



Recurso nº 1131/2017

Resolución nº 1168/2017

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

En Madrid a 12 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. R. B., en nombre y representación de AERONAUTICS LTD (en adelante, "AERONAUTICS"), contra el acuerdo de exclusión del recurrente en el procedimiento de licitación del contrato "*adquisición de un sistema RPAS clase I SMALL PARA ZO, Expte número 1003217007100*", de la Subdirección General de Adquisiciones de armamento y material del Ministerio de Defensa, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Subdirección General de Adquisiciones de armamento y material del Ministerio de Defensa ha tramitado el procedimiento para la licitación del contrato de "*adquisición de un sistema RPAS clase I SMALL PARA ZO*", Expte número 1003217007100.

El valor estimado del contrato es de 1.500.000 €, IVA excluido.

El suministro se tramitó por medio del procedimiento negociado sin publicidad.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, así como por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.



Tercero. Consta acreditado en el expediente que el órgano de contratación hizo invitaciones a presentar ofertas a tres empresas:

- THALES, PROGRAMAS DE ELECTRONICA Y COMUNICACIONES SAU.
- AERONAUTICS.
- REVENGA INGENIEROS S.A.

La empresa REVENGA INGENIEROS S.A. presentó una carta renunciando a presentar ofertas en el expediente de contratación.

Cuarto. El recurrente ha impugnado el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 27 de octubre de 2017, en el que se acordaba su exclusión.

El acuerdo de la mesa de contratación tiene su fundamento en el informe de los vocales técnicos de la Oficina de Programas RPAS, y de la SDG PLATIN, en el cual se indica que la *“oferta presentada por la empresa no cumple todos los requisitos marcados como obligatorios en el Pliego de Prescripciones Técnica (PPT). Con la información en poder de estos vocales no se acredita el cumplimiento del requisito R.50 del PPT, al no costar descripción del sistema de mando y control de las FAS, ni pruebas realizadas.”*

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación de éste, en fecha 24 de noviembre de 2017, ha resuelto conceder la medida provisional interesada por la parte recurrente, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, trámite que ha sido evacuado por THALES, PROGRAMAS DE ELECTRONICA Y COMUNICACIONES S.A.U.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Art. 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, Art. 5.a) de la Ley 24/2011, cuyo valor estimado es igual o superior a 418.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es el acuerdo de exclusión del recurrente, susceptible de impugnación conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 42 TRLCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación habiendo sido excluida, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y se desarrolla en el artículo 19 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.

Debe considerarse que, en el presente caso, la interposición del recurso se ha formulado dentro de plazo.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente, después de recordar los hechos más relevantes del procedimiento, alega que se han infringido diversos principios, en concreto los de igualdad de trato, transparencia, de libre concurrencia, del secreto de las ofertas, actuando el órgano de contratación con abuso de derecho, puesto que, a su juicio, se ha provocado por dicho órgano un cambio sustancial y sobrevenido en los pliegos, el cual no resulta admisible. Concluyendo la recurrente que su oferta es plenamente coincidente con los pliegos en lo que se refiere al requisito de interoperabilidad, por lo que debe retrotraerse el procedimiento hasta el momento anterior a la exclusión. E interesando que se le conceda vista del expediente, ex. Art. 29 RD 814/2015.

La razón de la exclusión del recurrente se recoge en el informe técnico emitido por los vocales técnicos de la Oficina de Programas RPAS, y de la SDG PLATIN, designados para asesorar a la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material de la DGAM. La razón no es otra que la falta de acreditación del cumplimiento del requisito R.50 del PPT, al no constar descripción del sistema de mando y control de las FAS, ni pruebas realizadas.

Sexto. Debemos partir de lo señalado en el PPT, en cuyo apartado 2.3 sobre requisitos del segmento terrestre señala, en el apartado R.50, que *“La herramienta de planificación de misión deberá gestionar las tareas de la misión completa, intercambiando información con el sistema de Mando y Control de las FAS”*.

La parte recurrente presentó su proposición técnica dentro de plazo.

La mesa de contratación, el 24 de octubre de 2017, procedió a abrir los sobres 2 y 3 relativos a la licitación en cuestión, y tras el estudio de las propuestas presentadas por la parte recurrente, observó una serie de deficiencias que requerían aclaración. Entre dichas deficiencias, la mesa interesó a la recurrente, en relación con el punto R.50, la aclaración de *“con qué sistemas de mando y control de las FAS son compatibles e indicar qué pruebas se han realizado al respecto”*.



La entidad excluida presentó escrito aportando las aclaraciones que consideró pertinentes. Sobre el apartado R.50 señaló que *“el sistema, y particularmente la herramienta de planificación de misión (MPT) es capaz de intercambiar información con otros sistemas, incluyendo sistemas de mando y control. La información manejada por el MPT puede ser adaptada a los estándares solicitados para el intercambio de información. Una vez que el cliente nos suministre un ICD (Documento de control de interfaz), la información aportada y aceptada por la MPT puede integrarse con sistemas de mando y control como futuras versiones del SIM o de los actuales SIMATEC, BMS, TALOS u otros similares. AERONAUTICS ha conducido pruebas con aquellos sistemas en los que ha realizado la integración y aportará las pruebas correspondientes con el sistema concreto que se solicite”*.

De la lectura de este escrito de alegaciones se comprueba que la empresa ahora recurrente no ha dado contestación a las aclaraciones solicitadas por la mesa de contratación. Ésta interesó no sólo la determinación de qué sistemas de mando y control de las FAS eran compatibles, sino también la indicación de las pruebas que se habían realizado al respecto. Es evidente que la recurrente no señala con qué sistemas de la FAS es compatible el sistema que ella ofrece, y que no acredita, en el momento de presentar la oferta, las pruebas que demuestren el cumplimiento de esa compatibilidad. No se señala ninguna prueba realizada, de la que resulte que se cumple el requisito, pues dice que *“aportará”* las pruebas que se le requieran. De dicha expresión resulta que la recurrente no ha señalado las pruebas que ha practicado y de las que se desprenda que el sistema que oferta es capaz de intercambiar información con algún sistema C2 en servicio en las FAS en el momento de presentarse la oferta, a pesar de que la mesa le requirió que lo hiciera.

De modo que la exclusión fue absolutamente procedente y motivada, debiendo ser rechazado el recurso en este punto.

Séptimo. Sentado lo anterior, pasamos a analizar cada una de las presuntas vulneraciones que denuncia la parte recurrente, a las que antes hicimos referencia.



Las mismas pueden ser agrupadas en cuatro categorías: vulneraciones que implican, según la recurrente, un cambio sustancial y sobrevenido en los pliegos y que afectan a los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y transparencia, vulneraciones que implican abuso de derecho por procederse a la adjudicación del contrato a pesar de conocer el órgano de contratación la existencia de recurso especial, vulneraciones que afectan al carácter secreto de las ofertas, y las que se refieren al acceso al expediente de contratación, que analizaremos en último lugar.

Pretendido cambio sustancial y sobrevenido en los pliegos.

La parte recurrente considera infringidos los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y transparencia. Entiende que el órgano de contratación, al solicitar aclaración a las dos entidades, THALES y AERONAUTICS, ha ampliado el ámbito de la interoperabilidad respecto del inicialmente fijado en el PPT, y no ha mantenido la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento.

En primer lugar, hay que hacer notar que el acto recurrido es el de exclusión de la entidad AERONAUTICS, por falta de acreditación de los criterios fijados en el PPT, tal y como hemos destacado en los fundamentos quinto y sexto anteriores. Por ello, no puede hablarse, en ningún caso, de desigualdad a la hora de valorar los criterios de adjudicación por el órgano de contratación, cuando respecto de la entidad recurrente ni tan siquiera se ha llegado a esa fase, pues fue excluida sin valorar la oferta técnica.

Por otro lado, como destaca el órgano de contratación, el requisito R. 50 sólo admitía una interpretación posible: la voluntad de la administración de adquirir un RPAS interoperable con los sistemas de mando y control de las FAS. Y así resulta de la lectura de la solicitud de aclaración, contestación de la recurrente, e informe de los vocales técnicos. El apartado R.50 señalaba que *“La herramienta de planificación de misión deberá gestionar las tareas de la misión completa, intercambiando información con el sistema de Mando y Control de las FAS”*. Y la oferta técnica de la recurrente no acreditaba que la herramienta ofertada intercambiara información con el sistema de mando y control de las FAS.

Por lo que la exclusión fue procedente y respetuosa con los principios que se citan de contrario, y esta alegación debe decaer.



Pretendido abuso de derecho.

Alega la parte recurrente que el órgano de contratación ha actuado de forma indebida al proceder a la adjudicación del contrato a pesar de conocer el anuncio del recurso especial y la solicitud de vista para acceder a la consulta del expediente.

La cláusula 23 del PCAP se refiere a la adjudicación. La misma tuvo lugar el 8 de noviembre de 2017, y en esa fecha fue notificada a la entidad adjudicataria y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El anuncio de recurso especial tuvo lugar por medio de escrito presentado el 3 de noviembre de 2017. En dicho escrito, no se interesaba la suspensión del procedimiento, pues la misma fue solicitada por la ahora recurrente el 8 de noviembre de 2017, en escrito aparte, y acordada por la Secretaria del Tribunal en fecha 24 de noviembre de 2017.

Como informa el órgano de contratación, el anuncio de recurso especial contra un acuerdo de exclusión no tiene efectos suspensivos, por lo que era posible continuar con la tramitación de la contratación, máxime cuando nos encontramos ante un contrato negociado sin publicidad por concurrir circunstancias imperiosas de urgencia. Así, el Art. 45 TRLCSP señala que la interposición de recurso especial tiene efectos suspensivos inmediatos cuando el acto recurrido sea el de adjudicación. En el caso que nos ocupa, se recurre la exclusión de la entidad recurrente, por lo que el mero anuncio del recurso no produce, ex lege, la suspensión del procedimiento de contratación, sino que debe estarse a lo previsto en el Art.43 TRLCSP. En virtud de este precepto, es el TACRC el que puede decidir sobre la suspensión de la licitación, como así ha ocurrido. De modo que la actuación de dicho órgano de contratación se ajustó a la legalidad vigente, no procediendo a la suspensión del procedimiento hasta que se lo indicó este Tribunal.

Por tanto, en la medida en que el procedimiento ha sido suspendido por acuerdo de este Tribunal, según lo interesado por AERONAUTICS, no se ha vulnerado derecho alguno de



la recurrente, pues precisamente se ha garantizado la efectividad del recurso por ella interpuesto. Por lo que esta alegación no puede tener acogida favorable.

Secreto de las ofertas

Se denuncia por la parte recurrente que, al abrirse los sobres de la oferta técnica y económica de forma simultánea por la mesa de contratación, se ha vulnerado el necesario secreto de las ofertas, previsto en los arts. 145.2 y 150.2 TRLCSP, así como el Art. 26 del RD 817/2009. La puntuación de la oferta económica es objetiva mientras que la de la oferta técnica posee elementos de subjetividad. Y por ello, no es admisible, a juicio de la recurrente, que se interese por la mesa aclaración de la oferta técnica una vez conocida la oferta económica, pues se pide aclaración de un juicio de valor cuando la puntuación objetiva ya estaba otorgada.

Esta alegación no puede prosperar. Aunque la parte recurrente invoca una presunta vulneración del secreto de las ofertas, en este motivo lo que en realidad formula es una impugnación de los pliegos que regían la presente contratación.

Efectivamente, la normativa sobre el secreto de las proposiciones, contenida entre otros, en los Arts. 145 y 150 TRLCSP, pretende asegurar el principio de igualdad de trato de todos los licitadores. Y ello con un doble propósito: asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público y garantizar que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada.

En el caso que nos ocupa, ninguna cuestión se ha planteado por la recurrente sobre que el órgano de contratación u otros licitadores conocieran las propuestas presentadas antes de su apertura, ni que los sobres no se hubieran presentado cerrados por los licitadores. Lo que se recurre es, en realidad, la previsión de los pliegos por la cual los sobres dos y tres eran abiertos en unidad de acto.

Y es que son los pliegos los que señalan que el sobre dos está constituido por la oferta económica y el tres por la técnica, y que ambos se abrirán “en unidad de acto”. Así, la



cláusula 17 del PCAP recoge que el sobre número dos se refiere a la proposición económica y que el sobre número tres es el relativo a la oferta técnica. Y la cláusula 21, sobre valoración y examen de las ofertas y negociación, dispone que:

“Concluido el plazo de presentación de ofertas, la Mesa de Contratación se reunirá para comprobar las solicitudes de participación de los interesados en participar en el procedimiento y la documentación incluida en el sobre 1 Documentación administrativa de cada uno. La Mesa de contratación calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores. El plazo concedido para la subsanación de errores en esta documentación no será superior a un día. Tras ello, la Mesa determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

A continuación la Mesa de contratación procederá a la apertura de los sobre nº2 proposición económica y sobre nº3 proposición técnica en unidad de acto”.

Es evidente, por tanto, que los pliegos ya señalaban la apertura simultánea de los sobres dos y tres, sobre oferta económica y técnica, respectivamente. La parte recurrente no impugnó en su momento ni el PCAP ni el PPT por lo que manifestó su conformidad con los mismos, no pudiendo ahora alegar un pretendido vicio de dichos pliegos que dicha parte consintió en el momento en que presentó sus proposiciones, aceptándolos. No es admisible que la parte recurrente, ahora que ha sido excluida, alegue una pretendida vulneración del carácter secreto de las ofertas por el hecho de su apertura en unidad de acto, cuando al presentarse a la licitación, aceptó sin reparos los pliegos. Como ha recordado este Tribunal en la resolución 528/2017, de 16 de junio de 2017, los pliegos constituyen la verdadera ley del contrato y, por ende, su regulación se impone a los licitadores:

“este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de



Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía».

Por lo que carece de legitimación la entidad AERONAUTICS para impugnar ahora los pliegos del presente contrato, cuando por sus propios actos los aceptó, al concurrir al procedimiento tras la invitación por parte del órgano de contratación. Esta cuestión debió ser puesta de manifiesto por la citada entidad a través de un recurso contra los pliegos, en el caso de que la recurrente considerara que incurría alguna ilegalidad por los motivos expuestos, y en tal supuesto, este Tribunal hubiera podido valorar si tales errores existían, y si, en su caso, ello constituía un vicio de legalidad.

A mayor abundamiento, y como recuerda el órgano de contratación en su informe, este Tribunal ya ha declarado que el procedimiento negociado no constituye licitación, ni las ofertas son proposiciones, por lo que no resulta aplicable a dichas ofertas la norma del Art. 80 de la Ley 30/2007, sobre el carácter secreto de las proposiciones. De acuerdo con esta doctrina, en el procedimiento negociado no es de aplicación lo dispuesto en el Art. 26 RD 817/2009, a diferencia de lo que se pretende de contrario, por lo que no existe irregularidad alguna por el hecho de que, en unidad de acto, se proceda a la apertura de los sobres que contienen la oferta económica y la técnica. Así, podemos citar la resolución 1087/2016.

Por lo que esta alegación debe ser desestimada.

Acceso al expediente

Considera la parte recurrente que se ha vulnerado su derecho de acceso al expediente de contratación, porque no ha podido conocer los términos en que THALES se pronunció sobre el requisito R.50.

La parte recurrente interesó el acceso al expediente de licitación. La mesa de contratación le informó de que quedaría a su disposición, para ser vista, la documentación relativa a la **exclusión** de su empresa. Dicho acceso se produjo el día 7 de noviembre de 2017, donde la recurrente pudo ver 15 documentos que integran el expediente (el índice de los documentos cuyo acceso le fue facilitado aparece en el expediente remitido, entre ellos figuran todos los actos relativos a la exclusión de AERONAUTICS).

A pesar de ello, la ahora recurrente solicitó ampliación de la información técnica del expediente. En concreto, interesaba acceder a la parte de la oferta técnica de las otras licitadoras referida al requisito R 50, así como a la contestación ofrecida por las licitadoras a la petición de aclaraciones que al respecto de dicho requisito R 50 hayan realizado. Ante tal petición, se facilitó a la recurrente, por parte del Presidente de la mesa de contratación, un informe de los vocales técnicos en el que se recogía pormenorizadamente la contestación evacuada por la empresa THALES al requerimiento de aclaración sobre el requisito R. 50. Pero no se le dio traslado de la oferta y documentación técnica de la entidad finalmente adjudicataria, respecto de la que ésta había exigido confidencialidad.

Además, la recurrente solicita a este Tribunal al amparo del artículo 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC) vista del expediente de contratación y con base en dicha solicitud se reserva las alegaciones que le pudieran corresponder a la vista del mismo conforme al artículo 29.3 del RPERMC.

Sobre este particular, **el Tribunal considera que no procede atender la petición formulada por no ser necesario para la decisión del presente recurso.** La previsión contemplada en el artículo 29.3 RPERMC parte del presupuesto de que el órgano de contratación haya denegado al recurrente la vista del expediente que le haya sido



solicitada al amparo del artículo 16 RPERMC, lo que no ha ocurrido en el presente caso. Es cierto que se ha facilitado a AERONAUTICS un acceso parcial, como hemos expuesto y reconoce el órgano de contratación en su informe, pero, aun cuando ello haya sido así, la recurrente ha dispuesto de la información necesaria para articular sus pretensiones en esta sede, como luego veremos, por lo que no es necesario hacer uso del mecanismo arbitrado en el artículo 29.3 RD 814/2015, el cual constituye una potestad del Tribunal, de la que habrá hacer uso o no en atención a las circunstancias concurrentes, como ya señalamos en la Resolución nº 1071/2016.

En cuanto al alcance y determinación de los efectos de la declaración de confidencialidad en caso de solicitud de acceso al expediente, este Tribunal ha declarado (resolución 942/2017) que ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Así, en la Resolución 506/2014, este Tribunal señaló lo siguiente:

“El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo:

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 comuniqué 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).

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”.

Por otro lado, procede hacer referencia a la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en la Resolución 655/2017, de 21 de julio, indicábamos que: “Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.”

En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue: “Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto



impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar.”

En análogo sentido, la resolución 221/2016, que señala que "En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar”.

De acuerdo con la doctrina expuesta, debe concluirse que el acceso al expediente de contratación tiene su régimen especial, debiendo éste ser observado por los licitadores a la hora de solicitar el citado acceso”.

Del precepto y doctrina transcritos, se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva, y, por lo tanto, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores han designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, no puede extenderse a la totalidad de la misma.



Ahora bien, la declaración de confidencialidad no vincula al órgano de contratación, que debe comprobar si los extremos que los licitadores han señalado como tales merecen dicha calificación y, al mismo tiempo, asegurar el equilibrio entre los intereses en conflicto, esto es, entre el derecho al secreto de la información comercial o técnica relevante y el derecho a la defensa de los competidores que no han resultado adjudicatarios.

En este sentido, la Resolución 417/2014 señala que *“lo inadmisibile, 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”*.

Es claro que en el caso que nos ocupa, hubiera sido preferible que el órgano de contratación solicitara, expresamente, a la empresa THALES, la determinación de la información que ésta consideraba confidencial, en vez de asumir la declaración hecha por esta de que toda su oferta técnica lo era (como consta en la parte inferior de dicha oferta, en la que se dice *“CONFIDENCIAL GRUPO THALES. Este documento no puede ser.... Revelado a cualquier tercero sin el permiso previo escrito de THALES”*).



Ello no obstante, el órgano de contratación sí que permitió a la recurrente un acceso amplio al expediente, porque ha podido consultar todos los documentos de la licitación que afectan a su exclusión, además del informe de los vocales técnicos sobre la concurrencia del requisito R.50 en la oferta de la otra licitadora. Por lo que AERONAUTICS no ha sufrido indefensión, dado que de forma indirecta ha tenido conocimiento de la propuesta que, sobre el requisito R.50, hizo la otra licitadora. La recurrente ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente. De hecho, de la lectura del recurso queda acreditado que la parte recurrente conoce los fundamentos de la decisión adoptada por el órgano de contratación, que no es otra que la falta de acreditación de la concurrencia del requisito R.50 por su parte, lo que determinó la exclusión. El acceso a otros datos de la oferta técnica de THALES podría ser admisible si el acto recurrido fuera la adjudicación, pues en tal caso se hubiera procedido a la ponderación de cada uno de los elementos integrantes de las ofertas de las dos licitadoras. Pero no es el caso, porque como hemos indicado, el acto recurrido es el de exclusión por no acreditar cumplir la recurrente con el PPT, de modo que su oferta técnica no ha sido objeto de análisis y no es necesario que conozca, a los efectos de recurrir su exclusión, los detalles de la oferta técnica de THALES.

Por todo lo expuesto, con respeto a los principios antiformalistas y de economía procesal, y como ocurre con el resto de motivos del recurso, debe ser desestimada también la alegación sobre la falta de acceso al expediente, sin que sea necesario atender la petición de la parte recurrente sobre el Art. 29.3 RD 814/2015.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. S. R. B., en nombre y representación de AERONAUTICS LTD, contra el acuerdo de exclusión del recurrente en el procedimiento de licitación del contrato *“adquisición de un sistema RPAS clase I SMALL*



PARA ZO, Expte número 1003217007100”, de la Subdirección General de Adquisiciones de armamento y material del Ministerio de Defensa.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al artículo 47.4 del TRLCSP.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.