



Recurso nº 360/2014. C.A. Principado de Asturias 025/2014
Resolución nº 417/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.J.P.S. en presentación de la empresa EULEN, S.A., contra el acto de puesta de manifiesto del expediente, contra el acuerdo de adjudicación y contra el contrato (documento de formalización contractual) correspondientes al procedimiento de contratación de los “Servicios de limpieza, gestión de residuos, control de plagas, limpieza y conservación de viales y jardines del nuevo Hospital Universitario Central de Asturias” (Expediente PA 117-13) adoptados por la Gerencia de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias (en adelante, GISPASA) convocó, mediante anuncios publicado en el DOUE y en el BOE los días 17 y 19 de septiembre de 2013, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios de limpieza, gestión de residuos, control de plagas, limpieza y conservación de viales y jardines del nuevo Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), cuyo valor estimado es de 80.913.676,30 euros.

Segundo. Previos los trámites legales oportunos, por resolución de 20 de febrero de 2014 se acordó la adjudicación del contrato de referencia a la empresa LACERA SERVICIOS y MANTENIMIENTO, S.A.

Tercero. La empresa EULEN, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato de referencia, recurso que fue

parcialmente estimado por este Tribunal en su Resolución 288/2014, de 4 de abril (recurso nº 197/2014), en la que se ordenó *“la retroacción de las actuaciones al momento posterior al de la notificación de la adjudicación, al objeto de que por el órgano de contratación se dé vista del expediente al recurrente comprensiva de la parte de la oferta técnica del adjudicatario no incurso en confidencialidad de acuerdo con lo indicado en el Fundamento de Derecho Décimo, desestimando el recurso en todo lo demás.”*

Cuarto. En cumplimiento de la referida Resolución, con fecha de 10 de abril de 2014 GISPASA dirigió escrito a la empresa EULEN, S.A. indicando tres posibles fechas en las que, a elección de la interesada, ésta podría evacuar el trámite de vista del expediente de contratación.

La comparecencia para la vista del expediente tuvo lugar el 15 de abril de 2014.

Consta en el expediente (documento nº 13) que, con fecha de 16 de abril de 2014, EULEN, S.A. solicitó copia de determinados documentos de la oferta técnica de la adjudicataria, que le fueron remitidos por GISPASA el 21 de abril de 2014.

Quinto. Con fecha de 2 de mayo de 2014 la empresa EULEN, S.A. interpuso nuevo recurso especial en materia de contratación, impugnando el trámite de vista del expediente, el acuerdo de adjudicación y el contrato (documento de formalización) relativos al contrato de referencia.

Dicho recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1º) La declaración de confidencialidad efectuada por la adjudicataria y aceptada por el órgano de contratación le impide formular un recurso especial con las debidas garantías, vulnera los principios de igualdad y transparencia e incumple la doctrina establecida por este Tribunal en su Resolución 288/2014, pues el órgano de contratación no ha verificado si la confidencialidad declarada por la adjudicataria responde efectivamente al secreto comercial o industrial.

2º) El contrato (documento de formalización contractual) celebrado entre GISPASA y la adjudicataria debe ser anulado porque así lo exigía, a juicio de la recurrente, la

Resolución 288/2014, que ordenaba la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la notificación de la adjudicación.

Añade la recurrente que el órgano de contratación ha infringido lo dispuesto en el artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), pues la formalización del contrato no se ha publicado en el perfil del contratante.

3º) Irregular nombramiento de la Comisión de Valoración, pues las cláusulas 13.1 y 13.3 del Pliego de Cláusulas Jurídicas aplicable al contrato exigían que el nombramiento de sus miembros se efectuase por el órgano de contratación, esto es, por el Consejo de Administración, y sin embargo su designación se realizó por el Director Gerente de GISPASA.

4º) Incumplimiento de los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), por configurar los Pliegos como criterios sujetos a juicios de valor determinados aspectos (apartados 2.1.2, 2.2.2, 2.3.2 y 2.4.2, relativos al “nivel de respuesta de determinados servicios para situaciones de emergencia”, y los apartados relativos a cursos de formación) que se han valorado de forma automática, infringiendo con ello la regla de que los criterios cuantificables de forma automática se valoren siempre con posterioridad a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

Añade la recurrente que en la interposición de este segundo recurso especial no existe ánimo dilatorio alguno por su parte, pues ni siquiera va a solicitar la suspensión de la tramitación, considerando que en su interposición ha respetado el mandato de la Resolución 288/2014, pues se aducen motivos de recurso distintos de los en su día alegados, salvo el motivo que fue objeto de estimación.

Sexto. El día 5 de mayo de 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso interpuesto, acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En dicho informe GISPASA denuncia la falta de anuncio previo al recurso por parte de la empresa recurrente, y sostiene la improcedencia de examinar nuevos motivos de recurso distintos y completamente ajenos al único motivo estimado por el Tribunal en la Resolución 288/2014, motivos que, en su caso, debieron alegarse en el primer recurso interpuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

1º) En el trámite de puesta de manifiesto del expediente se ha respetado plenamente lo ordenado por el Tribunal en la Resolución 288/2014, pues se ha dado vista a la recurrente de toda la oferta técnica de la adjudicataria, a excepción de las 40 páginas de las 842 que conforman dicha oferta que fueron declaradas confidenciales por la adjudicataria al tiempo de la presentación de su proposición, lo que objetivamente no puede considerarse una parte extensa de dicha oferta técnica, atendiendo al volumen total de documentación, y resulta coherente por estar vinculados todos los aspectos declarados confidenciales con aspectos relativos a los medios humanos de la adjudicataria.

2º) La formalización del contrato es ajustada a Derecho y responde al levantamiento de la suspensión acordada por el Tribunal el 19 de marzo de 2014, *“de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites”*.

En cuanto a la publicación de la formalización en el perfil del contratante, señala el órgano de contratación que, en defecto de un plazo concreto en el artículo 154 del TRLCSP, entiende aplicable el plazo de 48 días naturales previsto para publicar el anuncio de formalización en el BOE, por lo que, habiéndose formalizado el contrato el día 24 de marzo de 2014, todavía estarían en plazo para dicha publicación.

3º) La designación de los miembros de la Comisión de Valoración por el Director Gerente de GISPASA se ajustó a las instrucciones del Consejero de Sanidad y dicha designación fue ratificada por el Consejo de Administración en su sesión de 11 de septiembre de 2013.

4º) Los criterios de valoración contenidos en los apartados 2.1.2, 2.2.2, 2.3.2 y 2.4.2, y los relativos a cursos de formación, aunque se hayan valorado aplicando criterios cuantitativos, exigían una previa justificación de cumplimiento cuya apreciación requiere necesariamente un juicio de valor.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 13 de mayo de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa adjudicataria, LACERA SERVICIOS y MANTENIMIENTO, S.A., que se opone a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

1º) Con carácter general, los principios de seguridad jurídica y de preclusión de trámites impiden plantear dos veces recuso especial frente a un mismo acto, máxime cuando para el segundo recurso han transcurrido sobradamente los 15 días hábiles de plazo previstos al efecto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Ninguna de las alegaciones de la recurrente en este segundo recurso se refiere, ni directa ni indirectamente, a cuestiones que tengan que ver con el contenido de la oferta técnica cuyo acceso le fue inicialmente negado, y eso aunque se ha levantado la confidencialidad de 634 folios de los 677 de la oferta técnica de la adjudicataria anteriormente afectados por la declaración de confidencialidad.

2º) Considera, en segundo lugar, que dos de los actos recurridos, el acto de trámite de vista del expediente y el de formalización del contrato, no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, pues el primero no puede considerarse un acto de trámite cualificado, a los efectos del artículo 40.2.a) del TRLCSP, ni el “contrato” (documento de formalización del contrato) es un acto susceptible de recurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.2 citado.

3º) La declaración de confidencialidad y el trámite de vista del expediente se ajustan plenamente a la Resolución 288/2014. En el supuesto examinado en el primer recurso especial (recurso nº 197/2014) la adjudicataria amplió la declaración de confidencialidad inicialmente formulada a la mayor parte de los documentos integrantes de su oferta técnica (el 79,64%). En cumplimiento de la Resolución 288/2014, se mantuvo la confidencialidad de aquellos documentos que fueron expresamente declarados

confidenciales por la adjudicataria al tiempo de presentar su oferta, lo que representa un 5,05% de la oferta técnica (43 páginas). El hecho de que no conste en el expediente la verificación por el órgano de contratación del carácter confidencial de dichos documentos no implica que dicho juicio y análisis no se haya producido, siendo así que la declaración de confidencialidad no impide a la recurrente interponer recurso especial fundado, pues en ningún caso afecta a apartados completos de la oferta técnica, sino a partes muy reducidas de la misma.

Por lo demás, dichos documentos incorporan secretos comerciales y estratégicos que la adjudicataria considera de gran importancia, que serán utilizados en posteriores licitaciones, y cuyo conocimiento por otros competidores directos le afectaría muy negativamente.

4º) La formalización del contrato trae causa en el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal el 19 de marzo de 2014, sin que la publicación de dicha formalización en el perfil del contratante esté sujeta a plazo en el TRLCSP, como no sea el de 48 días para la publicación de dicho acto en el DOUE y en el BOE, publicación que se ha cumplimentado los días 7 y 13 de mayo, respectivamente, habiéndose publicado también la formalización del contrato en la *web* de GISPASA el 15 de mayo de 2014.

5º) La pretensión de irregular nombramiento de la Comisión de Valoración es extemporánea, pues las circunstancias alegadas ya eran conocidas al tiempo de formularse el primer recurso especial.

6º) Las pretensiones relativas al incumplimiento de los artículos 26 y 30.2 del TRLCSP implican una impugnación de los Pliegos extemporánea, al no haberse recurrido éstos en tiempo y forma. Sin perjuicio de lo anterior, los criterios de valoración que se enumeran por la recurrente exigen un juicio subjetivo de verosimilitud del cumplimiento de las condiciones ofertadas por las licitadoras

Añade la empresa adjudicataria, frente a la ausencia de ánimo dilatorio manifestado por la recurrente, que el retraso en la tramitación se produce automáticamente al recurrirse la adjudicación, y que la eventual temeridad en la interposición del recurso depende

además de factores como plantear el recurso contra actos no susceptibles de ser recurridos, o de extralimitarse la impugnación del objeto prefijado en la Resolución 288/2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de 3 de octubre de 2013, publicado en el BOE de 28 de enero de 2013.

Segundo. La legitimación de la entidad recurrente (artículo 42 TRLCSP) ya ha sido reconocida en la Resolución 288/2014, dado que la empresa EULEN, S.A. concurrió a la licitación y su oferta ha obtenido la segunda mejor puntuación, por lo que la eventual anulación de la resolución de adjudicación podría implicar la adjudicación del contrato a su favor.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 16 del TRLCSP.

El recurso se dirige contra tres concretos actos del procedimiento de contratación, cuyo encaje en el artículo 40.2 del TRLCSP exige un examen más detenido por parte del Tribunal.

De acuerdo con el citado precepto, podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad

de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.”

Se recurre, en primer lugar, la resolución de GISPASA por la que se acordó la adjudicación del contrato a la empresa LACERA SERVICIOS y MATENIMIENTO, S.A., acto susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) TRLCSP.

En segundo lugar, se impugna el contrato (documento de formalización del contrato de servicios de continua referencia), acto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.2 del TRLCSP, no es susceptible de recurso especial, como ha declarado el Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resolución 624/2013, de 13 de diciembre). Procede, en consecuencia, inadmitir parcialmente el recurso en lo que a la impugnación del contrato (documento de formalización contractual) se refiere, ello sin perjuicio de que, si hubiere lugar a entrar en el fondo de los motivos de recurso alegados respecto a este acto, *quod non*, el Tribunal comparta las alegaciones formuladas por el órgano de contratación y por la empresa adjudicataria, y que quedan recogidas en los Antecedentes de Hecho Sexto y Séptimo de esta Resolución.

Por último, se recurre el acto de trámite de puesta de manifiesto del expediente de contratación, que la recurrente considera incorrectamente evacuado por el órgano de contratación y lesivo de sus derechos e intereses legítimos. Como ya se ha indicado, el artículo 40.2.b) del TRLCSP declara recurribles *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. Con carácter

general, es discutible que los actos de vista del expediente de contratación puedan considerarse actos de trámite cualificados, a los efectos del artículo 40.2.b), pues la eventual indefensión o perjuicio sería reparable al ser susceptible de impugnación el posterior acto de adjudicación. Como quiera que en el presente caso la recurrente ya invocó indefensión o perjuicio en el anterior recurso 197/2014 y lo que se cuestiona es precisamente la adecuación a Derecho y a la Resolución 288/2014 del nuevo trámite de vista del expediente conferido, que según la recurrente le impide interponer un recurso fundado contra la adjudicación, se entrarán a examinar los motivos de recurso vinculados al acto de puesta de manifiesto del expediente de contratación.

Cuarto. También requiere mención especial el examen del cumplimiento del requisito de interposición del recurso en el plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Al ordenar la Resolución 288/2014 la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior al de la notificación de la adjudicación, para que se dé a la recurrente vista de la parte de la oferta técnica de la adjudicataria no incurso en confidencialidad a fin de que pueda formular, en su caso, nuevo recurso contra la adjudicación, se reabre desde la fecha de la notificación de la Resolución el plazo para recurrir la adjudicación. Por su parte, el plazo de quince días para recurrir el acto de trámite de vista del expediente empieza a correr desde la fecha en la que se evacuó dicho trámite (el 15 de abril de 2014), momento en el que la recurrente pudo tener conocimiento de la posible infracción (artículo 44.2.b). Ambos actos han de entenderse recurridos en plazo.

Ahora bien, interesa destacar que en la Resolución 288/2014 el Tribunal examinó y desestimó los numerosos motivos de impugnación aducidos por la recurrente en su recurso nº 197/2014, estimando única y exclusivamente el motivo relativo a la declaración de confidencialidad de la oferta técnica de la adjudicataria, confidencialidad cuyo alcance y extensión se entendió que podía impedir a la recurrente interponer recurso suficientemente fundado contra el acto de adjudicación. Pues bien, es a este concreto aspecto al que debería circunscribirse el recurso que ahora se examina, sin que la Resolución 288/2014 en modo alguno reabra los plazos para recurrir actos firmes y consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

De la enumeración de los motivos de recurso recogida en el Antecedente de Hecho Quinto de esta Resolución se desprende que la recurrente invoca una serie de motivos completamente ajenos a la cuestión que procede debatir, motivos que pudieron ser aducidos en su primer recurso y cuya alegación ahora es completamente improcedente y extemporánea. Tal es el caso de las alegaciones relativas al irregular nombramiento de los miembros de la Comisión de Valoración, y al supuesto incumplimiento de los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, siendo así que, además, este último motivo de recurso se vincula a la incorrecta configuración en los Pliegos de determinados criterios de adjudicación (que, a juicio de la recurrente, deberían ser automáticos y no criterios sujetos a juicio de valor), lo que, por lógica coherencia, debería haber dado lugar a la impugnación de los Pliegos en su día por la recurrente. Al no haberlo hecho, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP y en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Jurídicas aplicable al contrato, ha de entenderse que la presentación de proposición por la recurrente implica la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas del Pliego, sin salvedad ni reserva alguna, deviniendo los Pliegos, conforme a reiteradísima jurisprudencia, la *lex contractu*.

Por lo expuesto, procede inadmitir, por extemporáneos, los motivos de recurso enumerados con los números 3º y 4º en el Antecedente de Hecho Quinto de esta Resolución.

Quinto. No consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación previsto en el artículo 44.1 TRLCSP.

Ello no obstante, y como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resoluciones 20/2014, de 17 de enero ó 198/2014, de 7 de marzo), el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer el pertinente recurso, lo cual se consigue, igualmente, cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición del recuso, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe. El principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar

la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante.

Por tanto, la ausencia de anuncio previo del recurso no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y el dictado de una resolución sobre el fondo del recurso

Sexto. De acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, el examen del Tribunal se ha de limitar al primer motivo de recurso aducido por la recurrente (eventuales defectos en la declaración de confidencialidad de la oferta técnica de la adjudicataria), al haberse inadmitido el motivo segundo, relativo a cuestiones vinculadas al acto de formalización del contrato (que no es un acto susceptible de recurso especial), y por haberse inadmitido por extemporáneos los motivos de recurso 3º (irregular nombramiento de los miembros de la Comisión de Valoración) y 4º (incumplimiento de los artículos 26 y 30.3 del Real Decreto 817/2009).

Entrando, pues, en los motivos de fondo de ese primer y único motivo de recurso, se constata que la recurrente impugna formalmente el acto de adjudicación, pero no efectúa ninguna alegación tendente a justificar su inadecuación a Derecho. Sus alegaciones se refieren únicamente a la improcedente declaración de confidencialidad de la oferta técnica de la adjudicataria que, a su juicio, le sigue impidiendo formular un recurso fundado contra la adjudicación.

El Tribunal no comparte esta apreciación y considera que el trámite de puesta de manifiesto del expediente, con exclusión de los documentos afectados por la declaración de confidencialidad formulada inicialmente por la adjudicataria, se ajustó a Derecho y a los pronunciamientos de la Resolución 288/2014.

En dicha Resolución se formularon las siguientes consideraciones:

“b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad.

Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer 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 su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la ‘divulgación de la información’; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida.

El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas).

A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.

En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que ‘puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación

incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado’.

Consta en el expediente de contratación que se examina que, a lo largo de la licitación, la empresa EULEN, S.A. solicitó en varias ocasiones el acceso a la documentación integrante de la proposición de LACERA, SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S.A., y que dicho acceso fue negado por el órgano de contratación alegando (...) el carácter confidencial de buena parte de dicha documentación, según lo declarado por la empresa LACERA.

(...).

Sin embargo, el Tribunal no considera ajustada a Derecho la decisión de que, una vez adjudicado el contrato, la recurrente sólo tuviera acceso a los escasos documentos de la extensa proposición técnica de la adjudicataria que ésta calificó como no confidenciales (documento nº 23 del expediente), y que la recurrente cifra en tan sólo el 5,75% de la proposición técnica.

(...)

Aun admitiéndose que parte de la oferta técnica de la adjudicataria pueda estar amparada en el secreto comercial o industrial, lo que no resulta admisible es que, como afirma la recurrente en su recurso y no niegan ni GISPASA en su informe ni la adjudicataria en sus alegaciones, ésta última ampliase considerablemente la relación de documentos que inicialmente designó como confidenciales en su oferta, tras ser informada por GISPASA de la solicitud de acceso a su oferta técnica formulada por

EULEN, S.A. Si, al amparo de lo dispuesto en los Pliegos y en el TRLCSP, LACERA SERVICIOS y MANTENIMIENTOS, S.A. especificó en su oferta los documentos que inicialmente consideraba afectados por la confidencialidad, no cabe admitir que, una vez adjudicado el recurso, y ante la solicitud de otro licitador presumiblemente disconforme con la decisión de adjudicación, la adjudicataria amplíe sin más la relación de documentos que considera confidenciales, excluyendo así el acceso a más del 90% de los documentos que integran su proposición.

Como se indicó en la Resolución 45/2013, de 30 de enero de 2013:

‘La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 TRLCSP) ha dictaminado lo siguiente:

‘Este precepto 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 su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad.’

Hay que concluir, en consecuencia, que la empresa adjudicataria queda vinculada por la declaración de confidencialidad que efectuó al formular su oferta (sin perjuicio de la

facultad que asiste al órgano de contratación de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente al secreto comercial o industrial).”

Pues bien, en ejecución de la Resolución 288/2014 parcialmente transcrita el órgano de contratación confirió nuevo trámite de vista del expediente a la empresa recurrente, ateniéndose a la declaración de confidencialidad efectuada por la empresa adjudicataria en el momento de presentación de su oferta. Así las cosas:

a) Desde el punto de vista procedimental, nada hay que objetar a la actuación de GISPASA. Se ofrecieron a la recurrente una serie de fechas para que, a elección de la misma, se evacuara el trámite de vista del expediente, documentándose el acto de comparecencia (documento nº 12 del expediente). Con posterioridad a dicha fecha, GISPASA remitió a la recurrente, a solicitud de ésta, copia de algunos de los documentos del expediente, sin que exista constancia de que la recurrente efectuase ninguna manifestación u objeción respecto a la declaración de confidencialidad.

Por lo demás, no resulta atendible la alegación de vulneración de los principios de igualdad y transparencia aducida por la recurrente, y derivada de la circunstancia de que el resto de licitadoras hayan examinado en toda su extensión y sin limitación alguna, los documentos que integran su oferta técnica, pues EULEN, S.A. no declaró confidencial ningún documento de su oferta al tiempo de presentarla, y consta en el expediente que, con fecha de 25 de febrero de 2014, cuando fue requerida al efecto por GISPASA, reiteró que ninguna parte de su oferta era confidencial.

b) El trámite de vista del expediente se ajustó a los pronunciamientos de la Resolución 288/2014, pues alcanzó a todos los documentos de la extensa oferta técnica de la adjudicataria (850 páginas), a excepción de los 43 documentos expresamente designados como confidenciales por la adjudicataria en el momento de presentar su proposición.

De la lectura de la Resolución 288/2014 parcialmente transcrita se desprende que lo inadmisibles, y así lo declaró el Tribunal, es una extensión de la confidencialidad a la mayor parte de la oferta técnica efectuada *ex post*, esto es, una vez adjudicado el contrato y anunciado recurso, debiendo entenderse vinculados los licitadores por la

declaración de confidencialidad que hubieran efectuado al presentar sus proposiciones. Tampoco es admisible, en ningún caso, que la declaración de confidencialidad efectuada por los licitadores abarque a la totalidad de sus ofertas técnicas, pues ello es contrario a los principios en los que se asienta la contratación pública y podría constituir una actuación incurso en fraude de ley, correspondiendo al órgano de contratación, en tales casos (Resolución 62/2012) determinar la parte de la oferta técnica que no afecta a secretos comerciales o técnicos o a aspectos confidenciales, justificándolo motivadamente en el expediente. En consecuencia, la confidencialidad sólo alcanza a los documentos declarados como tales por el licitador al tiempo de formular su oferta (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 46/09, de 26 de febrero de 2010, y Resolución de este Tribunal 45/2013, de 30 de enero), sin perjuicio de que dicha confidencialidad no pueda alcanzar a la totalidad de la oferta, y que en tales casos corresponda al órgano de contratación determinar, motivadamente, los aspectos de la oferta no afectados por el secreto comercial o industrial o relativos a aspectos confidenciales (Resolución 62/2012).

Al desconocerse el alcance de la declaración de confidencialidad efectuado por la adjudicataria al presentar su oferta se efectuó en la Resolución 288/2014 una aplicación general de la doctrina anterior, indicándose que *“la empresa adjudicataria queda vinculada por la declaración de confidencialidad que efectuó al formular su oferta (sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano de contratación de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente al secreto comercial o industrial)”*.

Pues bien, el Tribunal constata que la declaración inicial de confidencialidad formulada por la adjudicataria al presentar su oferta fue proporcionada, al extenderse a 43 folios de los 850 que componen la oferta técnica, por lo que es lógico concluir, como hizo el órgano de contratación, que el carácter confidencial de la oferta se ha de limitar a esos documentos inicialmente designados confidenciales por la adjudicataria, salvo que resulte patente o manifiesto que dichos documentos no guardan relación alguna con el secreto comercial o industrial ni revisten en modo alguno carácter confidencial.

En este sentido, el hecho de que el órgano de contratación no haya documentado la verificación de si tales documentos son o no confidenciales no implica que dicho análisis

no haya tenido lugar, justificando GISPASA en su informe al recurso que se atuvo en el trámite de vista del expediente a los documentos declarados confidenciales por la adjudicataria al tiempo de presentar su oferta, que objetivamente no se podían considerar extensos atendiendo al volumen global de documentación, apreciándose coherencia en la declaración de confidencialidad, que se refiere en todo caso a documentos de la oferta relacionados con los medios humanos de la adjudicataria.

c) Como se ha indicado, la declaración de confidencialidad se considera proporcionada, atendido el volumen total de la oferta técnica, y también justificada, a la vista de los documentos a los que afecta y a las alegaciones de la adjudicataria.

Efectivamente, la confidencialidad, en esta segunda ocasión, abarca sólo el 5,05% de la oferta técnica, frente al cerca del 80% de la documentación que la adjudicataria declaró indebidamente confidencial tras la adjudicación del contrato a su favor. Como señala la adjudicataria, se ha levantado la confidencialidad de un total de 634 páginas de las 677 anteriormente calificadas como confidenciales.

La confidencialidad, además, no afecta a apartados completos de la oferta técnica, sino a partes muy reducidas de dichos apartados. Así, la declaración de confidencialidad se refiere en concreto a los siguientes documentos de la oferta técnica de la adjudicataria (documento 15 A del expediente):

- Página 109, cuadro resumen del plan de formación (incluida en el apartado 1.2. de la oferta, “Plan de formación continuada” que comprende de la página 73 a la 201).
- Páginas 267 a 284, distribución de puestos por categorías, zonas y turnos (incluidas en el apartado 2.1.1. de la oferta, “Propuesta organizativa del servicio de limpieza” que se extiende de la página 203 a la 463).
- Páginas 493 a 495, organización del personal y de sus tajos (incluidas en el apartado 2.2.1, “Propuesta organizativa del servicio de control de plagas”, que abarca de la página 472 a la 570).

- Páginas 614 a 618, justificación de la idoneidad del personal, análisis de cargas de trabajo (incluidas en el apartado 2.3.1 de la oferta, "Propuesta organizativa del servicio de gestión de residuos", que comprende las páginas 579 a 707).

- Páginas 777 a 791, y páginas 811 a 814, organización de medios humanos (incluidas en el apartado 2.4.1 de la oferta, "Propuesta organizativa del servicio de conservación de viales y jardines", que incluye las páginas 717 a 841).

De lo expuesto se desprende que la mayor parte del contenido de los mencionados apartados de la oferta técnica ha podido ser examinado por la recurrente en el trámite de vista del expediente.

En cuanto a su contenido, la declaración de confidencialidad se refiere a aspectos concretos del plan de formación por años de contrato y categorías (página 109) o a la organización de los medios humanos de la adjudicataria en las diferentes prestaciones del servicio de limpieza, considerándose atendibles las justificaciones de la adjudicataria en cuanto a su carácter confidencial, por ser documentos que incorporan secretos comerciales y estratégicos que la adjudicataria considera de gran importancia, que pretende utilizar en posteriores licitaciones, y cuyo conocimiento por otros competidores directos le afectaría muy negativamente.

Como se indicó en la Resolución 288/2014, "*en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012)*".

De lo expuesto se desprende que el trámite de vista del expediente se ajustó a Derecho y a los pronunciamientos de la Resolución 288/2014, que la declaración de confidencialidad afectó sólo a los documentos calificados como confidenciales por la adjudicataria al tiempo de presentar su oferta, los cuales representan un porcentaje muy reducido de la oferta técnica y afectan no a apartados completos de la misma sino a aspectos muy puntuales de dichos apartados, siendo objetivamente atendibles las razones de secreto

comercial en las que la adjudicataria fundamenta esa confidencialidad que, no hay que olvidar, está expresamente amparada por el artículo 140.1 del TRLCSP.

Séptimo. La presentación de este nuevo recurso debe reputarse como temeraria, considerando la escasa consistencia de los motivos de recurso aducidos por EULEN, S.A., y que al dirigirse el mismo contra el acto de adjudicación implica la suspensión automática del procedimiento de contratación.

Se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al órgano de contratación y al adjudicatario. Por consiguiente, resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP, por lo que procede la imposición de una multa a EULEN, S.A., que se fija en su importe mínimo de 1.000 euros

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. V.J.P.S. en presentación de la empresa EULEN, S.A., contra el contrato (documento de formalización contractual) del contrato de “Servicios de limpieza, gestión de residuos, control de plagas, limpieza y conservación de viales y jardines del nuevo Hospital Universitario Central de Asturias”, por no ser un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Segundo. Inadmitir, por extemporáneos, los motivos de recurso relativos al irregular nombramiento de los miembros de la Comisión de Valoración y al incumplimiento de los artículos 26 y 30.3 del Real Decreto 817/2009.

Tercero. Desestimar el recurso, respecto a los restantes motivos de impugnación alegados por la recurrente.

Cuarto. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto. Apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso e imponer a la recurrente EULEN, S.A., una multa de mil euros (1.000 €).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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 11.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.