige, Resolución 72/2018 del TACP de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo, a saber “ Sexto.- Solicita, en segundo lugar y de forma subsidiaria la recurrente, acceso al expediente administrativo al objeto de poder examinar la oferta de Omnium que ha sido declarada confidencial. El Tribunal comprueba que los documentos declarados confidenciales por Omnium, han sido igualmente declarados confidenciales por la recurrente por lo que en base al principio de reciprocidad y de igualdad de trato no procede dar acceso a los mismos puesto que han de tener igual tratamiento para ambas empresas. Tal y como establecen las sentencias del 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”.

Esta misma postura se mantiene en numerosas resoluciones y más recientemente en la Resolución 54/2024, de 15 de febrero.

Por todo lo cual se deniega el levantamiento del secreto de la parte declarada como confidencial de la documentación presentada por TECMAN en la licitación que nos ocupa y en consecuencia no apreciándose la indefensión alegada se desestima el recurso contra la adjudicación por carecer de fundamentación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 presentado por la representación legal de ASIME S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones Térmicas y Frigoríficas, Control y Prevención de Legionelosis y ayudas de fontanería el Hospital U. Gregorio Marañón” número de expediente A/SER-021851/2023, y en concreto para la obtención de la vista de la documentación declarada confidencial por el adjudicatario con carácter previo a la formulación de motivos de recurso contra la adjudicación del contrato referido.

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 automática prevista en el artículo 53 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.