



Recurso nº 285/2020

Resolución nº 656/2020

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

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por D. A.R.S., en representación de la UTE CANTERA ANTONIO FRADE S.L.-ARNÓ INFRAESTRUCTURAS S.L.U.-INFRAESTRUCTURAS Y CANTERAS, S.L. contra la resolución de adjudicación de la licitación del contrato de *“suministro y transporte de balasto para la renovación del tramo Monfragüe-Plasencia y estaciones de Monfragüe y Plasencia de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Extremadura”*, expediente 3.19/20830.0047, convocada por ADIF Alta Velocidad, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Entidad Pública Empresarial ADIF Alta Velocidad (en adelante, ADIF-AV) convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 17 de julio de 2019 y en el Boletín Oficial del Estado el día 23 de julio de 2019 licitación para la contratación del *“Suministro y transporte de balasto para la renovación del tramo Monfragüe-Plasencia y estaciones de Monfragüe y Plasencia de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Extremadura”*, expediente 3.19/20830.0047, con un valor estimado de 1.787.203,50 euros.

Segundo. Concluido el plazo de presentación de ofertas, han concurrido a la licitación las siguientes empresas:

- UTE CANTERA ANTONIO FRADE, S.L.-ARNÓ INFRAESTRUCTURAS, S.L.U.-INFRAESTRUCTURAS Y CANTERAS, S.L.
- UTE CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.-CANTERAS CUADRADO, S.L.



- UTE CG MINERÍA, S.L.-ÁRIDOS SEVILLA NEVADO, S.L.U.

- UTE GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.-BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A.U.

Tercero. Seguido el procedimiento de contratación por sus trámites, en fecha 25 de septiembre de 2019, se realiza la apertura de las ofertas económicas, advirtiéndose que las licitadoras UTE CG MINERÍA, S.L.-ÁRIDOS SEVILLA NEVADO, S.L.U., y UTE GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A.-BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A.U., se encontraban incursas en la presunción de temeridad, según el Informe de Evaluación Económica realizado el 3 de octubre de 2019.

Cuarto. Con fecha 4 de octubre de 2019, ADIF-AV solicitó a los anteriores licitadores que realizasen las alegaciones oportunas con objeto de justificar las ofertas presentadas. Evacuado dicho trámite, en fecha 21 de noviembre de 2019, se emitió el pertinente informe técnico sobre las justificaciones ofrecidas, concluyendo que *“el licitador La UTE CG MINERÍA S.L.-ÁRIDOS SEVILLA NEVADO S.L.U., justifica de forma satisfactoria la composición de su oferta económica que se había considerado incurso en presunción de temeridad o anormalidad, por superar la baja de referencia del concurso”*.

Quinto. En su virtud, el 22 de enero de 2020 la Comisión de Valoración de ADIF-AV elevó la propuesta de adjudicación del contrato a favor de la UTE CG MINERÍA SL-ÁRIDOS SEVILLA NEVADO SLU.

Sexto. El día 14 de febrero de 2020 la Presidenta de ADIF-AV dictó la resolución de adjudicación del contrato a favor de la UTE CG MINERÍA SL – ÁRIDOS SEVILLA NEVADO, S.L.U., notificándose dicho acuerdo a la UTE CANTERA ANTONIO FRADE, S.L. – ARNÓ INFRAESTRUCTURAS, S.L.U.-INFRAESTRUCTURAS Y CANTERAS, S.L. el día 17 de febrero de 2020.

Séptimo. Con fecha 5 de marzo de 2020 tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal reclamación presentada por la UTE CANTERA ANTONIO FRADE, S.L.-ARNÓ INFRAESTRUCTURAS, S.L.U.-INFRAESTRUCTURAS Y CANTERAS, S.L. contra la anterior resolución de adjudicación.



Octavo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), la entidad ha remitido el expediente junto con el correspondiente informe al recurso.

Noveno. En fecha 11 de marzo de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las restantes licitadoras para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 25 de marzo de 2020 se presentan alegaciones por la UTE adjudicataria C.G. MINERIA, S.L.–ÁRIDOS SEVILLA NEVADO, S.L.U., solicitando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación, de la reclamación.

Décimo. Mediante Resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de fecha 24 de marzo de 2020 se ha acordado la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 104.6 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Con carácter previo, se hace preciso determinar la normativa aplicable, toda vez que la Ley 31/2007 ha sido recientemente derogada por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que en lo relativo a los procedimientos de contratación en estos sectores, se encuentra en vigor desde el día 25 de febrero de 2020, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta.

En cuanto a su régimen transitorio, dispone su Disposición Transitoria Primera lo siguiente:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente



convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos de condiciones.

2. Los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente real decreto-ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

3. Los procedimientos de reclamación iniciados al amparo del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

4. El presente real decreto-ley será de aplicación a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental.

5. Los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se regirán por la normativa aplicable a estos”.

En el presente caso, el procedimiento de contratación se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2020, por lo que éste se rige íntegramente de acuerdo con la Ley 31/2007.

Asimismo, conforme al apartado tercero de la transcrita disposición transitoria, las reclamaciones interpuestas al amparo del artículo 101 de la LCSE seguirán tramitándose con arreglo a la misma.



Segundo. Aclarada la normativa aplicable, procede reconocer la competencia de este Tribunal para resolver la reclamación interpuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 de la LCSE, en relación con los artículos 47 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y 22.1.1º 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 (RPERMC).

Tercero. El recurrente ostenta legitimación para reclamar, de conformidad con los artículos 102 LCSE y 22.1.2º del RPERMC, al haber concurrido a la licitación en la que no ha resultado adjudicatario.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para la interposición de la reclamación, previsto en el artículo 104 de la Ley 31/2007.

Quinto. Finalmente, la reclamación se dirige contra el acuerdo de adjudicación, acto susceptible de reclamación en esta vía conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, en un contrato de suministro sujeto a la Ley 31/2007, y licitado por una entidad incluida en su ámbito de aplicación.

Sexto. Entrando en el estudio del recurso, la UTE reclamante solicita en su suplico que se le conceda plazo para examinar el expediente de contratación y, una vez verificado el acceso, se le otorgue nuevo plazo para efectuar alegaciones completando el recurso contra la adjudicación.

En este sentido, manifiesta que el mismo día en que se le notificó la resolución de adjudicación (el 17 de febrero de 2020), solicitó el acceso al expediente, incluyendo la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por la UTE CG MINERÍA, S.L.– ÁRIDOS SEVILLA NEVADO, S.L.U., incurso en presunción de temeridad y finalmente adjudicataria. El órgano de contratación contestó indicando que los “...los documentos que constituyen el expediente de contratación se encuentran en nuestra web de Adif Alta Velocidad y en la Plataforma de Contratación del Estado para ser consultados. En relación a la justificación de la temeridad de la UTE adjudicataria, ha sido declarada por ellos como documentación confidencial, en virtud de lo recogido en la cláusula 5 del



Pliego ‘Confidencialidad y Protección de datos’, por lo que no podrá ser consultada, y no existe ningún otro documento de carácter técnico en el expediente que no haya sido publicado”.

La UTE recurrente considera que, dado que la adjudicataria lo ha sido por considerar el órgano de contratación justificada su oferta, el no permitir el acceso a la documentación presentada supone imposibilitar la formulación de cualquier tipo de reclamación contra la adjudicación.

De acuerdo con su escrito, ello supondría contravenir lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la doctrina que sobre el derecho de acceso al expediente de contratación y la declaración de confidencialidad del todo o parte del mismo ha fijado este Tribunal, invocando diversas resoluciones, como la nº 616/2019, de 6 de junio.

En particular, alega que, en el presente caso, concurren los requisitos precisos para el acceso a dicha documentación, puesto que no está referida a secretos técnicos o comerciales, ni, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, añadiendo que la UTE adjudicataria no ha justificado suficientemente que la documentación es verdaderamente confidencial, habiéndose limitado el órgano de contratación a dar por buena esta declaración, sin cumplir con su obligación de decidir sobre este extremo de forma motivada. Añade que dicha documentación constituye el antecedente de la adjudicación, por lo que su examen es absolutamente necesario para fundar la reclamación.

Séptimo. Conviene comenzar recordando la doctrina de este Tribunal relativa al derecho de acceso al expediente, derecho que, si bien es cierto que no se recoge de forma expresa en la LCSE, sí que resulta aplicable a los expedientes sujetos a la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del RPERMC.

Así, en la Resolución nº 616/2019, de 6 de junio, después de establecer la necesaria conexión entre el artículo 29 del RPERMC con el artículo 133 LCSP, señalamos:



“A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018)”.

Pues bien, en el presente caso, tal y como arguyen tanto el órgano de contratación como la UTE adjudicataria, y en contraposición a lo sostenido por la UTE reclamante, no



concorre ninguno de los presupuestos para poder entender vulnerado el derecho de acceso, por cuanto que:

Se ha garantizado el acceso a la totalidad del expediente de contratación. Los documentos excluidos han sido expresamente designados por el licitador como confidenciales y no afectan al contenido de su oferta económica, sino que constituyen documentos relativos a su ventaja competitiva, con un indiscutible valor estratégico para la empresa.

A mayor abundamiento, no se ha solicitado el acceso al expediente con carácter instrumental, puesto que no se ha esgrimido ningún motivo de impugnación contra el acuerdo de adjudicación.

Octavo. En efecto, y en primer lugar, tal y como se ha informado por el órgano de contratación y se ha reconocido por la empresa reclamante, toda la documentación generada durante la tramitación del expediente de contratación se hallaba publicada en el Perfil de Contratante de ADIF-AV, incluyendo el informe sobre la justificación presentada por el adjudicatario, y que contenía las precisiones que llevaron al órgano de contratación a considerar suficiente dicha justificación y por lo tanto aceptar la oferta, que resultó adjudicataria.

Así, en el expediente de contratación se incluye (documento nº 26) el informe sobre las justificaciones presentadas por las empresas con ofertas incursas en presunción de temeridad o anormalidad, en el que se valoran los diversos aspectos de las mismas, y por el que se concluye que la oferta de la adjudicataria está suficientemente justificada, a diferencia de lo que ocurre con la segunda empresa incurso en esta presunción.

De dicho informe se puede extraer perfectamente el procedimiento seguido para la tramitación de dicha oferta temeraria, el contenido de la justificación presentada y el análisis efectuado por los servicios técnicos de la Entidad que condujo finalmente a que el órgano de contratación diera por buena la justificación. A pesar de no haber accedido a la documentación presentada por la adjudicataria, ninguna alegación se realiza en el recurso en contra del mismo.



Noveno. En segundo lugar, los documentos que no se han incorporado al expediente son los aportados por la UTE adjudicataria para justificar la viabilidad de su oferta al incurrir en presunción de temeridad, por lo que se respeta plenamente lo establecido en la Cláusula 5 del PCAP y la doctrina de este Tribunal, ya que en ningún caso se ha designado como confidencial toda la oferta, sino solamente la documentación accesorio relativa a la justificación de su no temeridad.

Como señalamos en nuestra Resolución nº 196/2016, de 11 de marzo de 2016, la normativa *“consagra el denominado principio de confidencialidad bidireccional, que en la vertiente relativa a la información suministrada por el contratista garantiza la protección de los secretos técnicos o comerciales y de los aspectos confidenciales de las ofertas, de modo que el órgano de contratación debe respetar esa información y no divulgarla. Como es sabido por las partes, este principio está matizado por las disposiciones relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores a los efectos de poder fundar suficientemente su recurso, de modo que debe existir un equilibrio razonable y prudente entre estos dos principios de la contratación pública”*.

En cuanto a la concreción de la información que ha de considerarse confidencial, en la misma Resolución señalamos que *“La doctrina considera información confidencial a los efectos que venimos enjuiciando aquella que afecte a secretos técnicos o comerciales, como por ejemplo la documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados. También es confidencial aquella información que afecta a aspectos confidenciales, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o la competencia leal entre empresas, como los secretos técnicos o comerciales, las propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias (Acuerdo TACP Aragón 10/2015).*

En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. La confidencialidad deriva de la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, de modo que, como señala el acuerdo del TACP Madrid 106/2015 los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada por los licitadores son los siguientes:

- a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa,*
- b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,*
- c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado y*
- d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia”.*

En el presente caso se ha considerado confidencial la documentación relativa a la justificación de la oferta económica, información que sin duda contiene información sensible relativa a los trabajadores de la empresa, incluyendo salarios asignados, horas de trabajo y perfiles asignados, así como su know-how, que le permite realizar su oferta con ventaja competitiva.

Asimismo, no hay duda tampoco de que dicha información es reservada al ser desconocida por terceros, y representa un valor estratégico, con afección al mercado, para la empresa adjudicataria.

Por último, su confidencialidad no vulnera los principios de publicidad y transparencia, ni tampoco el de defensa de la reclamante, puesto que, como señalamos anteriormente, el

Informe del órgano de contratación relativo a la valoración de esta documentación sí que ha sido incorporado al expediente de contratación y se ha publicado en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

Por tanto, tal y como resolvimos en la mentada Resolución 196/2016, hemos de concluir que el derecho de acceso al expediente no abarca el acceso a la documentación aportada por los licitadores para justificar la no temeridad de su oferta cuando sea señalada como confidencial, siempre que se respeten los requisitos anteriormente analizados.

Décimo. En último lugar, es también reiterada nuestra doctrina recordando que el derecho de acceso al expediente es un derecho instrumental, debiendo vincularse siempre a la motivación de la resolución impugnada.

A este respecto, podemos citar la reciente Resolución nº 144/2020, de 30 de enero de 2020, en la que manifestamos lo siguiente:

“Accesoria y subsidiariamente, este Tribunal se ha pronunciado sobre el trámite de vista del expediente en diversas ocasiones, afirmando su carácter instrumental. Así en la Resolución 131/2015, de 6 de febrero, con cita de la Resolución 852/2014 declaramos que ‘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’.

Aplicando dicha doctrina, este Tribunal debe desestimar la pretensión de la recurrente de acceso a la oferta de la adjudicataria por las siguientes razones.

Por una parte, la recurrente ha tenido acceso al expediente administrativo, en concreto: al informe técnico en que se fundamenta la propuesta de adjudicación de la Mesa de



Adjudicación, a la propuesta de adjudicación, al acuerdo de adjudicación y a las partes de la oferta que no fueron declaradas confidenciales. Consecuentemente ha podido conocer los hechos y fundamentos de derecho por los cuáles el Órgano de Contratación adjudicó el contrato de servicios licitado a FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.

Por otra parte, la recurrente no ha justificado la necesidad de acceso a las partes de la oferta de la adjudicataria declaradas como confidenciales y de la lectura del recurso interpuesto se infiere que ha tenido toda la información necesaria para la interposición del mismo, de suerte que no puede reputarse que haya sufrido indefensión alguna”.

Tales consideraciones resultan de aplicación a la presente reclamación, toda vez que el recurrente ha tenido pleno acceso al expediente administrativo, incluyendo el informe técnico de valoración de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, y que constituye el fundamento de la posterior clasificación de las ofertas, propuesta de adjudicación, y resolución de adjudicación, documentos todos ellos igualmente incluidos en el expediente.

En suma, ha podido conocer todos los hechos y fundamentos de derecho por los cuáles el órgano de contratación adjudicó el contrato, sin que ninguna alegación se haya realizado contra dicho acto resolutorio, ni contra el anterior informe técnico, y sin que tampoco se haya justificado en modo alguno la necesidad de acceso a los documentos declarados confidenciales.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. A.R.S., en representación de la UTE CANTERA ANTONIO FRADE S.L.–ARNÓ INFRAESTRUCTURAS S.L.U.–INFRAESTRUCTURAS Y CANTERAS, S.L. contra la resolución de adjudicación de la licitación del contrato de “*suministro y transporte de balasto para la renovación del tramo Monfragüe-Plasencia y estaciones de Monfragüe y Plasencia de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Extremadura*”, expediente 3.19/20830.0047, convocada por ADIF Alta Velocidad



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007.

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 106.5 de la Ley 31/2007.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.