

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Agenor Mantenimientos, S.A., (en adelante AGENOR) contra la resolución de adjudicación, dictada con fecha 9 de noviembre de 2021, por el Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, del contrato del “servicio de mantenimiento integral de los equipos e instalaciones electromédicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, con número de expediente SARA-SER 001/21, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 23 de agosto de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 2.254.560,00 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente. Todas ellas fueron admitidas a licitación en la sesión de la Mesa de Contratación de 21 de septiembre de 2021.

En sesión pública de la Mesa de Contratación el 6 de octubre de 2021 tuvo lugar la confirmación de que las ofertas técnicas presentadas por todos los licitadores admitidos que cumplen con las especificaciones técnicas mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y la lectura del informe técnico en cuanto a la valoración de los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor. A continuación se procedió a la apertura del sobre número 3 (documentación relativa a los criterios de adjudicación por aplicación de fórmulas y oferta económica) y la consideración de oferta más ventajosa.

La oferta económica presentada por Ferroviaal Servicios, S.A.U., que es la mejor valorada, incurre en valores anormales o desproporcionados, por lo que se le concede un plazo de tres días hábiles para que justifique adecuadamente el bajo nivel de los precios ofertados. Aportada la justificación de la viabilidad de su oferta, fue informada por los servicios técnicos, considerando la Mesa de Contratación, en sesión de 20 de octubre de 2021, que la oferta presentada por Ferroviaal Servicios, S.A.U. se encontraba convenientemente justificada, y por tanto, acordó admitirla por unanimidad y proponer dicha oferta como la de mejor relación calidad-precio al órgano de contratación.

El 26 de octubre se requiere al ofertante con mejor relación calidad-precio para que aporte en el plazo de diez días hábiles la documentación indicada en las cláusulas 1, apartado 16, y cláusula 15 del PCAP.

Aportada dicha documentación, el 9 de noviembre de 2021, el órgano de contratación, a propuesta de la Mesa de Contratación resuelve aprobar la propuesta de considerar la oferta con mejor relación calidad-precio la oferta de Ferroviaal Servicios, S.A.U., adjudicando el contrato.

Con fecha 30 de noviembre de 2021, AGENOR presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia.

El 7 de diciembre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y preceptivo informe.

Tercero.- 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 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 (en adelante 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 (en adelante 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 se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- 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. Con fecha 17 de diciembre tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones efectuadas por la adjudicataria, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho Quinto y Sexto de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 notificado el 10 de noviembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 30 de noviembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Solicita en primer lugar que le sea concedida vista del expediente. Señala que el motivo de impugnación de la resolución de adjudicación se basa en la existencia de una imposibilidad material de comprobar si la oferta presentada por la empresa que ha resultado adjudicataria reúne ciertos requisitos, en concreto, los referidos a la subcontratación, los medios técnicos aportados, los aspectos valorados de forma automática y la justificación de su baja susceptibles de la valoración recibida por el órgano de contratación.

Considera que la excepción de confidencialidad del derecho de acceso al expediente administrativo no justifica la denegación del acceso a la práctica totalidad de los documentos de la oferta del adjudicatario. En este sentido, el principio de

confidencialidad no es absoluto, sino que debe ponerse en relación con los principios de transparencia, publicidad y contradicción y debe estar justificado en todo momento, con el fin de no causar una indefensión injustificada, como sucede en este caso. Trae a colación, en apoyo de su tesis, diversas resoluciones de Tribunales de resolución de recursos contractuales. En el caso que nos ocupa, considera que se ha realizado un uso abusivo y desproporcionado de la confidencialidad de determinados documentos que integran el expediente administrativo y sobre los cuales se ha denegado el acceso de AGENOR.

Concluye señalando que la declaración de confidencialidad no puede abarcar la práctica totalidad de la oferta presentada ni, mucho menos, resulta admisible ofrecer una justificación tan vaga como la realizada por dicha sociedad, al indicar que ciertos documentos contienen datos sujetos a la LOPD, pues dichos datos siempre pueden ser tachados, mostrando el resto de la información contenida en la oferta. Tampoco se especifican qué secretos técnicos o comerciales, o qué información concreta, debe ser preservada por parte del órgano de contratación frente a los competidores de la adjudicataria, produciéndose un tremendo acceso de la declaración de confidencialidad.

Por su parte, el órgano de contratación, alega como cuestión preliminar que AGENOR, es el actual prestatario del servicio de electromedicina del Hospital, como consecuencia de la adjudicación del anterior expediente (P.A.23/14), por un importe mensual de 38.820,83 euros mensuales.

Califica de incomprensible el recurso presentado interpuesto por AGENOR, siendo suficiente para entender este calificativo la reproducción de los apartados fundamentales de la declaración de confidencialidad de AGENOR que consta en el expediente:

“(...) se declaran confidenciales las siguientes informaciones y documentos de la oferta, que se indican a continuación, por razón de su vinculación a secretos

técnicos o comerciales, personales y correspondientes así mismo al Know-how de la empresa:

0. OBJETIVOS Y POLÍTICA EMPRESARIAL

NO SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

1. PLAN DE MANTENIMIENTO Y MEMORIA TÉCNICA

1.1 Planes de mantenimiento.

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

1.2 Memoria técnica

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

2. PLANIFICACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

2.1 Estructura organizativa del personal adscrito al servicio excluyendo al equipo de respuesta rápida

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

2.2 Estructura organizativa y cualificación profesional del equipo de respuesta rápida adscrito al servicio

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

3. MEDIOS TÉCNICOS Y GESTIÓN DEL ALMACÉN.

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

4. METODOLOGÍA DE LA PUESTA EN MARCHA DEL SERVICIO E INVENTARIO

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

5. GESTION Y CONTROL INFORMATIZADO DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

6. PLAN DE FORMACIÓN PARA USUARIOS Y TÉCNICOS DE ELECTROMEDICINA DE LOS CENTROS.

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

ANEXO A PROPUESTA PLAN MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y TÉCNICO LEGAL

NO SE CONSIDERA CONFIDENCIAL

ANEXO B ACUERDOS DE COLABORACIÓN PARA SUBCONTRATACIÓN

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL
ANEXO C PROCEDIMIENTOS DE INSPECCION Y MANTENIMIENTO
PREVENTIVO (PIMP).

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL
ANEXO D TITULACIONES OFICIALES

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL
ANEXO E MEMORIA MANSIS

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL
ANEXO F MEMORIA GIM

SÍ SE CONSIDERA CONFIDENCIAL”.

A la vista de esta declaración de confidencialidad presentada por la recurrente, considera que queda acreditado que ella misma ha declarado confidencial documentación equivalente a la que denuncia ha realizado Ferrovial Servicios S.A.U., con lo que la declaración realizada por AGENOR frente a Ferrovial Servicios S.A.U. va contra el principio de sus propios actos, ya que en tanto para ella sí reclama ese derecho se lo niega al otro licitador. Como puede apreciarse fácilmente, la práctica totalidad de la oferta presentada por AGENOR ha sido declarada confidencial por la recurrente alegando razones legítimas, que como tales han sido consideradas por este órgano de contratación, tanto para AGENOR como para el resto de licitadores, entre ellos el adjudicatario, Ferrovial Servicios S.A.U.

A mayor abundamiento, señala que los “*concretos aspectos*” que AGENOR desea examinar de la oferta de la adjudicataria, alegando indefensión, han sido declarados por la propia recurrente como “*confidenciales*” cuando se trata de su oferta.

Concluye señalando que el recurrente ha tenido acceso a los informes emitidos por los servicios técnicos del Hospital, que constan en el expediente, y que contienen amplia y suficiente información para poder fundamentar, en su caso, un recurso:

- Informe sobre los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. Documento de 24 páginas, con explicación pormenorizada de la valoración.

- Informe sobre la justificación de la oferta económica considerada desproporcionada.

Documento de 7 páginas, con explicación pormenorizada de los motivos que justifican la viabilidad de la oferta económica.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 133 de la LCSP establece que *“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 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 informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, *“Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”*, señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 133 de la LCSP) 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 la 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”.*

Este Tribunal considera oportuno recordar que el principio de transparencia contemplado en el artículo 132 de la LCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 133 y 155.3 LCSP, que se han de interpretar conforme a los criterios que se desprenden del citado informe 46/09, por lo que en el supuesto que estamos analizando se ha puesto ese expediente a disposición del recurrente con las debidas garantías y la limitación como confidencial de aquellos datos que así se han considerado como tales tanto por el adjudicatario como por el propio órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, resulta significativo que la recurrente haya declarado confidencial la mayor parte de su oferta, en concreto la propia documentación que ahora exige ver de la oferta de adjudicatario. Por ello, pierden consistencia las alegaciones formuladas por el recurrente al afirmar que *“la declaración de confidencialidad no puede abarcar la práctica totalidad de la oferta presentada ni, mucho menos, resulta admisible ofrecer una justificación tan vaga como la realizada por dicha sociedad, al indicar que ciertos documentos contienen datos sujetos a la LOPD, pues dichos datos siempre pueden ser tachados, mostrando el resto de la información contenida en la oferta. Tampoco se especifican qué secretos técnicos o*

comerciales, o qué información concreta, debe ser preservada por parte del órgano de contratación frente a los competidores de la adjudicataria, produciéndose un tremendo acceso de la declaración de confidencialidad”.

Si la recurrente hubiera sido coherente con este planteamiento, no debió declarar confidencial la mayor parte de la documentación incluida en su proposición. En este sentido se ha pronunciado el TACRC en su Resolución 166/2019 *“En conclusión, la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente”.*

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias que, en su sentencia de 26 de junio de 2018, señala: *“La doctrina de los actos propios, que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del "venire contra factum proprium non valet", proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente”.*

Por otro lado, respecto a la justificación de la baja temeraria, no existe obstáculo a que parte de dicho informe sea declarado confidencial. En este sentido se ha pronunciado el TACRC, entre otras, en su Resolución 828/2020, de 17 de julio *“Este Tribunal ha señalado de forma reiterada (por todas, Resolución nº 148/2017) que la justificación ofrecida puede tener carácter confidencial ya que en dicha justificación pueden contenerse datos explícitos sobre procedimientos de gestión, económicos o estratégicos que sean efectivamente los que hacen viable la oferta”.*

El informe del órgano de contratación sobre la justificación de la baja y era más que suficiente para conocer los motivos y razonamientos que han llevado al órgano de contratación a considerar justificada la oferta.

Este Tribunal considera que el acceso a la documentación en toda la extensión posible ha sido facilitada por el órgano de contratación, adoptando un criterio sensato y acorde con el principio de igualdad de trato de los licitadores, por lo que no corresponde iniciar un nuevo trámite de acceso al expediente ya que la recurrente contaba con todos los elementos necesarios para la argumentación de su recurso.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en que Ferrovial Servicios, S.A.U. no dispone de un programa específico para fabricar piezas de repuesto, aspecto que ha sido valorado positivamente por la Mesa de Contratación, en el informe de justificación de baja temeraria de esta empresa.

Por su parte, el adjudicatario alega que en su oferta técnica, y el informe de valoración así lo corrobora, esta mejora simplemente alude a los equipos obsoletos, es decir de aquellos equipos para los que los fabricantes hayan determinado por finalizado el mantenimiento o servicio y en ningún caso propone lo contrario al uso de repuestos originales, homologados y/o autorizados por los fabricantes. Por lo que, únicamente, como indica el informe técnico de valoración, se propone una mejora para alargar la vida útil de los equipos obsoletos, es decir, de los que no existe la alternativa de comprar repuestos oficiales del fabricante. Esta mejora no ha sido propuesta en el apartado de medios técnicos al que pide acceso AGENOR, como bien indica el informe técnico de valoración, sino en el apartado de Plan de mantenimiento y memoria técnica, concretamente en el Plan de mantenimiento correctivo.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma *“en este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción*

de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero). En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)”.

Vistas las alegaciones de las partes y el expediente de contratación, no cabe sino acoger las alegaciones del órgano de contratación y del adjudicatario, sin que en el informe de justificación de la baja temeraria se aprecie error o arbitrariedad en los términos manifestados por la recurrente, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

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, en los términos señalados en el

Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Agenor Mantenimientos, S.A., contra la resolución de adjudicación, dictada con fecha 9 de noviembre de 2021, por el Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, del contrato del “servicio de mantenimiento integral de los equipos e instalaciones electromédicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, con número de expediente SARA-SER 001/21.

Tercero.- 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 sanción 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.