



**Recurso nº 311/2012**

**Resolución nº 045/2013**

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

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. E.H.E., en representación de ABACANTO DIGITAL, S.A., contra los pliegos y la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se adjudica el contrato de suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión digital terrestre, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de septiembre de 2012 y el 24 de septiembre de 2012 en el Boletín Oficial del Estado, licitación para adjudicar el contrato referido, con un valor estimado de 602.580 euros. La publicación de los datos de la licitación en el perfil de contratante tuvo lugar el 11 de septiembre de 2012.

**Segundo.** A la licitación abierta presentaron ofertas cuatro empresas, entre ellas la entidad ahora recurrente.

**Tercero.** Cumplido el trámite de apertura pública de las ofertas técnicas, y después de haberse emitido el correspondiente informe técnico de ofertas por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, la Mesa Única de Contratación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo dicta acuerdo, de fecha 7 de noviembre, por el que se excluye a la empresa ahora recurrente, ABACANTO DIGITAL, S.A., por no cumplir su oferta los requisitos técnicos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas (PPT). También fueron excluidas otras dos empresas licitadoras, por la misma razón de incumplimiento de determinadas exigencias técnicas establecidas en el PPT.

**Cuarto.** El 22 de noviembre se acuerda por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la adjudicación del contrato a la empresa PROMAX ELECTRÓNICA, S.L, notificándose a la recurrente dicho acuerdo el 27 de noviembre.

**Quinto.** El 13 de diciembre de 2012 tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito presentado por el representante de ABACANTO DIGITAL, S.A., en el que, además de otros pedimentos, se solicita que se anule tanto el pliego de prescripciones técnicas como la adjudicación.

**Sexto.** La Secretaría del Tribunal, en fecha 17 de diciembre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo presentado alegaciones en plazo la empresa PROMAX ELECTRÓNICA, S.L.

**Séptimo.** Con fecha 14 de diciembre este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El escrito presentado por ABACANTO DIGITAL, S.A. ha de calificarse como recurso especial en materia de contratación, habiéndose interpuesto ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

**Segundo.** La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, en cuanto que concurrió a la licitación de referencia y fue excluida de la misma por acuerdo de la mesa de contratación.

**Tercero.** En el escrito presentado ante este Tribunal, se solicita por el recurrente que se anule el pliego de prescripciones técnicas y la adjudicación del contrato, actos ambos

recurribles según el artículo 40 del TRLCSP. Se solicita, además, la práctica de determinadas actividades probatorias y el traslado de este caso a la Fiscalía Anticorrupción.

**Cuarto.** Sobre la solicitud de anulación de los pliegos, debe declararse la inadmisibilidad de esta petición, por no haber sido realizada la impugnación en el plazo legalmente establecido. Así, de acuerdo con el artículo 44.2.a) del TRLCSP el plazo para impugnar los pliegos es de quince días hábiles a computar desde el día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 del TRLCSP.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, puesto que el acceso a los pliegos se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, resulta aplicable el criterio manifestado por este Tribunal (por todas, Resoluciones 139/2011, de 11 de mayo de 2011, 228/2011, de 21 de septiembre de 2011, ó 16/2012, de 13 de enero de 2012) respecto del *“dies a quo”*, o momento inicial en el cómputo del plazo de quince días para recurrir los pliegos, criterio con arreglo al cual, *“ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los mismos”*.

Pues bien, aplicando al caso el criterio anterior, debe concluirse que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, pues fue presentado ante este Tribunal el 13 de diciembre de 2012, finalizando el plazo para presentar ofertas (a partir del cual se computaría el plazo de quince días hábiles para interponer el recurso) el 22 de octubre de 2012.

**Quinto.** ABACANTO DIGITAL, S.A. solicita en su recurso que se reclame a los funcionarios firmantes del pliego de prescripciones técnicas toda la documentación que fue utilizada para el establecimiento de las especificaciones técnicas y la valoración del contrato, en el momento del envío del anuncio de licitación. Se especifica que dicha información deberá incluir catálogos, listas de precios u ofertas recibidas, así como

cualquier otra información pertinente que fuera utilizada en su momento para determinar las especificaciones técnicas y el precio del suministro.

La solicitud de dicha prueba debe declararse por este Tribunal como improcedente, puesto que la finalidad de la misma, como se desprende del escrito del recurso, es apoyar la impugnación de los pliegos. Siendo inadmisibles esta impugnación por extemporánea, debe rechazarse por improcedente la práctica de esta prueba.

**Sexto.** Solicita también la recurrente que *“se investiguen las razones por las cuales la Mesa de Contratación, en particular la Srta. P.T.M., nos impidió el acceso a la información necesaria para poder presentar el recurso especial en materia de contratación que establece el artículo 40 y posteriores del TRLCSP”*.

Examinada la documentación obrante en el expediente, se comprueba la existencia de una serie de correos electrónicos cruzados tras la notificación de la adjudicación entre el representante de ABACANTO DIGITAL, S.A. y la mencionada funcionaria, sobre la cuestión de la puesta a disposición a ABACANTO DIGITAL, S.A. de la oferta técnica de la adjudicataria. Con posterioridad a la notificación de la adjudicación a ABACANTO DIGITAL, S.A. (que tuvo lugar el 27 de noviembre), la funcionaria D<sup>a</sup> P.T. remite correo electrónico al representante de ABACANTO DIGITAL, S.A. el 28 de noviembre de 2012, en el que se indica que *“tras haberlo consultado, efectivamente, no le podemos enseñar la oferta técnica de la empresa adjudicataria (artículo 153 del TRLCSP), a no ser que ella diera su consentimiento”*.

El artículo 153 del TRLCSP establece lo siguiente *“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”*

El precepto legal exige para denegar datos relativos a la adjudicación, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el mismo (obstaculizar la aplicación de una norma, ser la divulgación contraria al interés público, perjudicar intereses comerciales legítimos....) y la debida justificación al respecto en el expediente administrativo.

Examinado el expediente administrativo, la denegación de comunicación, se produce en el correo de D<sup>a</sup> P.T. , refiriéndose genéricamente al artículo 153 TRLCSP sin añadir motivación sobre cuál de los supuestos legales concurre ni las razones para considerar aplicable el precepto a la petición planteada. Tan sólo se añade en dicho correo la necesidad de consentimiento de la empresa adjudicataria para mostrar su oferta a otro licitador, consentimiento que no consta que se haya recabado.

En el informe emitido por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones a petición de este Tribunal, con motivo de la tramitación de este recurso, no se haya tampoco motivación suficiente sobre la denegación de la solicitud de ABACANTO DIGITAL, S.A. En el escrito de recurso especial esta cuestión se trata en el punto 11, y en referencia al punto 11, el informe de la citada Subdirección indica lo siguiente: *“La respuesta de la funcionaria citada en el escrito es acorde con el criterio que emplea la Mesa de Contratación en casos similares, en los actos preparatorios de cualquier recurso, a efectos de no lesionar posibles derechos de los demás licitadores en el procedimiento de contratación. Asimismo, hay que señalar que la Mesa no dispone en ningún momento de la documentación técnica que sirve de preparación del expediente, ni de las ofertas técnicas contenidas en el sobre nº 2, que entrega, en el mismo acto público de apertura al Centro gestor. Igualmente, tampoco ha tenido acceso en este procedimiento ni en cualquier otro, a las muestras entregadas que, en su caso, se hayan podido presentar”*. Como se puede comprobar, de este informe no se puede obtener motivación suficiente que permita deducir cuál o cuáles de las circunstancias legales son las que fundamentan, tras la adjudicación, denegar el acceso a la información requerida por ABACANTO DIGITAL, S.A.

La empresa adjudicataria, PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. en su escrito de alegaciones al recurso, sobre la cuestión de acceso de la recurrente al contenido de su oferta, señala lo siguiente: *“Asimismo, de lo afirmado por la recurrente en su recurso se constata la soterrada intención que pueda tener la recurrente de obtener cierta información*

*tecnológica, industrial o comercial de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., la cual, por otro lado, y ante la insistencia de la recurrente, ya le ha sido denegada por la propia Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, conforme a lo establecido en el artículo 153 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”. Como se puede comprobar, no aporta ninguna explicación la empresa adjudicataria que motive que el conocimiento de su oferta pueda afectar a sus intereses comerciales legítimos o a la competencia entre empresas, ni evidentemente tampoco a ninguno de los otros supuestos del artículo 153 (ser la divulgación contraria al interés público, ejecución acompañada de medidas de seguridad, etc.)*

El artículo 145.2 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...)”* El legislador, de esta manera, garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública; ahora bien, una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los casos expresamente previstos en el artículo 153 y, en particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1, al que luego nos referiremos.

Ninguna de estas circunstancias se ha acreditado que concurren por el órgano de contratación, observándose, por tanto, una falta absoluta de motivación en el correo electrónico que se remitió al licitador.

Por otra parte, la denegación de acceso a la documentación debería haberse acordado, en su caso, por el órgano de contratación, no constando en el expediente resolución alguna en este sentido de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información.

El incumplimiento de la debida obligación de motivación de la negativa de acceso a la documentación, así como la adopción de esta decisión por quien no tenía competencia para ello, determinan que este Tribunal deba declarar la nulidad de esta decisión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 54 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Séptimo.** Constatada la nulidad de la actuación que ha impedido el acceso a la oferta del adjudicatario, procede examinar si concurre causa legal de fondo para limitar al recurrente el acceso a la información que pretende.

Ya hemos visto que, ni el informe emitido por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, ni el escrito de alegaciones de la adjudicataria, ofrecen justificación a esta limitación de acceso.

Examinada por este Tribunal la oferta técnica del adjudicatario, debe señalarse que no se encuentra en el contenido de la misma ningún aspecto que justifique la confidencialidad de la oferta por razón de secreto comercial o técnico.

El artículo 140 del TRLCSP, al regular la confidencialidad como disposición directiva de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, establece lo siguiente:

*“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.”*

El legislador veda así a los órganos de contratación la divulgación de la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial. El legislador exige, pues, un doble requisito para no divulgar la información facilitada por los licitadores: que lo acuerde el órgano de contratación y que lo haya así designado el empresario.

Examinada la oferta de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., no consta que dicha empresa haya designado como confidencial ningún aspecto de su oferta al presentar la misma. Y, como hemos dicho, en su escrito de alegaciones ningún razonamiento se ofrece sobre cómo podría afectar esta divulgación a un secreto técnico o comercial.

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

*“Este precepto hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:*

*1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.*

*2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.*

*3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad.”*

Tras esta afirmación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa trae a colación la obligación de adecuada notificación de la adjudicación, a los efectos de que los interesados puedan conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación. Y, en relación con ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirma que *“la exigencia de motivación de la resolución de adjudicación, incluso en la forma más amplia que prevé el artículo 137.1, cuando lo soliciten los interesados, solo puede ser interpretada en el sentido de que si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él (...)”* Finaliza el dictamen con las siguientes conclusiones:



*“1. La obligación de confidencialidad regulada en el artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público sólo puede ser exigida respecto de aquellos extremos que hayan sido expresamente indicados por el licitador.*

*2. La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

Este Tribunal tiene declarado (resolución 62/2012), sobre la obligación de confidencialidad, 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. Así, en el artículo 140.1 se impone al órgano de contratación la obligación de no divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial.

Como hemos señalado anteriormente, no se hizo tal indicación por PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. al presentar su oferta, por lo que, siguiendo el criterio de este Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no procede ahora alegar una genérica confidencialidad para impedir el conocimiento de su oferta técnica por un licitador legitimado para impugnar la adjudicación. Debe de nuevo recordarse que en sus alegaciones al recurso ninguna justificación ofrece PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. sobre cómo pudieran quedar afectados sus secretos comerciales o técnicos por el conocimiento de su oferta técnica por parte del recurrente. La actual disconformidad de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., en sede de recurso especial de contratación, con la puesta a disposición de su oferta técnica, no resulta admisible, siendo constitutiva de fraude de ley en los términos previstos por el artículo 6.4 del Código Civil, infringiendo tanto el artículo 140.1 en su regulación de la confidencialidad, como los principios de publicidad y transparencia consagrados en el TRLCSP.

Procede, por lo tanto, ordenar la retroacción de la tramitación de este recurso, al objeto de que el órgano de contratación dé vista al recurrente del expediente de contratación,

incluida la oferta técnica del adjudicatario, al objeto de que el recurrente pueda fundar adecuadamente su recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación.

**Octavo.** No procede que este Tribunal se pronuncie sobre el resto de pedimentos del recurrente, que se analizarán una vez se haya cumplido el trámite de vista completa del expediente y se formulen por el recurrente, en su caso, las alegaciones que convengan a su interés.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Inadmitir, por extemporánea, la impugnación de los pliegos, formulada por ABACANTO DIGITAL, S.A., en su recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y la adjudicación del contrato de suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión digital terrestre, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

**Segundo.** Denegar la práctica de la prueba consistente en el examen de la documentación utilizada para el establecimiento de las especificaciones técnicas del pliego y la valoración del contrato, al ser improcedente por razón de la inadmisibilidad de la impugnación de los pliegos.

**Tercero.** Anular la notificación de la adjudicación realizada y acordar la retroacción de las actuaciones al objeto que se dé al recurrente vista del expediente íntegro, incluida la oferta técnica del adjudicatario, al objeto de pueda fundar adecuadamente su recurso especial en materia de contratación.

**Cuarto.** Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

**Quinto.** Declarar que no se aprecian circunstancias para la apreciación de mala fe en la interposición del recurso.

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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.