

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 9 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de The Nonwovens Project, S.L., contra la resolución de adjudicación del contrato de suministro de toallitas desinfectantes para la limpieza y desinfección de superficies y equipamiento médico no invasivo ni sumergible, número de expediente P.A. 2022-0-57, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en fecha 5 de octubre de 2022, en el Perfil del Contratante del Hospital Universitario La Paz, alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 170.280 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron cinco licitadores, entre ellos, el recurrente.

Segundo.- Por la mesa de contratación en sesión celebrada el 26 de octubre de 2022, se procede a la apertura y calificación de la documentación administrativa de los cinco licitadores participantes y a la posterior apertura de archivo comprensivo de la oferta técnica.

Emitido informe técnico, por el mismo órgano de asistencia, en sesión de 21 de diciembre de 2022, se procede a la apertura de las ofertas económicas, a excepción de la presentada por IMARK, al haberse informado que la misma no cumple las prescripciones técnicas.

Visto el informe de puntuaciones emitido el 12 de enero de 2023, la mesa acuerda en fecha 1 de febrero de 2023, proponer la adjudicación a Barna Import Médica, S.A. y el órgano de contratación adjudica el contrato a la referida mercantil el 2 de febrero.

El 7 de enero, se solicita vista del expediente al órgano de contratación por el ahora recurrente, al objeto de revisar la documentación técnica correspondiente a todos los licitadores. El órgano de contratación facilita la vista del expediente el día 8 de febrero, en los términos que se analizarán en la fundamentación jurídica.

Tercero.- El 20 de febrero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de NONWOVENS en el que solicita la exclusión del resto de licitadores por incumplimiento de prescripciones técnicas. Solicita asimismo el acceso a determinada documentación del expediente a efectos de ampliar o modificar el escrito de recurso.

El 28 de febrero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no recoge argumentación para el levantamiento de la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo establecido, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de Barna Import Médica, S.A., oponiéndose a la admisión del recurso y, subsidiariamente, solicitando su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitadora en el procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP), pues a pesar de ostentar el cuarto lugar en la clasificación de ofertas, pretende la exclusión de los tres licitadores que le preceden en el orden.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de febrero de 2023, practicada la notificación al día siguiente, coincidiendo con la fecha de publicación, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 20 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, este se basa en una sospecha de incumplimiento por parte del resto de licitadores de determinadas prescripciones técnicas, lo cual, indica la recurrente, no ha sido objeto de posible comprobación en el acto de vista del expediente, pues no se ha permitido el acceso a la documentación técnica necesaria.

Señala la recurrente tener *“claros indicios y sospechas de que las empresas clasificadas por delante, incumplen con el PPT y, por tanto, debieron ser excluidas del procedimiento”*. En la misma línea, avanzando en el escrito se aduce que *“según nuestros indicios ni el adjudicatario BARNA IMPORT MEDICA S.A. (en adelante, BARNA) ni el resto de licitadores, esto es, ECOLAB HISPANO-PORTUGUESA, S.L.U.*

(en adelante ECOLAB) y VESISMIN, S.L. (en adelante VESISMIN) cumplen con todas y cada una de las prescripciones técnicas establecidas en el Pliego Técnico (PPT)”.

En concreto, centra la recurrente sus sospechas de incumplimiento en las siguientes prescripciones técnicas de obligado cumplimiento:

- Eficacia antimicrobiana. Concretamente actividad fungicida UNE-EN 13624 y virucida UNE-EN 14476, todo ello de acuerdo con la UNE-EN 14885:2019.
- Composición del principio activo; concretamente la formulación a base de amonios cuaternarios combinada con agentes detergentes.

Alega asimismo NONWOVENS que al objeto de poder demostrar estas sospechas y aportar al Tribunal los medios de prueba suficientes para acreditar *“los distintos incumplimientos del PPT por parte de las ofertas del resto de empresas”*, se solicitó acceso al expediente. Y que, en el acto de vista del expediente, no se permitió a NONWOVENS examinar la documentación obrante en el mismo relativa a las ofertas de BARNA, ECOLAB y VESISMIN, pues según el órgano de contratación, estas mercantiles habían designado como confidencial la documentación que NONWOVENS necesita comprobar, en concreto, la ficha de seguridad del producto o, en su defecto, la ficha técnica, la acreditación de cumplimiento del Test UNE-En de las toallitas y la presentación comercial. Apunta a que estos documentos se encuentran disponibles en las webs de todos los fabricantes de toallitas y están por tanto al acceso de cualquier persona, por lo que en ningún caso pueden ser declaradas confidenciales. Recoge que *“NONWOVENS dispone de estos tres documentos que corresponden a las tres licitadoras, pero como no podría ser de otro modo, necesita acceder a los que se han presentado en cada una de las ofertas”*.

Señala, por otro lado, que en ningún momento se le mostraron las declaraciones de confidencialidad de las empresas a cuya documentación querían acceder, ni las justificaciones de tales declaraciones.

En base a lo anterior, solicita se le conceda visualizar la documentación declarada confidencial y así, fundar suficientemente su recurso, en la medida en que no disponen de los documentos necesarios para la comprobación de sus sospechas.

Por su parte, el órgano de contratación defiende que el interesado tuvo acceso al expediente con fecha 8 de febrero, permitiéndole ver la documentación del propuesto adjudicatario, a excepción de aquella que había designado como confidencial, así como los informes y valoraciones para la elaboración de la resolución de la adjudicación. Señala que las ofertas de los licitadores no son información pública, no cumpliendo los presupuestos del artículo 12 de la Ley de Transparencia, cuyo objeto es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, no pudiendo facilitarse al acceso cuando su divulgación, perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda afectar a la competencia leal entre operadores económicos.

Nada se dice en el informe al respecto de los incumplimientos mencionados por la recurrente en relación a las ofertas del resto de licitadores.

En último término, el adjudicatario del contrato alega ausencia de legitimación de la recurrente, al haber quedado clasificada en cuarto lugar, con opciones remotas de convertirse en adjudicataria, sin aportar prueba de incumplimiento contra las tres mercantiles que le preceden. Entiende asimismo que justificó correctamente la designación de su documentación técnica como confidencial cuando presentó su proposición a la licitación, no siendo toda ella declarada confidencial, habiendo actuado correctamente el órgano de contratación al preservar su confidencialidad y afirma que la recurrente contaba con toda la información suficiente para conocer los motivos por los cuales BARNA IMPORT fue adjudicataria. Finalmente apunta la inexistencia de razones para contradecir la valoración técnica efectuada por el órgano de contratación al evaluar la adecuación de las ofertas de las tres licitadoras, por lo que cuestiona el ánimo dilatorio de la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes y, considerando que el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, si bien, se basa en meras sospechas de incumplimiento de prescripciones por el resto de licitadores, sospechas que, a juicio de la recurrente, no han podido ser objeto de verificación por haberse negado el acceso a la documentación técnica, la cuestión se centraría en dilucidar, en primer término, si la información a la que tuvo acceso la recurrente fue suficiente para interponer recurso fundado contra la adjudicación, o si esta, fue insuficiente, impidiendo formular adecuadamente el recurso.

El expediente remitido por el órgano de contratación no contiene los documentos relativos a la solicitud de vista del expediente, ni al acto de vista celebrado en las dependencias del Hospital. Por este motivo, para resolver la controversia, el examen efectuado por este Tribunal parte de los documentos aportados por la recurrente. Constata este Tribunal a partir de los mismos que NONWOVENS solicitó, amparándose en el artículo 52 de la LCSP, vista del expediente en fecha 7 de febrero de 2023, en los siguientes términos:

*“(...) es deseo de esta parte mostrar **nuestro especial interés en la revisión de la documentación técnica aportada por el resto de licitadores, incluido el adjudicatario del Lote 1, concretamente la aportada por todas las mercantiles en cumplimiento de la cláusula Especificaciones Técnicas del PPT y aquella documentación que acredita el cumplimiento de los criterios de adjudicación de este Expediente, así como efectuar las copias oportunas a los efectos de ejercer nuestro derecho de defensa**”.*

*“...esta parte solicita **visualizar el informe técnico completo** toda vez que en respuesta a nuestra solicitud del pasado 6 de febrero, únicamente se nos facilitó un extracto del informe, concretamente la información relativa al adjudicatario y a Nonwovens, **siendo nuestro interés acceder al informe completo con la información de todos los licitadores**”.*

En la misma fecha, el órgano de contratación comunicó a NONWOVENS la posibilidad de acceder al expediente al día siguiente, en las dependencias del órgano de contratación.

De lo anterior se desprende que la recurrente cumplió en tiempo y forma con los requisitos establecidos por el artículo 52 de la LCSP para solicitar el acceso al expediente. Por su parte, el órgano de contratación facilitó su acceso en el plazo establecido, sin perjuicio de lo establecido para los límites de la confidencialidad alegada, que se analizan a continuación.

El órgano de contratación no ha justificado adecuadamente, ni en el expediente, ni en su informe de alegaciones al recurso, que la documentación cuyo acceso ha sido denegado al recurrente afecte a secretos técnicos o comerciales o se corresponda efectivamente con aspectos confidenciales de la oferta. No consta resolución de denegación de acceso, por lo que no puede este Tribunal examinar su motivación.

El alcance de la obligación de confidencialidad impuesta a los órganos de contratación respecto de la información contenida en las ofertas de los licitadores puede constituir un límite al principio de transparencia y al derecho de defensa de los licitadores que no han resultado adjudicatarios, si bien, como señala el TACRC en su Resolución nº 1014/2017, de 27 de octubre, *“en relación con las situaciones de conflicto entre ambos derechos –derecho de acceso a la información y derecho a la no divulgación de la información confidencial- cabe destacar las siguientes conclusiones: - Ante la situación de conflicto entre los dos derechos apuntados, debe buscarse el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 829/2015 o 343/2015). - La información cuya confidencialidad se preserva se ciñe a aquélla que, dentro de la que haya sido proporcionada por el licitador, haya sido expresamente calificada por éste como confidencial, de manera que las empresas licitadoras quedan vinculadas por la propia declaración de confidencialidad que efectuaron al formular su oferta. - La vinculación a la declaración de confidencialidad no alcanza al órgano de*

contratación, que debe examinar las ofertas presentadas y decidir qué partes de las mismas son verdaderamente confidenciales y cuales otras pueden ser revisadas por el resto de licitadores, en orden a la formulación de un recurso fundado. Debe tenerse en cuenta que la materia genuinamente confidencial son los secretos técnicos o comerciales, 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 (en este sentido, JCCA de Aragón, Informe 15/2012, de 19 de septiembre). - No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen a la totalidad de la oferta de manera indiscriminada, pudiendo considerarse las mismas abusivas”.

Esta doctrina ha sido ampliada más recientemente, siendo resumida en la Resolución 1069/21, de 12 de noviembre, del mismo Tribunal:

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, la resolución de adjudicación impugnada contiene la exposición resumida de las razones que han llevado a la exclusión de IMARK-HOSPITAL, S.L., la puntuación total del resto de licitadores, incluido el adjudicatario, así como el nombre de este último y el importe de adjudicación.

Consta publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid acta de la mesa de contratación de fecha 1 de febrero de 2023 que contiene la propuesta de adjudicación de la licitación que nos ocupa en los siguientes términos:

“(…)

P.A. 2022-0-57 Suministro de toallitas desinfectantes para limpieza y desinfección de superficies y equipamiento médico no invasivo ni sumergible. EMPRESA ADJUDICATARIA IMPORTE BARNA IMPORT MEDICA S.A. lote único 72.600,00 € IMPORTE TOTAL IVA INCLUIDO (21%) 72.600,00 € PLAZO DE EJECUCION: 24 meses”.

Tratándose de un expediente cuya adjudicación atiende a varios criterios (precio, actividad virucida y compatibilidad con metacrilato), no consta publicado el desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, ni las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de la selección de su oferta con preferencia respecto de las presentadas por el resto de licitadores admitidos al procedimiento, tal como exige el artículo 151.2 de la LCSP.

La notificación de la adjudicación que consta en el expediente se limita a la remisión de la resolución de la adjudicación.

Aunque según consta en el informe del órgano de contratación, en el acto de vista del expediente se dio acceso a los informes y valoraciones para la elaboración de la resolución, la documentación solicitada por el licitador en vía administrativa venía referida al cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de todos los licitadores. Este cumplimiento se acredita en el expediente a través del informe técnico de fecha 12 de enero de 2022, en el que se hace constar que todos los licitadores cumplen con las especificaciones técnicas.

Como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, las apreciaciones técnicas de los órganos de contratación sobre el cumplimiento de las prescripciones gozan de una presunción de veracidad, presunción *iuris tantum*, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario. En el caso que nos ocupa, esta presunción no ha sido destruida por las alegaciones del recurrente, pero ello a resultas de la imposibilidad de acceso a la documentación necesaria, sin que conste la pertinente motivación, lo cual ha conducido a la formulación de un recurso basado en una mera sospecha.

El órgano de contratación no ha resuelto motivadamente qué parte de la documentación declarada confidencial por los licitadores lo es realmente, por lo que no puede este Tribunal entrar a revisar la misma, siendo posible la vulneración del derecho de NONWOVENS de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado, limitando su derecho de defensa y causándole indefensión.

Procede, por tanto, retrotraer actuaciones al momento de la solicitud de vista de la documentación por parte de NONWOVENS, a efectos de que se resuelva por el órgano de contratación sobre la confidencialidad o no de los documentos solicitados por la recurrente en relación a las ofertas presentadas por los otros tres licitadores y, en su caso, se dé acceso a esta para que pueda completar su recurso.

No siendo posible entrar en el fondo del asunto, se mantiene la suspensión de la tramitación del expediente hasta la resolución del recurso interpuesto contra la adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de The Nonwovens Project, S.L., contra la resolución de adjudicación del contrato de suministro de toallitas desinfectantes para la limpieza y desinfección de superficies y equipamiento médico no invasivo ni sumergible, número de expediente P.A. 2022-0-57, con retracción de las actuaciones establecidas en el fundamento jurídico quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Mantener la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.