

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

En Madrid, a 20 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sacyr Facilities, S.A. (en adelante SACYR), contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Concesión de servicios energéticos para la gestión integral del servicio del alumbrado público exterior del término municipal de Miraflores de la Sierra”, expediente: 4764/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 30 de diciembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.829.230 de euros y su plazo de duración será de quince años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 1 de marzo de 2023, la mesa de contratación propuso la adjudicación del contrato de referencia a la empresa ACEINSA MOVILIDAD S.A.

Con fecha 13 de marzo de 2023, el órgano de contratación aceptó la propuesta de la mesa de contratación adjudicando el contrato a la empresa propuesta.

Tercero.- El 4 de abril de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial *ad cautelan*, formulado por la representación de SACYR contra la adjudicación del contrato solicitando acceso al expediente.

Cuarto.- El 12 de abril 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.

Quinto.- 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.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario 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 que han sido presentadas el 19 de abril, dentro del plazo establecido.

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 clasificada en segundo lugar *“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).

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 13 de marzo de 2023, notificado el 14 del mismo mes, e interpuesto el recurso el 4 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En primer lugar, SACYR solicita vista del expediente.

Señala que solicitó hasta en dos ocasiones, vía instancia general, vista y copia del expediente administrativo de referencia. La primera solicitud se realizó con fecha 15 de marzo de 2023. Ante el silencio del órgano de contratación y con el consiguiente transcurso del plazo para poder interponer el presente recurso especial, se volvió a presentar la misma solicitud el pasado 24 de marzo de 2023.

El órgano de contratación, con fecha 30 de marzo de 2023, les remitió la siguiente documentación: Carpeta 1 de los licitadores, Acreditación de la Solvencia económica y financiera de la licitadora en propuesta y, en relación con la Carpeta 2 de la licitadora propuesta como adjudicataria, se les informa de que la sociedad

ACEINSA MOVILIDAD, S.A. presentó declaración de confidencialidad en todos y cada uno de los documentos que forman dicha carpeta, que se refiere a la oferta técnica.

A su juicio, declarar toda la oferta técnica como confidencial vulneraría el principio de transparencia y de confidencialidad establecido en el artículo 133 de la LCSP.

Añade que, en aras del principio de la buena fe y doctrina de los actos propios, su representada declaró confidencial sólo cierta documentación y datos que se relacionaban en la Carpeta nº 2 (oferta técnica), relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor para la licitación de la contratación del expediente de referencia, especificando la documentación declarada confidencial y los motivos por los que debían ser considerados como tales.

Concluye señalando que dado que el plazo para interponer el presente recurso especial en materia de contratación, vence el 5 de abril, y que, al momento de la presentación del presente recurso no se ha podido realizar el trámite de vista de la documentación solicitada, se presenta el presente recurso, *ad cautelam* a falta de sustanciarse la vista de la documentación contenida en la Carpeta 2 o sobre técnico, en el órgano de contratación y, en su caso, en el propio Tribunal.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que, en cuanto a la confidencialidad, no se ha hecho más que respetar lo dispuesto en el artículo 133.1 LCSP y en las previsiones sobre el particular que se determinan el PCAP que rigen el contrato de referencia y que no han sido impugnados.

La confidencialidad designada por la empresa adjudicataria no se ha extendido a toda la oferta, sino tan sólo a los documentos de la carpeta nº 2 "*documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor*", tal y como se prevé en las Cláusulas 5 y 13.2 del PCAP.

A su juicio, a quien compete la responsabilidad de designar qué información es confidencial o no, es al licitador en el momento de presentar su oferta.

Manifiesta que la recurrente, tal y como se observa en su declaración de confidencialidad, ha declarado confidencial prácticamente toda su carpeta 2. Es decir, se alega la invalidez de los términos de la declaración de confidencialidad referida a ciertos documentos de la oferta del contratista adjudicatario cuando la recurrente ha hecho exactamente lo mismo. Tal circunstancia es contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios.

Por su parte, el adjudicatario alega que el contenido técnico de su oferta, que acertadamente ha declarado confidencial la mesa de contratación, se ajusta a los límites establecidos por la normativa contenida en el artículo 133 de la LCSP. Únicamente solicita la declaración confidencial de la parte técnica de la misma, no así de toda la oferta como exige el art. 133 LCSP, siendo públicos aquellos elementos esenciales de la misma.

Hace hincapié en el impacto que podría tener para la estrategia empresarial de ACEINSA el hecho de que sus directos competidores pudieran conocer el contenido de dicho ámbito meramente técnico, lo que evidencia que dicha situación la situaría en una clara situación de desventaja competitiva.

Vistas las alegaciones de las partes procede traer a colación el artículo 133.1 de la LCSP: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.*”

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

Respecto a la doctrina sobre la confidencialidad mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, es de interés traer a colación su Resolución 409/2023, de 30 de marzo que dice: *“Por otro lado, también ha venido señalando este Tribunal que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación. Así señalamos en la resolución 343/2015: “ A estos efectos, este Tribunal considera 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 solicitado 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". En definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso pueda invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador".

Corresponde, por tanto, al órgano de contratación analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para, en base al artículo 133.1 de la LCSP, poder otorgarle tal carácter y de ese modo, resolver motivadamente sobre la solicitud de acceso al expediente prevista en el artículo 52 de la LCSP.

Pues bien, aplicadas las consideraciones anteriores al caso que nos ocupa, este Tribunal ha de declarar que no ha habido ninguna decisión del órgano de contratación sobre la declaración de confidencialidad hecha por el adjudicatario sobre

su oferta. No obstante, procede destacar, en el caso que nos ocupa dos circunstancias relevantes a la hora de resolver el recurso.

La primera de ellas concierne al informe técnico de 13 de febrero de 2023 que contiene la valoración de ofertas referidas a criterios sujetos a juicio de valor (sobre 2). Se trata de un informe prolijo y extenso y explica con claridad las razones que han conducido a la valoración de todos los criterios para cada uno de los licitadores, desglosando cada criterio en subcriterios, justificando la valoración otorgada. El informe fue publicado en el perfil del contratante. Dado que, como admite la doctrina, la vista del expediente tiene un carácter instrumental destinado a la fundamentación del recurso, el recurrente pudo realizarla en base a la documentación publicada.

En segundo lugar, la documentación técnica que la recurrente incluye en el sobre 2 recoge los siguientes apartados:

- Archivo 1: Propuesta de gestión energética de la Prestación P1.
- Archivo 2: Propuesta de programa de mantenimiento de las instalaciones de la Prestación P2.
- Archivo 3: Propuesta de la garantía total de la Prestación P3.
- Archivo 4: Propuesta para las obras que el licitador se compromete a realizar dentro de la Prestación P4.
- Archivo 5: Propuesta para el protocolo de comunicación con el ciudadano.
- Archivo 6: Resto de documentación técnica requerida y que irá claramente referenciada en los documentos anteriores para su estudio y análisis.

Pues bien, salvo el archivo 6, el resto de documentación que es la que sirve para valorar la oferta, compuesta por 324 páginas, es declarada confidencial por la recurrente.

Como señala la Resolución 254/2020, de 20 de febrero del TACRC: *“Además, como alega el órgano de contratación, la empresa recurrente AON declaró confidencial todo el contenido de su oferta, por lo que pretender ahora acceder al*

contenido de un determinado documento de la oferta de la empresa adjudicataria supone ir contra sus propios actos”.

Por todo lo anterior, procede denegar el acceso al expediente solicitado.

Sexto.- Respecto al fondo del asunto, dado que la recurrente presenta recurso *ad cautelam* y dada la denegación del acceso al expediente, se debe entrar a conocer su fundamentación en los términos que constan en el recurso.

Al no existir la más mínima fundamentación del motivo del recurso procede su inadmisión de conformidad con el artículo 116 2) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común, por aplicación supletoria de la LCS de acuerdo con su disposición final cuarta.

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.- Denegar el acceso al expediente solicitado.

Segundo.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sacyr Facilities, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Concesión de servicios energéticos para la gestión integral del servicio del alumbrado público exterior del término municipal de Miraflores de la Sierra”, expediente: 4764/2022.

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

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- 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.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL