

Recurso 321/2024
Resolución 355/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 30 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC)**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Construcción del nuevo centro de proceso de datos de la Junta de Andalucía (C11I3 PRTR)», (Expediente EXPT24-00024), tramitado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de julio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, anuncio de licitación del contrato de obras indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos y demás documentación de la licitación fueron puestos a disposición de los interesados en el citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 23.139.326,57 euros.

Posteriormente, se publicó anuncio de rectificación de errores en el perfil de contratante, el día 8 de agosto de 2024. En esa misma fecha se publica en el citado perfil diversa documentación: pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), acuerdo de rectificación de los pliegos, anexo memoria cambio de criterios y memoria revisada.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El 31 de julio de 2024, se presentó en el Registro Electrónico Común de la Administración General del Estado dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra los pliegos originalmente publicados, el 19 de julio de 2024. El procedimiento de recurso fue declarado concluido mediante Resolución 337/2024, de 23 de agosto, dado que habían sido objeto de modificación las cláusulas impugnadas por la recurrente.

SEGUNDO. El 14 de agosto de 2024, se presentó en el Registro Electrónico Común de la Administración General del Estado dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante la recurrente o CNC), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares rectificadas, el 8 de agosto de 2024, del procedimiento de contratación anteriormente mencionado.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida, por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal, el día 20 de agosto de 2024.

Con fecha 23 de agosto de 2024, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, mediante la Resolución MC 105/2024. Además, se acuerda la suspensión del plazo concedido para la presentación de ofertas.

No ha sido necesario conceder plazo de alegaciones dado que a la fecha de la suspensión del plazo de presentación de proposiciones no se había presentado oferta alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre,



señala que «Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

En este sentido, el artículo 3 de los estatutos de la asociación recurrente justifica los fines de la misma, y señala que uno de ellos será la defensa de los intereses de sus miembros y del desarrollo de la economía sectorial, siendo uno de sus fines la interlocución institucional ante los organismos públicos y privados. A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

La recurrente impugna en primer lugar el procedimiento llevado a cabo por el órgano de contratación para la modificación de los pliegos rectores de la licitación. En este sentido argumenta que por medio de la modificación se introducen nuevas obligaciones a los contratistas con un elevado coste económico por lo que entiende que se ha conculcado los artículos 122 y 136 de la LCSP. En segundo lugar, alega la desproporción de una condición especial de ejecución del contrato que se ha establecido y que conlleva la resolución del mismo en caso de incumplimiento.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, rector de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Procede ahora analizar si el recurso fue presentado en el plazo legal previsto para ello. Sobre esta cuestión, el órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso al considerar que el mismo es extemporáneo. De forma resumida, el órgano de contratación considera que en tanto se recurre la cláusula 14 del anexo I del PCAP y el mismo no fue objeto de modificación respecto del contenido inicial publicado el 19 de julio de 2024, el recurso



presentado el 14 de agosto, se habría presentado fuera del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Sobre lo anterior, este Tribunal considera que si bien el órgano de contratación entiende que no se ha producido una modificación sustancial en la redacción del citado apartado del anexo I del PCAP, lo cierto es que sí se ha variado el contenido del mismo en cuanto a la tercera causa de resolución del contrato, que precisamente fue lo que conllevó que el anterior escrito de impugnación de la CNC fuera declarado concluso por la pérdida sobrevinida de su objeto. En este sentido, este Tribunal concluye que ha de estarse, a efectos de considerar el recurso interpuesto en plazo, a la fecha de modificación de los pliegos, circunstancia que se produjo como se ha mencionado el 8 de agosto de 2024.

Por tanto, en cuanto al plazo de interposición del recurso, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el mismo se ha presentado de acuerdo a lo establecido en el artículo 50, letra b) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso que se examina se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por NEXT (MRR- Next Generation EU), con una tasa de cofinanciación del 81 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, dado que el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, señala que *«Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los actos y decisiones dictados en relación con los contratos a que se refiere este artículo tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta ante los respectivos órganos competentes para resolver»*, y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que tendrán preferencia siempre que *«se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos»*.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

En primer lugar, la recurrente alega el incumplimiento del procedimiento para la modificación del pliego. Manifiesta, que además de modificar los criterios de adjudicación se introducen nuevas obligaciones para las empresas contratistas con un importante contenido económico, con incumplimiento del artículo 136 de la LCSP. Argumenta, que tampoco consta el informe jurídico que avale estas modificaciones contractuales.

Solicita por ese motivo que se proceda a anular la modificación efectuada.

En segundo lugar, manifiesta que se ha introducido de forma totalmente improcedente, una condición esencial de ejecución del contrato que conlleva una causa de resolución del mismo, con unas consecuencias totalmente desproporcionadas para el contratista. Se trata, argumenta, del incumplimiento del deber de confidencialidad.



Alude a la configuración actual del apartado 14 del anexo I del PCAP que establece como causa de resolución del contrato la siguiente: «3. Será causa de resolución el incumplimiento de la condición especial de ejecución en relación con la obligación de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos y las exigencias de confidencialidad previstas en el presente pliego, en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de infraestructuras críticas, configurándose ambas como obligaciones contractuales esenciales de conformidad con lo dispuesto en el apartado f) del apartado 1 del artículo 211 de la LCSP».

Argumenta que no procede establecer el incumplimiento del deber de confidencialidad como causa de resolución del contrato puesto que el deber de confidencialidad no ha sido conceptuado ni como «obligación contractual de carácter esencial» con respeto al principio de libertad de pactos y por no haber sido establecida con suficiente claridad en el pliego.

Afirma, que existe una desproporción entre el supuesto incumplimiento del deber de confidencialidad y las consecuencias de su incumplimiento. Alude al contenido del compromiso de confidencialidad a suscribir por el licitador y en que se indicaría: «La entidad receptora de la información asume el compromiso de responder ante SANDETEL y, en última instancia, ante la Junta de Andalucía, por los perjuicios que se detraigan de la vulneración del presente compromiso y que sean acreditados debidamente por SANDETEL y/o la Junta de Andalucía. Así como del impacto que una vulneración de la confidencialidad pudiera terminar teniendo sobre el proyecto, incluyendo la pérdida de financiación europea, si como consecuencia de la necesidad de modificarlo, no pudiera ejecutarse en los plazos exigidos por la normativa reguladora de dicha financiación». Sobre lo anterior, la recurrente manifiesta que con relación a las condiciones especiales de ejecución reguladas en el artículo 202.1. de la LCSP, que las mismas pueden establecerse siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y que no sean directa o indirectamente discriminatorias por lo que a su juicio no podría ser causa de resolución. Alude a doctrina sobre la cuestión y entiende que la cláusula es abusiva.

Además, argumenta que de acuerdo a la legislación vigente contractual no podría establecerse el incumplimiento relacionado con la confidencialidad como una causa de resolución del contrato, dado que la actual LCSP no concede al órgano de contratación la facultad de incluir en el pliego causas de resolución distintas a las establecidas en la ley.

Con relación a la desproporción alude también a que en el compromiso de confidencialidad se haría referencia a que el contratista debe asumir los costes, en su caso, de la pérdida de la financiación europea, sobre la que se desconoce su importe, entiende que esa obligación no respeta los límites del artículo 34.1. de LCSP sobre la libertad de pactos.

Por lo anterior, solicita que se declaren nulos tanto el apartado 14 del anexo I y el compromiso de confidencialidad establecido en el PCAP, así como el resto de documentación «concordantes por su configuración como causa de exclusión». Asimismo, solicita que el actual recurso sea acumulado al anteriormente presentado RCT295/2024.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone a los argumentos del recurso manifestando lo siguiente:

Con relación a la primera cuestión del recurso, manifiesta que a efectos del artículo 211 de la LCSP, lo que se procede es a dar una redacción clarificadora a los pliegos con relación a la confidencialidad. Así indica: «No



existe, en ningún caso, modificación de la regulación contenida en el pliego en relación a este aspecto de la confidencialidad, ni por tanto una introducción ex novo de una obligación esencial». Alude a doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en concreto a la Resolución 787/2020, de 10 julio, para defender su actuación en el procedimiento de licitación.

Asimismo, manifiesta: «tanto la aprobación del pliego de 19 de julio como la rectificación y aprobación del segundo pliego el 8 de agosto se han acordado por el Órgano de Contratación de Sandetel, y han sido publicados en DOUE y en el perfil del contratante de Sandetel conforme a la LCSP y la jurisprudencia al respecto, según la memoria rectificadora de la misma fecha y que también ha sido publicada y manteniendo inalterados el resto de circunstancias e informes para el mismo.

Junto con todo ello se dio traslado de la información relevante al respecto mediante correo electrónico a los interesados en la licitación que ya habían presentado el Acuerdo de Confidencialidad firmado (y que fue remitido en junto al primer informe a ese tribunal).

Además, se ha ampliado generosamente el plazo de presentación de ofertas desde el 8 de agosto que se publicaron las correcciones hasta el 11 de septiembre, lo cual implica más de un mes, lo que supera incluso a lo que habría sido obligatorio en el caso de un nuevo plazo de presentación.

Así las cosas, en el supuesto que se impugna, y como ya hemos argumentado, no es posible atender la pretensión de la recurrente de la declaración de nulidad, de la cláusula 14 del Anexo I así como del “compromiso de confidencialidad” y demás concordantes por su configuración como causa de resolución, pues no incurre en motivos de nulidad de pleno derecho, que además han de apreciarse de forma excepcional y restrictiva».

Con relación a la segunda cuestión, argumenta que en el escrito de impugnación parece existir una contradicción: *«incidir sobre la falta de establecimiento del incumplimiento del deber de confidencialidad como condición esencial, lo que parece contradecir lo expuesto y fundamentado en el motivo primero de impugnación, en el que se ataca precisamente el haber modificado el pliego introduciendo, supuestamente ex novo, como condición esencial, la confidencialidad».*

Con relación a la alegación de la recurrente relativa a que no se conoce el importe de la financiación europea argumenta: *«Sobre el desconocimiento o la falta de concreción del importe financiado mediante fondos europeos, en el Anexo I del PCAP (desde la primera versión publicada el 15 de agosto) se incluye expresamente una vez indicado el presupuesto de licitación del contrato (20.139.326,57 Y I.V.A. NO Incluido) que el porcentaje de cofinanciación es del 81% (exceptuando el IVA) por lo que el importe sería precisamente de ese importe, 20.139.326,57 euros».*

A continuación, el órgano de contratación analiza la conformidad con la LCSP de la cláusula relativa a la confidencialidad, llegando a la conclusión de que la misma respeta lo establecido en el artículo 211 de la LCSP. Asimismo, argumenta que no infringe el artículo 34.1. de la LCSP y figura enumerada de manera inequívoca en los pliegos.

En lo relativo a la vinculación de la confidencialidad con el objeto del contrato manifiesta lo siguiente: *«Así, la obligación de confidencialidad está indisolublemente unida al objeto del contrato, pues el mismo no es otro que la construcción de una infraestructura crítica, para cuya protección es indispensable el mantenimiento del carácter reservado de la información que el órgano de contratación facilitará a los licitadores y, en particular, al contratista, por tanto, siendo que el objeto de la condición de confidencialidad es precisamente la protección de la infraestructura a construir, está vinculado al objeto del contrato».*



Por otro lado, con relación a la proporcionalidad en el establecimiento de la causa de resolución del contrato el órgano de contratación afirma lo siguiente: *«En cuanto a la proporcionalidad, no cabe duda que las consecuencias de cualquier resolución de un contrato, por grave que pueda resultarle al contratista, no es comparable a los potenciales efectos que para el interés público puede tener un posible ataque a infraestructuras críticas motivado por una falta de diligencia en la tutela de la información confidencial que necesariamente debe trasladar el órgano de contratación a los licitadores, y en particular al contratista, para la adecuada ejecución del contrato. También, en relación con la proporcionalidad, es de destacar como la regulación que al respecto se establece en el pliego no impide al contratista ejecutar el proyecto, ni compartir, de manera controlada y bajo supervisión de SANDETEL, la información con subcontratistas o proveedores, lo que pretende evitarse es que circulen, de manera incontrolada, informaciones que permitan a terceros perjudicar al interés público y a los ciudadanos de Andalucía. Por tanto, lo que se configura como causa de resolución es el incumplimiento de una obligación esencial del contrato, al haber incurrido el contratista en una vulneración de la confidencialidad que pone en peligro el propio objeto del proyecto, la infraestructura crítica a construir, y los servicios públicos prestados desde la misma; en definitiva, el interés público».*

Con relación a la alegación de la recurrente sobre el desmedido coste de esta obligación, afirma lo siguiente: *«No compartimos la alegación pues en este caso se trata de una obligación de un “no hacer”, no se han incluido partidas adicionales a las ya presupuestadas, siendo que dicha obligación de realizarse no tiene coste alguno para los licitadores o para el futuro contratista.*

Serían las consecuencias de este incumplimiento lo que inevitablemente conllevaría un coste derivado por los perjuicios ocasionados y conforme a lo que se establece en la propia LCSP».

Por todo lo anterior, solicita la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

De forma previa a entrar en el núcleo del asunto y con relación a la solicitud de CNC sobre la acumulación del presente recurso con el expediente RCT295/2024, procede manifestar que el dictado de la Resolución 337/2024, de 23 de agosto, anteriormente citada, hace que no sea ya posible atender a lo solicitado por la recurrente.

Pues bien, visto lo alegado por las partes procede ahora entrar en el fondo de la controversia que se centra en analizar los efectos de la modificación efectuada en los pliegos y la configuración del establecimiento de una de las causas de resolución del contrato.

En primer lugar, la recurrente desde una perspectiva formal cuestiona la forma en la que el órgano de contratación ha procedido a modificar los pliegos, sobre esta cuestión argumenta que vía corrección de errores ha introducido nuevos derechos para el órgano de contratación y obligaciones para el contratista. Entiende que no se trata de un error material, ni de hecho ni aritmético. Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta que no se ha procedido a realizar una modificación de los pliegos sino a dar una redacción clarificadora de los mismos con relación a la obligación de la confidencialidad como esencial, y con relación a los criterios de adjudicación argumenta que la recurrente no impugna la modificación que se ha realizado.

Sobre esta cuestión y sin prejuzgar la naturaleza de los cambios efectuados en el PCAP, procede como el órgano de contratación manifiesta en su informe, invocar la doctrina mantenida por el TACRC, que se resume en su Resolución 787/2020, 10 de julio, en la que tras analizar una modificación efectuada en los pliegos y determinar que la misma no era un error material manifiesta *«Sin embargo, ello no ha de llevarnos a la consecuencia*



anulatoria pretendida por el recurrente, y en ello en aplicación de la doctrina de este Tribunal que se acaba de extractar. En efecto, la rectificación se acuerda en un momento muy inicial de la licitación, cuando solo se habían publicado los correspondientes anuncios y aún estaba corriendo el plazo de presentación de ofertas (debe tenerse en cuenta la suspensión de plazos producida por el estado de alarma, que se ha reseñado en el fundamento jurídico cuarto). Por otro lado, se cumple con el requisito previsto también en esa doctrina, con fundamento en la LCSP, otorgándose una –considerable– ampliación del plazo de presentación de ofertas.

Cumplidos ambos requisitos, los principios de economía procedimental y celeridad hacen procedente rectificar el pliego ampliando el plazo de presentación de ofertas, como se hizo, pues ello consigue los mismos resultados que la retroacción de actuaciones ahorrando trámites y tiempo y sin merma alguna en la protección de los derechos de los licitadores».

Como indica el órgano de contratación en el presente supuesto, en el momento de la rectificación no se había presentado todavía ninguna oferta, la rectificación fue publicada en el perfil de contratante con ampliación del plazo de presentación de proposiciones, por lo que, en definitiva, los mismos efectos se han producido que con la retroacción de actuaciones que solicita la recurrente y no se ha producido merma alguna en la protección de los derechos de los licitadores.

Se ha de tener en cuenta que aunque se aceptara a meros efectos dialécticos que la infracción alegada por la recurrente respecto del artículo 136.2 de la LCSP se hubiera producido, se habría de considerar que no ha quedado acreditada que la hipotética irregularidad procedimental haya sido determinante de una merma de los derechos que invoca la recurrente (v.g. Resolución 144/2024, de 9 de abril de este Tribunal), no se aprecia irregularidad invalidante o determinante de anulabilidad respecto de los extremos denunciados por la recurrente, sin que se haya acreditado que la supuesta infracción le impidiese cumplimentar algún trámite, con merma de su derecho de defensa. En este sentido la recurrente ha presentado un recurso suficientemente fundado en derecho argumentando las cuestiones que ha considerado oportunas.

Así y como por ejemplo se argumenta en la Resolución 87/2024, de 23 de febrero, de este Tribunal, entendemos que ninguna indefensión *stricto sensu* se ha causado a la recurrente con la rectificación de los pliegos ya que, como se desprende del contenido del recurso, ha podido impugnar el mismo, por lo que no se le ha generado indefensión material para poder rebatir el acto impugnado.

Como señala el Tribunal Constitucional (Sentencia 258/2007, de 18 de diciembre) “(…) una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella” (...). Este Tribunal sigue reiterando que para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie”.

Finalmente menciona que no le consta el informe jurídico que avale estas modificaciones del pliego. Sobre esta cuestión no manifiesta infracción alguna, tan solo afirma el desconocimiento de si existe o no un informe jurídico sobre la modificación. Respecto a esta alegación, la recurrente no concreta un petitum o una solicitud, no permitiendo a este Órgano realizar un pronunciamiento al respecto.

Por tanto, recapitulando todo lo anterior, hemos de concluir que la infracción formal que denuncia no ha generado indefensión material, por lo que procede la desestimación de este primer motivo de recurso.



En segundo lugar, la recurrente cuestiona la causa de resolución del contrato relativa a la confidencialidad. De una forma confusa en una parte del escrito de impugnación se manifiesta que se ha establecido la confidencialidad como una condición esencial de ejecución, si bien, más adelante indica que la misma no se ha configurado debidamente al establecerse de manera subrepticia en un anexo, sin la debida concreción. Argumenta que la cuestión sobre la confidencialidad no estaría relacionada con el objeto del contrato, con infracción del artículo 202.1 de la LCSP y que las consecuencias de su incumplimiento son desproporcionadas y que no respetan la libertad de pactos.

Pues bien, procede en primer lugar analizar si la cuestión relativa a la confidencialidad se ha establecido en los pliegos rectores de la presente licitación como condición especial de ejecución. En este sentido en la cláusula 12.2. del PCAP se recogen las condiciones especiales de ejecución del contrato y se especifica que en el anexo I apartado 9 del PCAP se indicarán las mismas.

En el citado apartado 9 del anexo I, al enumerar las condiciones especiales de ejecución del contrato se establece la siguiente: «3. *Respeto a la confidencialidad exigida en los términos previstos en la cláusula 12.3 del PCAP y los apartados 13 y 14 del presente anexo I. Esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del artículo 211.1 de la LCSP*».

De lo anterior, queda claro que el respeto a la confidencialidad queda establecido como una condición especial de ejecución y que se ha recogido de una forma suficientemente clara en los pliegos. Con relación al desarrollo de la condición especial de ejecución, se ha de mencionar la cláusula 12.3 del PCAP que establece «*La persona contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le atribuya el referido carácter en el Anexo I-apartado 13 o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que en el mismo apartado del citado Anexo I-apartado 13 se establezca un plazo mayor. No podrá transferir información alguna sobre los trabajos a terceras personas o entidades sin el consentimiento expreso y por escrito de la Junta de Andalucía, y será necesario que con la formalización del contrato se anexe al mismo el documento de acuerdo de confidencialidad recogido en el Anexo XIII del pliego. La persona contratista no podrá, sin previa autorización escrita de SANDETEL, publicar noticias, dibujos ni fotografías de las obras, ni autorizar a terceras personas su publicación. SANDETEL se reserva el derecho de hacer, editar, proyectar y, en cualquier forma, explotar directa o mediante acuerdos con terceras personas cuantos reportajes fotográficos, audiovisuales y de todo tipo, crea oportunos de las obras que ejecute la persona contratista*».

Además, el apartado 13 del anexo I del PCAP establece: «*Confidencialidad:*

Información a la que se le atribuye carácter confidencial:

Proyecto de ejecución en fase de visado, que se entregará al adjudicatario sin que exista modificación ni en los trabajos a realizar ni en el presupuesto, formado por:

Memorias

Planos

Presupuesto

Planning

Estudio básico de seguridad y salud

No se podrá transferir información alguna sobre los trabajos ejecutados o información proporcionada por SANDETEL en el contexto del mismo a personas o entidades ajenas al proyecto sin el consentimiento por escrito de la empresa. El adjudicatario, si así se lo exigiere SANDETEL, vendrá obligado a suscribir acuerdo de



confidencialidad en este sentido. En caso de que un licitador quisiera compartir con un tercero, en el marco de la preparación de la oferta, información facilitada por SANDETEL, deberá recabar de dicho tercero un compromiso de confidencialidad análogo al que haya suscrito con SANDETEL, siendo así responsable de su recabado y de su conservación, pudiéndole ser solicitado por SANDETEL en cualquier momento.

El personal del adjudicatario tendrá acceso a información y documentación electrónica de uso exclusivo por personal de SANDETEL, por lo que deberán suscribir un documento de confidencialidad y sigilo en el que se comprometa a la no divulgación de ningún tipo de información no autorizada.

Quedará totalmente prohibida la realización de copias no autorizadas por SANDETEL S.A. de archivos en soportes físicos que abandonen las instalaciones de ésta.

La empresa adjudicataria deberá establecer procedimientos y mecanismos internos adecuados que deben aplicarse para mantener ficheros locales, programas y equipos en las debidas condiciones de seguridad, con objeto de garantizar la confidencialidad de la información y definir el personal responsable de la misma.

La empresa adjudicataria, en cumplimiento de la REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones de la Sandetel y no los aplicará o utilizará con fin distinto al del presente contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. Además, deberá cumplir las medidas técnicas y organizativas estipuladas en el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, que establece el “Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal” para datos de carácter personal. En el caso de que la empresa, o cualquiera de sus miembros, destinen los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será responsable de las infracciones cometidas.

Cualquier incumplimiento de estos supuestos supondrá la resolución inmediata del contrato y la toma, por parte de SANDETEL, de las medidas legales oportunas.

Plazo durante el que la persona contratista deberá mantener el deber de confidencialidad: 5 AÑOS

Ésta es una obligación esencial del contrato, siendo que su incumplimiento, en aplicación de la letra f del apartado 1 del artículo 211 LCSP determinaría la resolución del contrato».

Finalmente, en el apartado 14 del anexo I del PCAP, como se ha venido indicando se establecen las causas de resolución del contrato, estableciéndose entre ellas la relativa al incumplimiento de las exigencias de confidencialidad establecidas en el PCAP, en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de infraestructuras críticas.

Por tanto, no cabe atender a la alegación de la recurrente relativa a que no se encuentra suficientemente especificado en los pliegos lo que se ha de entender por el contenido de la condición especial de ejecución del respeto a la confidencialidad, dado que como se ha reproducido queda suficientemente detallada.

Por otro lado, la recurrente cuestiona la vinculación con el objeto del contrato de la condición especial de ejecución relativa al respeto a la confidencialidad, sin embargo, no argumenta los motivos por los que considera inexistente la citada vinculación.

El órgano de contratación argumenta que el motivo del establecimiento de la condición es la protección de una infraestructura crítica para la Junta de Andalucía y para la ciudadanía a la que ésta sirve, y que dicha circunstancia se contempla en el propio PCAP como anteriormente ha sido reproducido. Afirma, que el quebrantamiento de la obligación de la confidencialidad puede revelar formas de acceso a las instalaciones o puntos vulnerables para actores que tengan intención de causar un daño a la Junta de Andalucía. Pues bien, a la



vista de estos argumentos este Tribunal considera que la condición especial de ejecución no conculca por este motivo el artículo 145 de la LCSP y más teniendo en cuenta que la recurrente no desarrolla su motivo de recurso sobre esta cuestión, es decir, no manifiesta los motivos por los que considera, a la vista de la justificación contenida en los pliegos, el motivo por el que no existiría la citada vinculación.

Pues bien, de lo anterior, este Tribunal no aprecia la infracción alegada por la recurrente con relación al artículo 202.1 de la LCSP. Por otro lado, la recurrente vincula lo anterior a la causa de resolución por incumplimiento de una condición especial de ejecución. Esta posibilidad queda recogida en el artículo 211.1. de la LCSP que establece: *«Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:*

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

Sobre esta cuestión, y con independencia del análisis de la proporcionalidad y el cumplimiento del artículo 34.1. de la LCSP de la causa de resolución, que se hará posteriormente, este Órgano considera que desde un punto de vista formal la misma está correctamente configurada dado que está suficientemente desarrollada y especificada la condición de ejecución cuyo incumplimiento conlleva la resolución del contrato. Por tanto, no es correcta la afirmación de la recurrente relativa a que el incumplimiento de las obligaciones referentes a la confidencialidad no se establecen como condición especial de ejecución, puesto que sí se establecen y como se ha indicado están suficientemente especificadas.

La recurrente finalmente cuestiona la desproporción y conculcación de la libertad de pactos reconocida en el 34.1. de la LCSP con relación a los efectos de la citada causa de resolución como consecuencia del incumplimiento del deber de confidencialidad. Para ello, hace referencia al contenido de un documento denominado *«compromiso de confidencialidad»*. Dicho documento queda publicado en el perfil de contratante bajo la denominación *«(PPT - Pliego de prescripciones técnicas) DOCUMENTACION NO PUBLICADA»* y en el que se incluye un modelo de compromiso a suscribir por las entidades interesadas en la licitación por el cual se pone a disposición de los licitadores determinada documentación necesaria a efectos de confeccionar sus ofertas. En el citado documento se incluye lo siguiente: *«La entidad receptora de la información asume el compromiso de responder ante SANDETEL y, en última instancia, ante la Junta de Andalucía, por los perjuicios que se detraigan de la vulneración del presente compromiso y que sean acreditados debidamente por SANDETEL y/o la Junta de Andalucía. Así como del impacto que una vulneración de la confidencialidad pudiera terminar teniendo sobre el proyecto, incluyendo la pérdida de financiación europea, si como consecuencia de la necesidad de modificarlo, no pudiera ejecutarse en los plazos exigidos por la normativa reguladora de dicha financiación».*

Este Tribunal a la vista de la argumentación de la recurrente considera que existe un error a la hora de articular el motivo de impugnación, dado que CNC vincula el incumplimiento de una condición especial de ejecución como causa de resolución del contrato exigible al adjudicatario -y que está relacionado con el contenido de la confidencialidad establecido en el PCAP y relacionado con el contenido del *«modelo de acuerdo de confidencialidad»* del anexo XIII del mismo, documento a suscribir junto a la formalización del contrato- con el documento al que la misma se refiere, a un compromiso de confidencialidad a suscribir por los potenciales licitadores para que les sea facilitada una documentación necesaria para la confección de sus ofertas. Por tanto, toda la argumentación jurídica decae al no tener correspondencia el compromiso al que se refiere -que no forma parte del PCAP, cuya finalidad está orientada en términos generales a los interesados a participar en el



procedimiento, y no exclusivamente con la entidad que vaya a ejecutar el contrato- ya que el mismo, en principio, no se podría entender comprendido en el ámbito de la condición especial de ejecución del contrato.

Es decir, la recurrente cuestiona el contenido de un compromiso de confidencialidad dirigido a los licitadores, respecto de las consecuencias de su quebrantamiento, establecido por el órgano de contratación para que les puedan facilitar determinada información confidencial para confeccionar sus ofertas. Sin embargo, dicho compromiso no forma parte del PCAP, ni se puede entender comprendido en el artículo 192 de la LCSP a efectos de penalidad dado que es previo a la ejecución del contrato, por lo que se ha de entender que se suscribe dentro del ámbito del artículo 34.1. de la LCSP -libertad de pactos-, pero siendo una obligación no exigible como consecuencia de un contrato sometido a la LCSP, y que, en su caso, en el supuesto de su incumplimiento, no puede estimarse como incumplimiento contractual "*strictu sensu*", sino como una obligación derivada de su condición de licitadora, de tal modo que, en su caso, sus efectos y su posible impugnación deberán ser dirimidos no como efectos de la ejecución de este contrato, sino por el cauce que legalmente pueda corresponder en el orden jurisdiccional correspondiente.

Pero como decimos, en principio, nada tiene que ver el citado compromiso con el exigido en el anexo XIII del PCAP -acuerdo de confidencialidad- a suscribir con la formalización, con relación a la cláusula 12.3.1. y el apartado 13 y 14 del anexo I del PCAP que son las que se impugnan en el recurso, todas relacionadas con la ejecución del contrato y no con la presentación de ofertas.

En cualquier caso, sobre la proporcionalidad, considera este Tribunal esclarecedora la alegación del órgano de contratación al manifestar: *«no cabe duda que las consecuencias de cualquier resolución de un contrato, por grave que pueda resultarle al contratista, no es comparable a los potenciales efectos que para el interés público puede tener un posible ataque a infraestructuras críticas motivado por una falta de diligencia en la tutela de la información confidencial que necesariamente debe trasladar el órgano de contratación a los licitadores, y en particular al contratista, para la adecuada ejecución del contrato. También, en relación con la proporcionalidad, es de destacar como la regulación que al respecto se establece en el pliego no impide al contratista ejecutar el proyecto, ni compartir, de manera controlada y bajo supervisión de SANDETEL, la información con subcontratistas o proveedores, lo que pretende evitarse es que circulen, de manera incontrolada, informaciones que permitan a terceros perjudicar al interés público y a los ciudadanos de Andalucía»*. Además, teniendo en cuenta respecto del interés público que como indica el órgano de contratación estas infraestructuras *«están declarados infraestructuras críticas según Resolución de 7 de diciembre de 2022 del Presidente de la Comisión Nacional para la protección de las infraestructuras Críticas (CNPIC). Además están calificados como de protección alta conforme al Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, (doc. n.º 27)»*.

A mayor abundamiento, y sin prejuzgar la legalidad del citado compromiso, la recurrente manifiesta que lo entiende desproporcionado, entre otras cuestiones, porque ante un incumplimiento debería asumir la pérdida de la financiación europea, sobre la que desconoce el importe. Sobre esta última cuestión, con relación al importe de la financiación, como indica el órgano de contratación en su informe y anteriormente se ha reproducido, el importe puede extraerse de forma sencilla del propio contenido del anexo I del PCAP.

Finalmente, a efectos meramente dialécticos, y con relación a los daños que tendría que asumir el licitador en caso de que rompiera su compromiso de confidencialidad, de la literalidad de la cláusula se desprende que la entidad receptora de la documentación para la elaboración de la oferta que incumpla el deber de confidencialidad, tendrá que responder de los daños *«acreditados debidamente por SANDETEL y/o la Junta de Andalucía»* así como del impacto *«que una vulneración de la confidencialidad pudiera terminar teniendo sobre el*



proyecto, incluyendo la pérdida de financiación europea, si como consecuencia de la necesidad de modificarlo, no pudiera ejecutarse en los plazos exigidos por la normativa reguladora de dicha financiación». De esta redacción este Tribunal considera que lo que se establece es que el licitador infractor del compromiso tendrá que responder de los daños provocados y debidamente acreditados por el órgano de contratación o la Junta de Andalucía incluidos, en su caso, los derivados de la pérdida de la financiación europea, lo que no implica -como viene a defender la recurrente- que de forma automática el licitador infractor tenga que asumir la financiación europea ante un incumplimiento sino que, en los términos anteriormente argumentados, la entidad tendría que responder por el importe correspondiente de los daños efectivamente acreditados, que podrán ascender o no a la citada financiación.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso al no detectar este Tribunal la infracción alegada por la recurrente en la configuración de los pliegos.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC)**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Construcción del nuevo centro de proceso de datos de la Junta de Andalucía (C1113 PRTR)», (Expediente EXPT24-00024), tramitado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal mediante Resolución MC 105/2024, el 23 de agosto de 2024.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

