

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN

Resolución nº 68/2016

24 de octubre de 2016

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Alcaldía del Ayuntamiento de El Espinar (Segovia) convoca procedimiento abierto para la adjudicación del contrato del servicio de recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de El Espinar, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado el 4 y 16 de febrero de 2016, respectivamente, y en el perfil de contratante.

SEGUNDO.- Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de El Espinar nº 159/16, de 11 de agosto, se adjudica el referido contrato a la empresa Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. Dicha resolución se remite a la empresa recurrente el 12 de agosto.

TERCERO.- Previo su anuncio al órgano de contratación, el 31 de agosto de 2016 la empresa Recolte, Servicios y Medio Ambiente, S.A.U., representada por D. yyyy, presenta ante este Tribunal un recurso especial en materia de contratación contra el referido Decreto de adjudicación, en el que discrepa de la decisión adoptada por el órgano de contratación por considerar que se vulnera su derecho de acceso a la información suficiente para interponer el recurso, al no poder tomar conocimiento del estudio económico y de la justificación complementaria presentada por la adjudicataria a requerimiento de la Administración.

CUARTO.- Recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, se da traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones convenientes a su derecho.

La empresa adjudicataria hizo uso de este trámite y solicitó, por las consideraciones que detalla en su escrito, la desestimación del recurso. Por su parte, Onet-Seralia, S.A. se adhiere al recurso presentado, por considerar que “tanto la declaración genérica de confidencialidad, como la ausencia de motivación o fundamentación jurídica por parte del Órgano de contratación sobre la tal declaración hecha por la adjudicataria, son actuaciones contrarias a derecho que han provocado indefensión a Onet-Seralia, S.A. al impedirle formular con todas las garantías el recurso especial en materia de contratación nº 66/2016, el cual tramita este mismo Tribunal Administrativo al que ahora nos dirigimos”.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Recolte, Servicios y Medio Ambiente, S.A.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se interpone frente a la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por una Administración Pública, inserta en el ámbito objetivo del recurso especial de conformidad con lo establecido en los apartados 1.a) y 2.c) del artículo 40, del TRLCSP.

El recurso especial se presenta dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

3º. - La solución de fondo exige determinar si la adjudicación realizada ha respetado las disposiciones sobre confidencialidad y transparencia de los procedimientos de adjudicación previstas en la normativa de contratación y con ello el derecho material de defensa de la recurrente en orden a la interposición de un recuso fundado.

Sobre esta cuestión debe considerarse que el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación, particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso, aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP, que dispone: “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”. Proyectado sobre la notificación de la adjudicación el artículo 153, también faculta al órgano de contratación a no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación “cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede (...) perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas (...)”.

El Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, respecto de la posible contradicción entre el derecho a la confidencialidad (artículo 140 del TRLCSP) y el de transparencia de los procedimientos (artículo 1 del TRLCSP) indica que “Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario”.

En dicha confrontación, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 196/2016, de 11 de marzo, considera que “será menester acudir al caso concreto y a la documentación declarada confidencial por el licitador para determinar si se ha guardado un prudente equilibrio en la fijación de la documentación cuyo acceso estará vedado para el resto de los licitadores. (...) si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente”.

Sobre el alcance de la confidencialidad el referido Informe 15/2012 señala que “A estos efectos, es evidente que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias”.

Sobre el mismo particular, el Acuerdo 10/2015, de 21 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón refiere 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/o 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. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (Rec. STS 3243/2012), al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial: “Y esta exclusión incluye por ejemplo, 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”.

4º.-Aplicando la anterior doctrina al supuesto analizado resulta que, tras una primera declaración realizada el 30 de marzo de 2016 sobre la confidencialidad de determinados aspectos del tomo 2 de su oferta técnica relativos a los vehículos (sobre los que no se plantea controversia) y del estudio económico del servicio adjuntado a su oferta económica, el 28 de julio siguiente, a requerimiento del órgano de contratación, Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. mantuvo el carácter confidencial de aquella documentación y lo extendió a las aclaraciones sobre el estudio económico que fueron solicitadas por el Ayuntamiento.

La recurrente consultó el expediente el día anterior a la adjudicación (10 de agosto) y, tras la denegación de vista de los referidos documentos, reitera la petición de acceso mediante escrito presentado el 17 de agosto, cuya resolución no consta.

La recurrente alega indefensión por no tener a su disposición la información precisa para recurrir.

Sobre el estudio económico del servicio, la cláusula 14ª.C.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) señala que “La propuesta económica irá acompañada de manera ineludible del estudio económico del servicio, que justifique la oferta presentada, y que será revisado por los servicios técnicos municipales junto con dicha oferta.

»En el caso de surgir discrepancias se citará al licitador correspondiente, concediéndole un plazo de tres días a efectos de la justificación del estudio presentado.

»Si no se justificara la congruencia del estudio con la oferta económica presentada, la mesa de contratación procederá a su rechazo.

»El cálculo de estos presupuestos anuales estará debidamente justificado, presentando los Licitadores una descomposición del precio total anual a abonar por el Ayuntamiento, distribuido en las diversas partidas que lo integren, distinguiendo al menos, los siguientes capítulos:

- »- Gastos de personal.
- »- Costes de explotación, detallando los gastos en combustibles y lubricantes, así como los mantenimientos y reparaciones.
- »- Seguros e impuestos de los vehículos.
- »- Vestuario y herramientas.
- »- Instalaciones.
- »- Amortización de la inversión total de vehículos, maquinaria y cualquier otro material inventariable.

»La suma de estos capítulos, constituye los costes de Ejecución Material sobre los que se aplicarán los porcentajes de Gastos Generales y Beneficio Industrial, y aplicando sobre el total el impuesto sobre el valor añadido (I.V.A.), se obtendrá el precio final de los servicio objeto de concurso”.

Ciertamente, la falta de acceso a la documentación declarada confidencial impidió -o al menos dificultó- la interposición de un recurso dirigido a combatir la aceptación de la oferta de la adjudicataria, pero la indefensión alegada en el recurso solo se habrá producido si la denegación de acceso estuvo injustificada, o lo que es lo mismo, si la confidencialidad declarada por la ahora adjudicataria no debió quedar amparada por el órgano de contratación.

Según el escrito presentado el 28 de julio sobre confidencialidad del estudio económico y su aclaración, Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. considera que este apartado “reviste carácter confidencial al revelarse en el mismo precios de materiales, maquinaria y tecnología fruto de la relación comercial con terceros y relativas al know how de la empresa fruto de la experiencia desarrollada por VSM, cuya ventaja competitiva se vería seriamente perjudicada en caso de que otros licitadores pudieran acceder a los citados datos”.

Tal alegación es absolutamente genérica y si el órgano de contratación decidió ampararla sin conceder el acceso a la referida documentación a Recolte, Servicios y Medio Ambiente, S.A.U. debió motivar esta decisión, como sostiene la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales (entre otras, la citada Resolución 196/2016, de 11 de marzo, del Tribunal Central de Recursos Contractuales o la 248/2016, de 4 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

En este sentido, el estudio económico del servicio -y su aclaración-, en atención a la estructura definida para el mismo por la cláusula 14ª.C.b) del PCAP, no solo va más allá de los aspectos relativos a los materiales, maquinaria y tecnología referidos en el escrito de 28 de julio, sino que además recae sobre partidas cuya descripción y organización no fue declarada confidencial por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. en la justificación de la oferta técnica que, como se ha indicado anteriormente, solo afecta a determinados apartados de su tomo 2, concerniente a los vehículos. Tampoco se justifica el que se vea el acceso incluso al resumen del presupuesto anual que refleja el apartado 9 del estudio económico, con escaso detalle por partidas, cuyo conocimiento hubiera permitido a Recolte, Servicios y Medio Ambiente, S.A.U. valorar, siquiera globalmente, la coherencia del estudio con la oferta de la recurrente a los efectos de apreciar la procedencia de su admisión, de acuerdo con la misma cláusula 14 que determina que “Si no se justificara la congruencia del estudio con la oferta económica presentada, la mesa de contratación procederá a su rechazo”.

El órgano de contratación por su parte, no ha contestado a la solicitud de acceso formulada el 17 de agosto por la recurrente y, por lo tanto, no ha motivado adecuadamente el sacrificio del principio de publicidad en favor de la confidencialidad de la información, por lo que deberá resolver la discrepancia decidiendo sobre los derechos en presencia en atención a la naturaleza de los datos sobre los que versa aquella, de acuerdo con el TRLCSP y los criterios anteriormente expuestos en su interpretación.

Este Tribunal considera que dentro del estudio económico puede haber elementos protegidos por la excepción de confidencialidad, pero que también puede haber otros que no lo estén. En atención a ello, el órgano de contratación debió realizar un esfuerzo suficiente para delimitar qué parte de la documentación señalada por el licitador era realmente confidencial. Al no hacerlo ha vulnerado el derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado y limitado con ello el derecho de defensa del recurrente.

5º. - En cuanto a los efectos del incumplimiento, las consideraciones anteriores determinan que deban retrotraerse las actuaciones al momento posterior al de la notificación de la adjudicación. En este momento el órgano de contratación deberá dar vista del expediente al recurrente en la parte de la oferta del adjudicatario no incurso en confidencialidad, con pronunciamiento expreso al efecto, con el fin de que la recurrente pueda fundamentar, en su caso, nuevo recurso contra la adjudicación. A este efecto, una vez cumplimentado el acceso a la información, se abrirá un nuevo plazo para recurrir la adjudicación.

No procede, por el contrario, estimar la solicitud de adhesión al recurso formulada por la empresa Onet-Seralia, S.A., por cuanto ninguna indefensión alegó al respecto en el recurso especial en materia de contratación por ella presentado el 31 de agosto de 2016 (nº 66/2016), ni la cuestión de fondo en él planteada guarda relación con un eventual desconocimiento por su parte del estudio económico presentado por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. y de su aclaración.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero,

III. RESUELVE

PRIMERO.- Estimar, por los argumentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por Recolte, Servicios y Medio Ambiente, S.A.U., contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de El Espinar (Segovia) nº 159/16, de 11 de agosto, por el que se adjudica el contrato del servicio de recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de El Espinar y, en consecuencia, ordenar la retroacción de las

actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación a fin de que se proceda en los términos expuestos en el último fundamento de esta Resolución.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación a los efectos indicados.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).