

Recurso nº 407/2022

Resolución nº 403/2022

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ENERO ARQUITECTURA, S.L.P. contra la Resolución de 2 de septiembre de 2022 del director gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada por la que se adjudica el contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y dirección facultativa, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud para la construcción de un nuevo edificio para la unidad de protonterapia adyacente al servicio de oncología radioterapia del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente: PA S22-003, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 15 de marzo de 2022 en el DOUE, el 16 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 25 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 675.000,00 euros y su plazo de duración será de cuatro meses.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Realizados los trámites correspondientes del procedimiento de licitación, mediante Resolución de 2 de junio de 2022 del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada se adjudica el contrato de referencia a la entidad Enero Arquitectura, S.L.P.

El 23 de junio de 2022, se presenta recurso especial en materia de contratación formulado por Argola Arquitectos Puai, S.L.P., Proyectos Mecánicos de Instalaciones Industriales, S.A. (PROMEC), Otxotorena Arquitectos, S.L.P., que concurren en UTE y es estimado por este Tribunal mediante la Resolución 272/2022, de 14 de julio, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de que se le dé trámite de subsanación al recurrente para que *“aportase los certificados correspondientes, en relación con lo declarado en su oferta sin que pueda implicar una modificación de la misma y siempre que dichos certificados se correspondan con anterioridad a la fecha final del plazo de presentación de ofertas”*.

El 2 de septiembre de 2022, se adjudica el contrato de referencia a la UTE.

Tercero.- Con fecha 4 de octubre de 2022, se ha recibido en este Tribunal escrito de ENERO formulando recurso contra la adjudicación del contrato solicitando acceso al expediente de contratación para proceder a completar y fundamentar su recurso.

El órgano de contratación ha remitido el expediente administrativo el 19 de octubre y el informe preceptivo de conformidad con lo establecido en 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 recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 del 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 (RPER), 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.- 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 46.1 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 recurso, y de acuerdo con el artículo 52 de la LCSP y 29.3 del Real Decreto 814/2015, 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, le corresponde decidir previamente sobre la concesión del acceso al expediente administrativo solicitado.

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 se interpuso en plazo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de septiembre, publicado el 13 de septiembre e interpuesto el recurso el 4 de octubre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles que establece el artículo 50.1 de la LCSP

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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 primer lugar, procede analizar si corresponde conceder al recurrente el acceso al expediente en los términos solicitados.

Alega el recurrente que el día de la vista del expediente se le negó el acceso a determinada documentación. Concretamente, se negó la consulta de la documentación obrante en el sobre 1, documentación puramente administrativa que no encaja en los supuestos previstos por la norma para limitar su acceso, admitiendo tan solo proporcionar el documento de promesa de UTE, sin que conste ni se certifique que tal documento se encontraba en el sobre 1 presentado por ARGOLA. También se negó la posibilidad de conocer la autoría del documento de la memoria y propuesta técnica, y simplemente se nos aseguró que toda la documentación de la UTE estaba firmada por su Administrador (sic) D. L. G. S. y, por último, los certificados que se nos han proporcionado (los aportados por la UTE en el nuevo proceso de valoración) son meras fotocopias que no permiten comprobar la autenticidad, en su caso, de las firmas electrónicas que en ellos figuran.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el recurrente formaliza su solicitud con fecha 19 de septiembre de 2022, debiendo de haberse facilitado el acceso con fecha 26 de septiembre de 2022 y no en fecha 30 de septiembre, como así se hizo. No obstante, considera que como el acceso al expediente se materializó con carácter previo a la interposición del recurso, no procede conceder un nuevo acceso. Además, señala que el plazo para presentar el recurso finalizada el 5 de octubre, plazo que no fue agotado por el recurrente pues que lo interpuso el 4 de octubre.

En cuanto a la concreción de los documentos sobre los que se facilitó el acceso, lo alegado por el recurrente no se corresponde con lo acontecido, como tampoco con cuanto figura en el cuerpo del acta de la mesa de contratación emitida con motivo de la comparecencia del acceso al expediente.

La relación de documentos facilitados a la empresa recurrente es: Actas, Certificados de experiencia hospitalaria de las empresas de la UTE; certificados de experiencia en instalaciones de radioterapia de las empresas de la UTE y certificados de experiencia en protones-medicina nuclear de las empresas de la UTE; compromiso de formalización de la UTE y el recurso especial que en su día formuló la representación de las empresas de la UTE. Todos los documentos se facilitaron en un dispositivo pen drive.

Además de la entrega de copia de la documentación detallada se permitió el visionado de la pantalla del aplicativo VORTAL donde quedaba reflejada la documentación administrativa obrante en el expediente respecto de las empresas que constituirían la UTE. Entre los detalles verificables pudieron comprobar la identidad de la persona que firmó cada uno de los documentos, la fecha en la que se firma y el tipo de documento que se incorporó al expediente.

En cuanto a la autoría de la Memoria, lo literalmente solicitado por el ahora recurrente fue *“página de la Memoria presentada por ARGOLA ARQUITECTOS en el*

sobre 2 donde conste la autoría del documento". La Memoria, así como la propuesta gráfica arquitectónica (planos de edificio e instalaciones), fueron declarados documentos confidenciales por el representante de la futura UTE.

Entendiendo que lo interesado era conocer qué profesional era firmante del documento, a los asistentes al acto de revisión del expediente se les mostró la pantalla del aplicativo VORTAL, relativa al punto de la Memoria, donde constan tales extremos.

En relación con la autenticidad de los documentos acreditativos de la experiencia, manifiesta el órgano de contratación que los documentos aportados por la empresa actual adjudicataria se encuentran firmados, siendo además que para ser incorporados a la plataforma VORTAL, se exige a su vez firma certificada, extremo que redunda en la presunción de autenticidad por parte de quien los presenta. Este extremo fue comprobado por la empresa ahora recurrente con la exhibición de la correspondiente pantalla de la plataforma VORTAL, donde figuran los documentos, además de hacerles entrega de copia de los mismos.

El recurrente, más allá de la mera manifestación, no aporta prueba alguna que permita cuestionar la autenticidad de los documentos presentados por la futura UTE.

Vistas las alegaciones de las partes este Tribunal procede al examen del expediente y en el mismo se comprueba que:

- ENERO solicita acceso al expediente de la siguiente documentación:
 1. *"Contenido del Sobre nº1 (documentación administrativa) de ARGOLA ARQUITECTOS.*
 2. *Página de la Memoria presentada por ARGOLA ARQUITECTOS en el sobre 2, dónde conste la autoría de dicho documento.*
 3. *Recurso completo (incluida documentación aneja) presentado por ARGOLA ARQUITECTOS y otros.*

4. Certificados aportados por ARGOLA ARQUITECTOS y otros, tras la resolución estimatoria de su recurso por el Tribunal de Contratación (todos los reflejados en el Acta nº 30 de la Mesa de Contratación).
5. Actas nº 16,17,18 y 19 de la Mesa de Contratación”.

A la vista de esta solicitud, el órgano de contratación solicita a la UTE que indique los documentos que declarara confidenciales. En contestación señala lo siguiente:

“(...) Se declara CONFIDENCIAL:

- 1.- Planos del edificio de Prototerapia.
- 2.- Memoria de instalaciones.
- 3.- Planos de instalaciones.

Los tres grupos de documentos (1,2 y 3) indicados incluyen aspectos y datos de otros proyectos previos que suponen el KNOW how de las empresas que se presentan en UTE.

La información referida y aportada según indicado sirve a la configuración de las estrategias comerciales propias de la UTE PROTENTERAPIA FUENLABRADA (ARGOLA-OTXOTORENA-PROMEC) teniendo por tanto un valor comercial innegable para la entidad, constituyéndose como un secreto comercial.

Esta información responde a las premisas básicas del funcionamiento de esta casa comercial y se inserta en un compendio de información específicamente protegida por cuanto su diseño y explotación han mantenido en un plano ajeno al dominio público para el mantenimiento de su virtualidad práctica.

(..)”.

El 30 de septiembre de 2022, se reúne la mesa de contratación para analizar la documentación solicitada por ENERO, y se acuerda que se va a entregar toda, excepto el contenido del Sobre 1 (documentación administrativa); recurso completo presentado por Argola Arquitecto y otros, certificados aportados por ellos tras la resolución estimatoria de este Tribunal; actas nº 16, 17,19 y 22. A esta reunión asisten representantes de ENERO y de la UTE.

Se pone de manifiesto lo siguiente en el Acta:

“El representante de la empresa Enero, D. A. M^a T. y N., manifiesta que quiere conocer la autoría de la memoria y el proyecto de la empresa UTE PROTONTERAPIA FUENLABRADA. Uno de los Representantes de la empresa UTE PROTONTERAPIA, D. I. A. S., manifiesta que no es un proyecto sino una propuesta técnica.

La Jefa de Área de Suministros, manifiesta que en la documentación administrativa está el compromiso de UTE firmado por las tres empresas miembros de la misma, y que por lo tanto toda la documentación integrada en el expediente está avalada por dicho compromiso. Se les enseña el mismo a los dos representantes de la empresa ENERO ARQUITECTURA.

Se les enseña, además, en VORTAL que toda la documentación de la empresa UTE PROTONTERAPIA FUENLABRADA está firmada por el Administrador de la UTE, D. L. G. S.

La empresa ENERO ARQUITECTURA reclamaba el acta intermedia nº 18 y la Jefe de Área de Suministros manifiesta que el número de las actas, no es correlativo porque se le asigna el número correspondiente al acta que toque desde el 1 de enero de 2022, ya que es correlativo y el acta nº 18 corresponde a otro expediente de contratación.

Se facilita a la empresa que ha solicitado la revisión de la documentación la siguiente documentación a excepción DEL CONTENIDO DEL SOBRE 1 (DEOC. ADMINISTRATIVA) que el HUF considera confidencial, no obstante el compromiso de UTE se les va a entregar a la empresa ENERO ARQUITECTURA ya que los dos representantes de la UTE PROTONTERAPIA FUENLABRA han admitido su entrega:

- 1. Documento de compromiso de UTE.*
- 2. Recurso completo (incluida documentación aneja) presentado por ARGOLA ARQUITECTOS y otros.*
- 3. Certificados aportados por ARGOLA ARQUITECTOS y otros, tras la resolución estimatoria de su recurso por el Tribunal de Contratación (todos los reflejados en el Acta nº 30 de la Mesa de Contratación)*
- 4. Actas nº 16,17 y 19 de la Mesa de Contratación”.*

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 133 de la LCSP 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 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*”.

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», señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 133 de la LCSP) 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 de 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”*.

Asimismo, 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. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal.

Dicho lo anterior procede analizar si procede acordar la solicitud de acceso al expediente solicitada por el recurrente considerando que el órgano de contratación ya le dio traslado de diversa documentación y le permitió el visionado de otra tanta información.

Alega el recurrente que se le negó la posibilidad de conocer la autoría del documento de la memoria y propuesta técnica y que simplemente se les aseguró que toda la documentación de la UTE estaba firmada por su Administrador. Al respecto indicar que lo que solicitó el recurrente fue *“Pagina de la Memoria presentada por ARGOLA ARQUITECTOS en el Sobre nº 2, dónde conste la autoría de dicho documento”*. La Memoria es declarada confidencial por lo que el órgano de contratación optó por mostrar en la pantalla del aplicativo VORTAL, relativa al punto de la Memoria, donde constan tales extremos. Se comprueba por este Tribunal que la Memoria está firmada por L. G. E. tal y como le informó el órgano de contratación por lo que en este punto el Hospital dio el debido cumplimiento a lo solicitado por ENERO.

Añade el recurrente que los certificados que se les han aportado (los aportados por la UTE en el nuevo proceso de valoración) son meras fotocopias que no permiten comprobar la autenticidad, en su caso, de las firmas electrónicas que en ellos figuran.

De acuerdo con la disposición adicional cuarta de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas tiene carácter supletorio. Al respecto, el artículo 53.1. a) de dicha Ley, relativo a los derechos de los interesados en el procedimiento, señala que *“Los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos: (..) Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los documentos contenidos en los citados procedimientos”*. En consecuencia, se estima suficiente que el órgano de contratación haya entregado al recurrente copia de los documentos.

Por último, quedaría por determinar si se debe dar acceso a la documentación contenida en el sobre 1, que como manifiesta ENERO es mera documentación administrativa.

Entre esta documentación se encuentra el compromiso de UTE que fue entregado por el órgano de contratación al recurrente. Respecto a la circunstancia de que el Hospital no haya certificado que ese documento se encontraba en el sobre 1 decir que en primer lugar el recurrente no lo solicitó y en segundo lugar existe una presunción de veracidad de las actuaciones administrativas.

Es preciso recordar que el acceso al expediente es instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus intereses legítimos. Tiene una función finalista, de tal forma que sirva para que el recurrente pueda defender sus pretensiones y *“completar su recurso”*. En estos términos se manifiesta en el artículo 52.3 de la LCSP y el del Real Decreto 814/2015, 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. Igualmente, ENERO en su solicitud indica *“con el fin de completar el recurso”*.

Llama la atención a este Tribunal que a pesar de la ingente documentación que le trasladó el órgano de contratación como son el compromiso de UTE, recurso completo de la UTE, en el que se incluye la documentación aneja, constando entre ella la experiencia profesional de los últimos tres años, certificados que aporta en trámite de subsanación, etc., la entidad ENERO no concreta lo más mínimo en que manifiesta su oposición al acto impugnado, simplemente se limita a decir: *“De resultas de la nueva valoración, se produjo una nueva adjudicación, publicada el día 13 de septiembre de 2022, en favor de la UTE que a juicio de mi representada, pudiera incurrir en irregularidades jurídicas constitutivas de infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público”*.

A juicio de este Tribunal, el recurrente disponía de suficiente información para fundamentar, aunque sea mínimamente su recurso. El acceso al expediente de contratación, no es baladí, es un trámite que debe tratarse con rigor considerando los retrasos que produce en la tramitación de los procedimientos de licitación.

En el presente supuesto, el órgano de contratación permitió al recurrente acceder al expediente de acuerdo con lo solicitado, faltando únicamente por entregar los DEUC y las declaraciones relativas al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad y plan de igualdad y el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato medios personales y/o materiales. Esta documentación son simples declaraciones que si finalmente el licitador es propuesto adjudicatario deberá presentar la documentación acreditativa de lo declarado.

Por ello, el órgano de contratación cumplió con el trámite de acceso al expediente de contratación y en consecuencia se deniega el acceso a la documentación solicitada sin que se produzca indefensión al interesado por todo lo expuesto anteriormente.

Denegado el acceso a la información solicitada procede resolver el recurso interpuesto.

El recurrente alega que “*De resultas de la nueva valoración, se produjo una nueva adjudicación, publicada el día 13 de septiembre de 2022, en favor de la UTE que a juicio de mi representada, pudiera incurrir en irregularidades jurídicas constitutivas de infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público*”.

No fundamenta en que consisten esas irregulares jurídicas por lo que el recurso carece manifiestamente de fundamento que impide a este Tribunal pronunciarse sobre la conformidad a derecho o no del acto impugnado.

Por ello procede la inadmisión del recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.e) de la Ley 39/2015, de aplicación supletoria a la LCSP, que establece como causa de inadmisión carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

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.- Denegar el acceso al expediente del contrato “Servicio de redacción de proyecto básico y dirección facultativa, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud para la construcción de un nuevo edificio para la unidad de protonterapia adyacente al servicio de oncología radioterapia del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente: PA S22-003.

Segundo.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENERO ARQUITECTURA, S.L.P. contra la Resolución de 2 de septiembre de 2022

del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada por la que se adjudica el contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y dirección facultativa, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud para la construcción de un nuevo edificio para la unidad de protonterapia adyacente al servicio de oncología radioterapia del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente: PA S22-003, por carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- 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.