



Recurso nº 1121/2022

Resolución nº 1552/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

VISTA la reclamación presentada por D. M.S.P., en representación de AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, SA (ACISA), y del compromiso de UTE ACISA-EFIMOB, y por D. Pedro Rodríguez Durán, en representación de la empresa EFIMOB EFFICIENT SOLUTIONS, S.L, contra la adjudicación del contrato de obras para *“Plan de Implantación de Puntos de Recarga en Aeropuertos (PIPRA) Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*, Expediente: DIN-452/2021 convocado por AENA; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 22 de octubre de 2021 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de la licitación del contrato de obras para *“Plan de Implantación de Puntos de Recarga en Aeropuertos (PIPRA). Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*. Expediente, DIN-452/2021, convocado por AENA

El contrato tiene un valor estimado de 8.985.115,49 euros, adjudicándose mediante el procedimiento de negociación.

La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en 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 (en adelante, RDL 3/2020), así como en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y en las normas de desarrollo en materia de contratación.



En la Plataforma de Contratación del Sector Público junto al anuncio se incorporan para su descarga los Pliegos de Cláusulas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rigen la licitación.

Con fecha 18 de enero de 2022, se procedió a la apertura de la fase IIA, en la que se excluyó a una licitadora al no superar los 70 puntos requeridos.

Con fecha 14 de junio la valoración de la fase IIB. Los informes de valoración técnica no han sido publicados.

Tras la celebración de la subasta electrónica resultó adjudicataria la empresa COMSA mediante resolución de 28 de julio de 2022.

Segundo. Con fecha 6 de julio las reclamantes dirigieron correo electrónico a AENA en el que le solicitan *“la revisión de las ofertas técnicas y económicas presentadas en el proceso de referencia”*. El 12 de julio AENA contesta que *“para poder darle acceso a la oferta técnica y los informes técnicos de otros licitadores les tenemos que solicitar autorización expresa. Procedemos a pedir dicha autorización y en caso que la otorguen se les remitirá, en caso contrario, se lo haremos saber por esta misma vía.*

Asimismo, les indicamos que las ofertas económicas de los licitadores están publicadas en la web de Aena, en la pestaña de Aperturas (...).”

El 18 de julio AENA traslada a las reclamantes los informes de valoración de las ofertas de las licitadoras que habían prestado su consentimiento, entre la que no se encuentra la recurrente. Ese mismo día dichas mercantiles concretan la petición de revisión del expediente a los apartado A.1 Memoria, de COMSA y, en particular, al apartado A.1.2 y A.1.4. El 19 de julio AENA les contesta a las reclamantes que COMSA no ha accedido a que se dé vista a su oferta ni a la valoración técnica, por lo que no pueden dar acceso, ni siquiera en parte, esa documentación.

El 29 de julio la UTE reiteró su solicitud de vista del expediente y de los documentos concretos.



Tercero. Con fecha de 10 de agosto de 2022 la parte actora presentó en el Registro de este Tribunal reclamación en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato, en cuya virtud solicita que el Tribunal declare la nulidad de tal decisión, con retroacción de las actuaciones del procedimiento a fin de que se declare que NO concurren aspectos confidenciales en la oferta de la ahora adjudicataria, así como en los informes de evaluación técnica y se le de vista del contenido que resulte, y se le otorgue a las empresas reclamantes un plazo de diez días hábiles para que proceda a hacer el examen de la oferta declarada indebidamente como confidencial, y pueda completar la presente reclamación. Subsidiariamente interesa que declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación, con retroacción de las actuaciones del procedimiento y se emita por la entidad contratante una resolución suficientemente fundada en la que determine que la oferta de COMSA no contiene aspectos confidenciales y se abra nuevo plazo para presentar reclamación.

Cuarto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal a la entidad contratante, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquélla, quien solicitó la desestimación de la reclamación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 16 de agosto de 2022 dio traslado de la reclamación presentada a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo hecho uso del trámite conferido la adjudicataria COMSA, solicitando la desestimación del recurso.

Sexto. El 22 de agosto de 2022, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 del RDL 3/2020 y 47 de la LCSP.



Segundo. La adjudicación impugnada es susceptible de reclamación de conformidad con lo que dispone el artículo 119.2.c) del citado Real Decreto-Ley, en conexión con el 1.1.c) del mismo.

Tercero. Dicha reclamación se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, por remisión del artículo 121.1 del RDL 3/2020.

Cuarto. Las empresas actoras ostentan la debida legitimación para presentar la reclamación al amparo del artículo 48 de la LCSP, al que remite el artículo 121.1 del RDL 3/2020, pues han participado en la licitación bajo el compromiso de formar UTE en caso de resultar adjudicatarias.

En efecto, se trata de un licitador cuya oferta tras la subasta electrónica –última fase del procedimiento de adjudicación– ha quedado clasificada en segundo lugar.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, denuncia en primer lugar que no se le ha dado vista ni traslado de la oferta de COMSA ni de la valoración técnica de su oferta, lo cual le causa indefensión al no poder presentar un recurso especial contra la adjudicación con mínimas garantías de éxito. Considera además que AENA ha prescindido totalmente del procedimiento establecido, ya que ha aceptado la declaración de confidencialidad de la oferta de COMSA sin dictar acto al respecto, cuando existía la obligación legal de la entidad contratante de revisar esta declaración al menos cuando se denegó el acceso a la oferta de COMSA; añade que teniendo en cuenta que COMSA no había aportado esa declaración en el momento de presentación de la oferta, sino con posterioridad, dicha entidad le debería haber facilitado la vista completa del expediente y en su caso haber rechazado el acceso al expediente mediante un acto administrativo motivado, y no mediante correo electrónico. Finalmente, defiende que la declaración de confidencialidad de COMSA vulnera el artículo 133 de la LCSP, en tanto que incluye la totalidad de la evaluación técnica sin discriminar ningún elemento y que en todo caso capítulos A.1.2. Puntos de recarga a instalar y A.1.4. Materiales/subcontratación de la oferta no serían objeto de esta confidencialidad ya que deben contener información comercial de los equipos ofrecidos, todos ellos en principio proveedores de mercado que facilitan su información al público.



Sexto. La entidad contratante en el informe emitido al efecto opone que su actuación ha sido conforme a Derecho al haber denegado el acceso a la vista del expediente por considerar confidencial la oferta de COMSA; añade que la petición carece de motivación y fundamento, al haber sido seleccionada la adjudicataria por presentar la mejor oferta económica, habiendo superado ambas la fase técnica con el mínimo y al corresponder exclusivamente a dicha entidad la valoración de los criterios técnicos y no a las reclamantes y que en modo alguno le causa indefensión para presentar el recurso. Asimismo, invoca el escaso margen del que dispone para no apreciar la confidencialidad alegada por las empresas y que en todo caso la adjudicación ha sido motivada, por lo que en caso de considerarse no confidencial la oferta de COMSA nos encontraríamos ante un mero defecto formal no causante de indefensión.

Séptimo. COMSA, por su parte, considera que el acceso de las reclamantes a la documentación calificada como confidencial no es un derecho absoluto, que no se ha vulnerado su derecho a la defensa, y que esa licitadora siguió en todo momento las indicaciones establecidas por AENA por lo que no procede en ningún caso la nulidad y retroacción del procedimiento. Defiende asimismo la confidencialidad de la parte de su oferta que indicó como tal, a requerimiento de la entidad contratante, así como que no le corresponde a ella atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, aunque sí puede, a instancia de otro interesado que pida acceso a esa información, concretar qué es efectivamente confidencial de lo declarado como tal por el licitador, pero para ello, debe, en todo caso, requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales, como –a su juicio– ha acontecido en el presente procedimiento. Finalmente, invoca la presunción de veracidad de las valoraciones técnicas sin que en el caso que nos ocupa hayan acreditado las reclamantes la concurrencia de ninguno de los presupuestos de hecho que lleven a hacernos dudar de la objetividad de la entidad contratante a la hora de valorar técnicamente la oferta presentada por COMSA ya que, de no ser así, no habría superado el umbral mínimo de puntuación que debe obtenerse en los criterios de evaluación técnica.

Octavo. Para la resolución de la cuestión principal planteada –la vista del expediente–, sentado que no son objeto de debate los pliegos que rigen la licitación sino su aplicación,



debe partirse de lo que prevé el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *"Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones"*.

Por su parte, el artículo 16 del citado Real Decreto establece que: *"Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público."*

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud".

En cuanto al alcance y límites de este derecho de acceso, el artículo 29.2 del propio Real Decreto 814/2015 dispone: *"Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos."* Tal y como señaló este Tribunal en la Resolución 316/2017 de 31 de marzo, *"si bien es cierto que este párrafo se refiere a la puesta de manifiesto del expediente para los demás interesados, distintos del recurrente a efectuar en la Secretaría del Tribunal, los mismos límites habrán de operar cuando es el recurrente quien solicita el acceso ante el órgano*



de contratación, pues en otro caso se estarían vulnerando el principio de igualdad de trato de los distintos licitadores”.

Por su parte, el artículo 52 de la LCSP establece:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el contenido del artículo 28 del RDL 3/2020 –que no artículo 133 de la LCSP, precepto que las reclamantes consideran de aplicación–, cuyos apartados 1 y 2 disponen:

“1. En el momento de comunicar las prescripciones técnicas a las empresas interesadas, de clasificar y seleccionar a las mismas y de adjudicar los contratos, las entidades contratantes podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen, incluida la información facilitada en relación con el funcionamiento de un sistema de clasificación, con independencia de que el mismo



hubiera sido objeto de un anuncio sobre su existencia que se hubiera utilizado como medio de convocatoria de licitación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones del presente real decreto-ley, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, la entidad contratante no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales, los aspectos confidenciales de las ofertas y cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”.

Sobre la cuestión de la confidencialidad este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, iniciada ya al amparo de 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 (TRLCSP), que ha acabado incorporándose a nuestro Derecho positivo a través del vigente artículo 133 de la LCSP. Por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, había sentado dicha doctrina que –en síntesis– viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede declararse 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 o entidad contratante decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018, de 19 de enero).

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, de 23 de septiembre).

c) La confidencialidad sólo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016, de 20 de mayo).

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 a la parte actora más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso o reclamación (Resolución nº 741/2018, de 31 de julio).

Y, cabe insistir, al haber sido extraídas sus notas principales bajo la vigencia del artículo 140 del TRLCSP, cuyo tenor era más similar al artículo 28 del RDL 3/2020 que el actual artículo 133 de la LCSP, ello conduce a concluir que tal doctrina resultase plenamente trasladable a los contratos sujetos antes a 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, y ahora al citado Real Decreto-Ley.

Así, sobre la confidencialidad de la oferta y su alcance este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, siendo reiterado y unánime el criterio de que dicha confidencialidad no puede ser total. Así, en la Resolución 149/2018, de 16 de febrero, este Tribunal razonó lo siguiente: *“Respecto del acceso a la oferta técnica que debe facilitarse por el órgano de contratación, la resolución 6/2018 dice 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 artículo 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).

(...)

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.

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 (...)”

Asimismo, debe recordarse que –tal y como se dijo en la misma Resolución, que a su vez cita la nº 248/2015, de 13 de marzo–: *“el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello, añadimos ahora, como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho de acceso (...)”*.

Por otro lado, en nuestra Resolución nº 488/2020, de 2 de abril, se afirma:

“La Resolución 855/2019 señala: “Según ha declarado este Tribunal reiteradamente, 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 nº 117/2018, de 9 de febrero, con cita de la anterior nº 506/2014, este Tribunal señala 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:

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

(...)

el artículo 56.5 de la LCSP, con arreglo al cual: "El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento".



Es lo cierto que la protección de los aspectos y partes de las proposiciones presentadas que pudieran ser confidenciales o merecieran una protección de tal tipo la encomienda la vigente LCSP, en primer lugar y con carácter esencial, al propio interesado en esa información y datos, que es el licitador. Esa protección, además, ha de efectuarla anticipadamente, con carácter previo, es decir, en la propia proposición cuando todavía nadie pretende el acceso a esa información, mediante la indicación concreta de qué documentos o partes de los mismos o información tiene ese carácter de confidencial o protegido por la declaración de confidencialidad, tal y como dispone el artículo 133.1 de la LCSP. Quiere ello decir que si el propio interesado no ha efectuado esa indicación o declaración de confidencialidad o no ha concretado la información que es confidencial en la misma proposición, el contenido de ésta no es, en principio, confidencial, por lo que el órgano de contratación no tiene deber alguno de amparar una confidencialidad inexistente respecto de una información que no ha sido protegida, si concurren los requisitos legales por el propio interesado concernido. Y además la doctrina de este Tribunal ha recalcado que la designación de confidencialidad no puede comportar una burla al sistema de publicidad y transparencia. Cabe recordar que para poder aplicar el artículo 133 con relación al artículo 149.3 de la LCSP no es admisible que la totalidad de la oferta sea declarada confidencial sino solo una parte de ella y que dicha parte afectada por la confidencialidad se caracterice por:

- *La información debe ser verdaderamente confidencial, debe hacer referencia a secretos técnicos o comerciales (tal y como fueron definidos por la resolución 196/16 conjunto de conocimientos que no sean de dominio público y que son necesarios para la fabricación, comercialización de productos, prestación de servicios o por razones de organización administrativa o financiera de la empresa)*
- *Dicha información debe suponer una ventaja competitiva*
- *Debe tratarse de información reservada, es decir, desconocida para el público*
- *Debe tratarse de información con valor estratégico o competencial*

Así se pronunciaba la Resolución de 25 de noviembre de 2019, resol. 1344/2019”.



Pues bien, en el presente caso, el adjudicatario COMSA no señaló al presentar su proposición qué datos eran confidenciales, sino que lo ha hecho el 29 de julio, tras la presentación de la presente reclamación y tras el requerimiento de la entidad contratante con motivo de la solicitud de vista del expediente que las reclamantes interesaron el 5 de julio y el 18 de julio. De esta forma, sobre dicha entidad, ante el silencio de la licitadora COMSA no pesaba deber alguno de amparar una confidencialidad inexistente respecto de una información que no había sido declarada como tal en la misma oferta, si apreciaba que concurrían los requisitos legales por el propio interesado concernido. Sin embargo, AENA no actuó de esa forma, sino que ante la solicitud de vista del expediente consultó a las licitadoras a fin de conocer si accedían a que se facilitara a otros licitadores sus ofertas, habiéndolo contestado negativamente la adjudicataria, sin haberle dado traslado tampoco del informe técnico en lo concerniente a la evaluación de la oferta del adjudicatario.

No pudiendo los demás licitadores acceder al contenido del mismo ni a los razonamientos ni a la motivación de las valoraciones efectuadas.

Por ello, a juicio de este Tribunal AENA infringió los artículos 52 de la LCSP y 28 del RDL 3/2020, según su doctrina ya reseñada sobre la confidencialidad, y tal infracción causó indefensión al recurrente, al menos en parte, como se razona a continuación.

Noveno. Cabe ahora resolver si la información solicitada y considerada confidencial era imprescindible para la solicitante para formular su reclamación, pues hay que recordar que el derecho de acceso al expediente tiene carácter instrumental. Al respecto, afirman las reclamantes que no han podido comprobar si COMSA cumple los requisitos técnicos exigidos en el Pliego y ello porque –a diferencia del supuesto analizado en la Resolución 1011/2022, de 7 de septiembre, en el que la adjudicación del contrato venía determinada por la suma de las puntuaciones obtenidas de ambas ofertas, técnica y económica– en el caso aquí planteado el examen de la parte técnica de la oferta persigue concluir cuáles pasan el umbral fijado en los pliegos, adjudicándose en último término el contrato únicamente en atención a la parte económica, sin que se cuestione la puntuación otorgada a ésta por la parte actora; frente a esto, AENA entiende que tal comprobación



no supone justificación alguna para el acceso, ya que su apreciación es facultad discrecional de la entidad contratante.

Debe recordarse la doctrina de este Tribunal, expuesta entre otras en la Resolución nº 59/2021, de 22 de enero: *“El informe técnico está dotado de una presunción de acierto y veracidad, no habiendo probado la recurrente que sea manifiestamente erróneo o se haya dictado en clara discriminación de los licitadores. Debe traerse a colación, en este punto, el principio de discrecionalidad técnica de la Administración en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico, lo que supone que no son controlables desde el punto de vista jurídico, excepto en los casos en que se entienda que la administración ha actuado con discriminación entre el licitadores o ha incurrido en un error patente, falta de justificación del criterio adoptado, criterio arbitrario o desviación de poder, según es pacíficamente aceptado por la doctrina administrativa (...)”*.

De esta forma, la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano administrativo o entidad contratante y la presunción de acierto y veracidad de los informes, no impide que tal informe y los actos dictados por dicho órgano o entidad que se apoyan en el mismo puedan ser objeto de impugnación por los licitadores y de revisión por este Tribunal, si bien únicamente a efectos de comprobar si ha habido discriminación entre el licitadores o se ha incurrido en un error patente, falta de justificación del criterio adoptado, criterio arbitrario o desviación de poder. Y para ello es esencial que los licitadores tengan acceso a tales informes y actos, acceso que en este caso se ha denegado indebidamente y sin justificación, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, causando indefensión al recurrente que no ha podido tener la información necesaria para formular de manera completa su reclamación contra la adjudicación, habida cuenta de que en el presente caso la valoración técnica de la oferta constituye una fase previa a la misma. En consecuencia, resulta justificada la solicitud de vista del expediente en lo que se refiere a los informes técnicos de valoración de las licitadoras y, entre ellas, la de COMSA.

Por otro lado, de lo razonado por la entidad contratante en su informe a la presente reclamación y de lo manifestado por la mercantil adjudicataria en sus alegaciones se deduce que en tales informes se contengan –o puedan desprenderse– datos o información confidencial que puedan revelar secretos técnicos o comerciales; de ahí que

este Tribunal no aprecie que los informes técnicos de valoración de la oferta de dicha empresa quedan dentro de la prohibición de divulgar información confidencial que establece el artículo 28 del RDL 3/2020. Por lo que procede dar vista de dichos informes a la parte actora.

Décimo. En lo que respecta a la solicitud de vista del capítulo A.1 MEMORIA, con especial interés en los capítulos A.1.2 `Puntos de recarga a instalar´ y A.1.4. `Materiales/subcontratación´ de la oferta de COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U., y en particular de las características técnicas de los cargadores y demás elementos propuestos por COMSA, considera este Tribunal que sobre estos aspectos concretos no queda justificada la necesidad de su conocimiento por la parte actora para fundar la reclamación, toda vez que la información que se recoge en el informe técnico de valoración resulta suficiente para completar aquella, sin que sea imprescindible para ello saber las características de los cargadores incluidos en la oferta de COMSA, a los cuales hace referencia además el propio informe.

Además, debe tenerse en cuenta las valoraciones que obtuvieron ambas licitadoras: la recurrente obtuvo en la valoración técnica una puntuación de 4.90 sobre 6 puntos en el apartado A.1.2. `Puntos de recarga a instalar´ y de 6.1 sobre 7 en el A.1.4. `Materiales/subcontratación´; y por parte de COMSA, en el apartado A.1.2 `Puntos de recarga a instalar´ obtuvo una puntuación de 4,7 y en el A.1.4 `Materiales/subcontratación´ otros 5.2 puntos. Si bien tal y como señala la entidad contratante y ya se ha expuesto anteriormente, resulta adjudicataria COMSA por ser la más económica de las ofertas que obtienen la puntuación técnica mínima exigida.

Por todo lo anterior, procede estimar en parte el recurso en el sentido de conceder al recurrente el acceso a la parte del expediente consistente en los informes de valoración técnica de la oferta presentada por COMSA, a fin de que pueda completar su recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación presentada por



D. M.S.P., en representación de AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, SA (ACISA), y del compromiso de UTE ACISA-EFIMOB, y por D. Pedro Rodríguez Durán, en representación de la empresa EFIMOB EFFICIENT SOLUTIONS, S.L, contra la adjudicación del contrato de obras para “*Plan de Implantación de Puntos de Recarga en Aeropuertos (PIPRA) Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas*”, expediente: DIN-452/2021 convocado por AENA, en el sentido de conceder al recurrente el acceso a la parte del expediente consistente en los informes de valoración técnica de la oferta presentada por COMSA, a fin de que pueda completar su recurso en el plazo de cinco días hábiles.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, conforme a 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.