

Recursos 119/2018 y 122/2018 (acumulados)

Resolución nº 114/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 30 de noviembre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. G.A.S. actuando en nombre y representación de URBASER, S.A., recurso 119/2018, y por D. A.A.D., recurso 122/2018, en nombre y representación de SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión del punto limpio de Ayuntamiento de Gondomar, expediente 904/2016 este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Gondomar se convocó la licitación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión del punto limpio, con un valor estimado declarado de 4.227.003,78 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOE del 16.09.2017 y en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 19.09.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- El acuerdo impugnado por los dos recursos es la adjudicación del contrato a la UTE “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. E INGESER ATLÁNTICA, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/82 DE 26 DE MAYO” (ECOGONDOMAR UTE en adelante).

Cuarto.- El día 08.11.2018 URBASER, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal, recibiendo el número de recurso 119/2018.

Por el mismo medio, interpuso recurso la SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN (GESECO en adelante) el día 13.11.2018, recibiendo el número de recurso 122/2018.

En base al artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, procede acumular los recursos 119/2018 y 122/2018 a efectos de su resolución conjunta.

Quinto.- Con fechas 08.11.2018 y 14.11.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Gondomar el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 19.11.2018.

Sexto.- Se trasladaron los recursos a los interesados con fecha 20.11.2018, recibéndose las alegaciones al recurso 122/2018 de las empresas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. e INGESER ATLÁNTICA, S.L., empresas integrantes de la UTE ECOGONDOMAR UTE adjudicataria del contrato.

Séptimo.- Este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación mediante Resoluciones de los días 15.11.2018 y 21.11.2018, referidas a cada uno de los recursos presentados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP los presentes recursos se tramitaron conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el 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.

Tercero.- Los recurrentes fueron licitadores en el procedimiento de contratación, quedando URBASER clasificada en tercera posición y GESECO en la segunda, por lo que se reconoce su legitimación *ad procesum* para la presentación de este recurso. Igualmente, y como analizaremos posteriormente, sus recursos se fundamentan, uno de forma total y otro principalmente, en la tramitación y resolución por el órgano de contratación de sus solicitudes de acceso a la documentación del expediente de la licitación, que les impidió la interposición de un recurso debidamente fundado, por lo que también les procede reconocer su legitimación *ad causam*, además de que GESECO es la segunda clasificada en el procedimiento de licitación.

El órgano de contratación en su informe se opone a la legitimación de URBASER, S.A. por entender, por un lado, que no existe perjuicio a su esfera jurídica pues tuvo conocimiento suficiente de la motivación de los actos de la licitación y, por otro, no obtendría beneficio de la interposición del recurso pues no se recurren *“actos tendentes a la obtención de la condición de adjudicatario, ni de la empresa que obtuvo la segunda posición”*.

Estos argumentos no pueden ser acogidos por este Tribunal. El primero, porque precisamente su motivo de recurso es el deficiente acceso a la información de la licitación, por lo que el argumento del Ayuntamiento podría dar lugar a la desestimación del recurso, pero no a su inadmisión. Y el segundo, porque defendiendo el recurrente su derecho a interponer un recurso fundado y solicitando acceso a la documentación para poder ampliar esos motivos de recurso, no le son oponibles motivos de inadmisión que solo podrían dilucidarse en un momento posterior.

Cuarto.- El acuerdo de adjudicación fue notificado a los recurrentes los días 23.10.2018 (a URBASER) y 25.10.2018 (a GESECO), por lo que los recursos fueron interpuestos dentro del plazo legal.

Quinto.- Siendo el acto impugnado la adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a los 100.000 euros, el recurso es admisible en ese aspecto.

Sexto.- URBASER, S.A. señala que el día 26.10.2018 solicita el acceso al expediente de contratación, petición que reitera el día 07.10.2018, sin que el Ayuntamiento se pronuncie al respecto, por lo que solicita en su recurso que este Tribunal le permita acceder a la documentación y le conceda plazo para formular las alegaciones complementarias en virtud de lo previsto en el artículo 52 LCSP. En un escrito de ampliación a su recurso especial señala que recibió la comunicación del Ayuntamiento permitiéndole el acceso al expediente con posterioridad a la presentación de su recurso, lo que vulnera su derecho de defensa.

GESECO formula como primera petición de su recurso que se ordene la retroacción del expediente a los efectos de que el órgano de contratación otorgue nueva vista del expediente, alegando que no se permitió el acceso a parte de la documentación de la adjudicataria en base únicamente a una genérica declaración de confidencialidad efectuada por esta, sin pronunciamiento al respecto del órgano de contratación. Además, argumenta diversos vicios en la oferta de la adjudicataria determinantes de su exclusión y critica el procedimiento de contratación de la empresa que efectuó los informes de valoración.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al recurso presentado por URBASER indicando que estima de difícil cumplimiento en el ámbito de la administración local el escaso plazo de cinco días que la ley prevé para conceder acceso al expediente, por lo que el retraso argumentado en el recurso se debe considerar “proporcional”.

En cuanto al recurso presentado por GESECO, señala el órgano de contratación que entiende no procede la retroacción solicitada ya que el recurrente fue quien de presentar recurso suficientemente fundado, con cita en una anterior Resolución de este Tribunal y, solicita que sea este mismo TACGal quien se pronuncie, en su caso, sobre la confidencialidad en base a lo previsto en el artículo 56.7 de la LCSP y la mayor especialidad técnica de este Tribunal.

Además, se opone a los argumentos del recurso sobre los motivos de exclusión de la oferta de la adjudicataria.

Octavo.- Las integrantes de la UTE adjudicataria presentan las mismas alegaciones, si bien en escritos diferenciados. Defienden la declaración de confidencialidad de su oferta y se oponen al resto de argumentos formulados en el recurso 122/2018.

Noveno.- En primer lugar, debemos referirnos a la tramitación seguida por el órgano de contratación respecto a las solicitudes de acceso al expediente para aludir con posterioridad a la problemática de la confidencialidad de las ofertas.

Así, URBASER, como vimos, argumenta que no le fue concedido con anterioridad a la interposición del recurso el debido acceso al expediente, oponiendo el Ayuntamiento que le fue otorgado en un plazo “proporcional”, que no se pudo reducir por los necesarios trámites a cumplimentar para someter el asunto a la consideración del órgano competente, el Pleno de la Corporación.

Pues bien, de la vista del expediente resulta que URBASER presentó una primera solicitud de acceso el día 26.10.2018 y una segunda el 07.11.2018, siéndole notificada la posibilidad de acceder al expediente el día 08.11.2018, con posterioridad a la presentación de su recurso y una vez finalizado el plazo legal de cinco días hábiles fijado en el artículo 52.2 de la LCSP que señala:

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

Se comprueba de la propia redacción del artículo que facilitar el acceso a la documentación del expediente en ese plazo es una expresa obligación que corresponde al órgano de contratación, no sujeta por lo tanto a posibles cuestiones internas o de organización. Si bien ese incumplimiento no supone automáticamente un vicio invalidante de la licitación, sí destacamos que el propio artículo advierte que esa solicitud de acceso no paraliza el preclusivo plazo de quince días para la interposición del recurso especial, por lo que el estricto cumplimiento por el órgano de contratación de su deber supone una necesaria garantía del derecho que le corresponde a un licitador a interponer un recurso fundado. Derecho que se ve cercenado en este caso

en la medida en que el retraso en el acceso le impide al recurrente conocer los documentos del expediente cuando su solicitud fue presentada en el Ayuntamiento, y esto no es irrelevante, el primero día hábil posterior a recibir la notificación de la adjudicación.

En este sentido, respecto a este caso concreto y sin entrar a valorar los respectivos ámbitos competenciales de los distintos órganos municipales, además de lo dicho, no podemos dejar de señalar que constan en el expediente remitido a este Tribunal solicitudes de acceso de licitadores durante la tramitación de la licitación resueltas por la Alcaldía municipal, lo que no favorece el pilar de la defensa municipal en este punto.

Décimo.- En cuanto al segundo recurrente, GESECO, fundamenta su impugnación en que el indebido e incompleto acceso concedido a la documentación del expediente en base a una genérica declaración de confidencialidad efectuada por esta, sin que exista pronunciamiento expreso al respecto del órgano de contratación. En este sentido, critica que la declaración de confidencialidad de la adjudicataria alcanza documentos de forma genérica y le dificultan su derecho a interponer un recurso suficientemente fundado.

El artículo 140.1 del TRLCSP se refiere al principio de confidencialidad y señala que:

“sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad 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”.

En el mismo sentido, el artículo 153 del TRLCSP:

“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”

Por lo tanto, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador impugnante y el derecho a la protección de los intereses comerciales de quien es adjudicatario, necesariamente se debe encontrar un equilibrio que, protegiendo esos intereses, no desvirtúe el derecho de un licitador a interponer un recurso fundado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, señala sobre la interpretación del artículo 124.1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (140.1 TRLCSP):

“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 sólo 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’.”

Y este mismo informe concluye que *“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”.*

La Junta Consultiva de Cataluña en su Informe 11/2013 argumenta:

“la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que

necesariamente, debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego”.

Son varias las Resoluciones de los Tribunales Administrativos que exigen igualmente un examen por parte del órgano de contratación de si los extremos declarados confidenciales por los licitadores merecen tal carácter. Así, la Resolución 110/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid señala:

“En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos”

Y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 196/2016, también indica 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”.

Y en el mismo sentido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su Resolución 118/2017:

“debemos resaltar que -como ya señalaba la Resolución 19/2016, de 15 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- el principio de publicidad y transparencia propio de la contratación administrativa exige que el acceso al expediente sea la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas, la excepción. Por ello, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción y en justificar adecuadamente la limitación del acceso”.

En aplicación de la anterior doctrina, el primero que aprecia este Tribunal es que el acuerdo del Ayuntamiento que deniega el acceso a determinados documentos de las ofertas únicamente recoge como justificación el siguiente:

“Al entender que podría estar amparado por la cláusula de confidencialidad”.

Esta simple expresión no se puede considerar que motive de manera suficiente el interés que podría verse afectado de conceder el acceso solicitado, ni permite a este Tribunal entender que el Ayuntamiento procedió al necesario análisis de la documentación que forma parte de las ofertas, sino que parece fundamentarse de manera casi exclusiva en la propia declaración formulada por la adjudicataria. En ese sentido, y como aspecto indiciario, no se hizo una valoración respecto al hecho, relevante, de que no conste, en cambio, en el expediente ni se puso de manifiesto ante este Tribunal declaración de confidencialidad sobre sus ofertas efectuada por los ahora recurrentes.

Es igualmente destacable que del propio análisis de la oferta de la adjudicataria resulta que varios de los documentos declarados confidenciales en su totalidad difícilmente merezcan esa consideración global. Así, y sin afán de exhaustividad, por ejemplo, el denominado *“Documento de síntesis”* recoge diversos aspectos que si tendría que explicar porque deben tener encaje bajo el paraguas de la confidencialidad. Por citar alguna, información relativa a los *“datos para el dimensionamiento del servicio”*, la descripción de los contenedores para los distintos tipos residuos, los horarios y frecuencias de los servicios previstos en el objeto contractual, los cálculos de las toneladas recogidas,..., son todos aspectos que se agotan en la propia oferta presentada a esta licitación, que configuran intrínsecamente a misma, lo que, a priori, y sin perjuicio del análisis y en su caso justificación a hacer, no parece que estén en el ámbito de los secretos comerciales para oponerlo ante el derecho de defensa de los recurrentes, todo dicho sin ánimo de agotar la cuestión.

La Resolución 196/2016 del TACRC ya citada anteriormente señala 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”.

Y añade que:

“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, el órgano de contratación debió de realizar un esfuerzo suficiente para delimitar que parte de la documentación solicitada por los licitadores era realmente confidencial. Al no hacerlo vulneró su derecho de acceso a la información suficiente para interponer un recurso especial fundado y limitó indebidamente el derecho de defensa.

En ese sentido, nos encontramos ante un recurrente, GESECO, al que el órgano de contratación solo permitió un acceso parcial a la documentación solicitada debido a una incorrecta declaración de confidencialidad. Y otro recurrente, URBASER, al que no le fue concedido el acceso en el plazo legalmente fijado, acceso que, en todo caso, le fue concedido posteriormente del mismo modo parcial.

Por lo que necesariamente debemos concluir que los reclamantes no pudieron conocer las características de la oferta declarada ganadora en la licitación, lo que les impidió contrastar debidamente los motivos de la decisión tomada por el órgano de contratación y ejercitar, en su caso, su derecho a impugnarla, de entenderla no conforme con la normativa contractual.

Al respecto de la cita que el órgano de contratación efectúa en su informe al respecto de nuestra anterior Resolución 75/2018 de este Tribunal, en la que desestimábamos la petición de acceso solicitada por el recurrente, procede señalar dos diferencias principales con respecto a este caso ahora enjuiciado. Así, en aquel

supuesto el recurrente tuviera acceso a la mayor parte de la oferta de la adjudicataria, limitándose la declaración de confidencialidad a aspectos concretos de la oferta sin referirse a documentos de manera global, aparecía en el expediente fundada y, además, documentación equivalente había sido también declarada confidencial por el propio recurrente. Ninguna de estas circunstancias suceden en el caso actual.

Así, procede estimar los recursos presentados y retrotraer el procedimiento al punto posterior a la notificación de la adjudicación, a los efectos de que el órgano de contratación, a la vista de lo expuesto, permita el acceso a los recurrentes a la documentación solicitada, con excepción de aquellas partes que, de modo concreto y suficientemente razonado, declare confidenciales. A tal efecto, podrá requerir a la adjudicataria la presentación de la justificación que estime pertinente al respecto de los documentos de su oferta que declaró confidenciales. Por lo que, una vez notificado el debido pronunciamiento del órgano de contratación sobre ese acceso, se abrirá un nuevo plazo a los ahora recurrentes para impugnar la adjudicación ante este Tribunal.

Dado el carácter revisor de este Tribunal, solo una vez pronunciado de manera motivada el órgano de contratación, podremos valorar, de exponerse nuevamente esta cuestión ante este TACGal, si es realmente confidencial la parte de la oferta que se consideró como tal.

Así lo entiende el TACRC en su Resolución 710/2014:

“En cuanto a los efectos del incumplimiento que hemos concluido que existe en el presente caso, 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 técnica del adjudicatario no incurso en confidencialidad, pronunciándose expresamente al efecto, con el fin de que el 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 las adjudicaciones de los distintos lotes.”

En el mismo sentido, Resoluciones 95/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, Acuerdo 94/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra o Resolución 63/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** parcialmente los recursos 119/2018 y 122/2018 interpuestos por URBASER, S.A. y la SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión del punto limpio de Ayuntamiento de Gondomar, en base a lo recogido en esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.