

Recurso 440/2023
Resolución 487/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 31 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEDANDGO, S.L.** contra el acuerdo, de 25 de octubre de 2024 del órgano de contratación dictado en el seno del procedimiento de contratación denominado «suministro e instalación de paneles de información al usuario», lote 1, relativo al “Suministro e instalación de paneles de información al usuario en marquesinas-paradas de autobús interurbano” (Expediente 2023-750262), convocado por Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de junio de 2024 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto y presentación electrónica del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 3.617.529,88 euros.

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.

Mediante resolución 25 de octubre de 2024 el órgano de contratación determina los documentos considerados confidenciales por las propias licitadoras, respecto a sus ofertas técnicas incluidas en los sobres núm. 2 del lote 1 del contrato de referencia.

SEGUNDO. El 28 de octubre de 2024 tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el citado acuerdo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 29 de octubre de 2024 se le solicita al órgano de contratación para que aporte el informe sobre el recurso, así como determinada documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el día 31 de octubre de 2024.

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.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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

El recurso 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) Tasa de cofinanciación: 82 %”, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 58.2 del Real Decreto- ley 36/2020, 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 lo tendrán 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”.

CUARTO. Acto recurrible: alegaciones de las partes.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto dictado en el seno de un procedimiento de contratación de suministros cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador.

Si el acto recurrido hubiera sido la resolución de adjudicación, el acto recurrido habría sido susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP. (Así, la publicación en el perfil de contratante de la resolución de adjudicación tiene lugar el día 18 de octubre de 2024, y el recurso es interpuesto ante el Tribunal el día el 28 de octubre de 2024).

Sin embargo, el acto recurrido es la contestación de 25 de octubre de 2024 que recibe al escrito de alegaciones formulado por la empresa LEDANDGO, S.L. presentado el día 23 de octubre de 2024, así se cita expresamente en el recurso.

En ese escrito de día 23, se solicitaba acceso al expediente, en concreto a la información presentada por los licitadores como ofertas técnicas para el lote 1 de los distintos licitadores (“L1.DT.01 Solución tecnológica” y “L1.DT.02 Procedimiento de RMA”), así como información relacionada con la valoración técnica que formase parte del expediente y que no hubiera sido publicada.

Pone de manifiesto que en el acto de vista que tuvo lugar el día 28 de octubre de 2024, se le deniega el acceso al expediente, en casi su totalidad de las ofertas técnicas basándose el órgano de contratación en que las ofertas



del resto de licitadores eran confidenciales, y sin justificar ni motivar en absoluto esta cuestión. De este modo estima que no es suficiente la información suministrada, pues solo se le dio acceso a dos páginas en las que el licitador declaraba su voluntad de cumplir con la normativa constructiva y reglamento de baja tensión existente, el tipo de aislamiento eléctrico y la resistencia antivandálica del elemento propuesto. Sobre estos extremos gira el fondo del recurso, de tal modo que a continuación se reflejarán las alegaciones realizadas por las partes sobre el mismo.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en los que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 25 de octubre de 2024, que determina los documentos considerados confidenciales por las propias licitadoras, respecto a sus ofertas técnicas incluidas en los sobres núm. 2 del lote 1 del contrato de referencia, de tal modo que en el escrito de recurso no se plantea ninguna cuestión relativa a la adjudicación, de tal modo que no ataca dicha resolución denunciando ninguna infracción con relación a la fundamentación de la adjudicación.

El fundamento de Derecho segundo del escrito de recurso se denomina *“Vulneración de los principios de transparencia, publicidad, igualdad de trato y libre concurrencia por denegación injustificada de acceso al expediente de contratación pública. Falta de justificación y motivación de la confidencialidad de la oferta de la licitadora adjudicataria, así como de la justificación de la baja anormal, a la que el licitador recurrente tampoco ha tenido acceso”*.

En este fundamento hace alusión a la posible infracción del artículo 53 y 133 de la LCSP, de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno Explica lo siguiente en su escrito de recurso especial:

“Las excepciones a la regla general de transparencia deben ser específicas y justificadas, aplicables solo a partes de la oferta que contengan información genuinamente sensible, como secretos comerciales o técnicos. Además, cualquier limitación al acceso debe estar claramente motivada y ser proporcional a los intereses que se pretenden proteger. La confidencialidad, de conformidad con el artículo 140.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, no debe impedir el cumplimiento de las obligaciones de publicidad e información. Además, una extensión total de la confidencialidad podría considerarse un fraude de ley según el artículo 6.4 del Código Civil.

En el supuesto que nos ocupa, el órgano de contratación no ha permitido al licitador, tener acceso a la oferta del licitador incurso en presunción de anormalidad, ni tampoco a la documentación aportada tras ser requerido para justificar la anormalidad de su oferta. Se le ha dado vista únicamente de dos páginas en las que el licitador declaraba su voluntad de cumplir con la normativa constructiva y reglamento de baja tensión existente, el tipo de aislamiento eléctrico y la resistencia antivandálica del elemento propuesto.

La oferta y la justificación de su anormalidad tiene que ser accesible para garantizar los principios de transparencia, igualdad de trato, libre concurrencia y publicidad. En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos. Es claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores manifiesten que la totalidad de la oferta lo es. Conocer la oferta es fundamental a efectos por lo menos de poder examinar la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración. Invocamos al respecto por especialmente ilustrativa la Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso número 203/2018 de 16 de marzo de 2018”



Después de citar determinada doctrina de órganos especiales competentes en la resolución del recurso especial así como determinada jurisprudencia conveniente para sus intereses, procede a realizar el suplico de su escrito de recurso especial, solicitando únicamente “dejar sin efecto la resolución del órgano de contratación por la que deniega al recurrente el acceso al expediente de contratación completo -incluyendo ofertas de los licitadores y justificación de baja anormal de la adjudicataria- sin justificar ni motivar la confidencialidad de dichos documentos, y, dejando sin efecto dicha resolución, se acuerde la retroacción de las actuaciones y el acceso al recurrente al expediente de contratación en su totalidad, para que pueda, en su caso, presentar Recurso Especial contra la resolución de adjudicación de fecha 18 de octubre de 2024. solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se le conceda «el acceso al expediente solicitado y se otorgue nuevo plazo de quince días para completar nuestro recurso con el fin de que se pueda, llegado el caso, impugnar de manera fundada el expresado acuerdo, con expresa reserva del derecho a formular nuevos motivos de impugnación una vez sea concedido el acceso”.

En este sentido, vendría a afirmar la recurrente que no puede formular un recurso fundado contra la adjudicación del contrato, al haber vulnerado el órgano de contratación su derecho a acceder con plenitud de garantías al expediente de contratación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso el órgano de contratación, respecto del acceso al expediente, tras una extensa exposición concluye que:

«A este respecto hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP que impone el deber de confidencialidad del órgano de contratación, en relación con la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta, lo que opera, en parte, como límite legal al principio de publicidad y transparencia. Por ello, todo licitador tiene derecho a proteger la información contenida en su oferta, en el supuesto que dicha información haga referencia a secretos técnicos y/o comerciales, así como cualquier información cuyo conocimiento por parte de terceros pueda ser empleada para falsear la competencia. Derecho a la confidencialidad de la información de las ofertas que debe a su vez hacer valer el órgano de contratación frente a aquellos que hayan realizado solicitud de información.

Dispone el mismo artículo que el carácter confidencial no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, esto es, no toda la información presentada por el licitador podrá ser declarada de manera genérica confidencial, sino que 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.

Por tanto, para que pueda existir un equilibrio entre el derecho a la información que puede tener un tercero interesado, con el derecho a la confidencialidad de la información contenida en la oferta de un licitador, deberá, por un lado, protegerse la información sensible de la oferta que pueda contener datos técnicos o económicos propios de una empresa, o cuyo conocimiento pudiese suponer una ventaja inmediata sobre el resto de competidores, y por otro, hacerse accesible aquella información considerada como no sensible a aquellos terceros que ostenten la condición de interesados.

Estos intereses entran en conflicto cuando la declaración de los licitadores sobre la confidencialidad de los documentos de su oferta alcanza, o bien a todo el contenido de la misma, o a una parte significativa de ésta, y el licitador excluido reivindica el derecho de acceso al expediente como garantía del derecho a recurrir, como ocurre en el presente caso.



Dado que no corresponde al órgano de contratación atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, tras la petición de vista del expediente efectuada por la empresa LEDANDGO SL, emite Resolución de fecha 25 de octubre de 2024, en la que informa a la interesada qué documentos se consideran confidenciales por las licitadoras en sus respectivas declaraciones de confidencialidad respecto a sus ofertas técnicas, la cual es objeto del presente recurso”.

Prosigue el órgano de contratación citando determinada doctrina de un tribunal de resolución del recurso especial para fundamentar, por un lado que es cierto que el carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, y que debe venir referida a secretos técnicos o comerciales, pero por otro lado que 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.

Pero sostiene que el recurrente quien pedía acceso a la documentación debió haber concretado en la solicitud de vista del expediente formulada el día 23 de octubre de 2024 la necesidad de tener acceso a algún documento relativo a la justificación de la anormalidad. Expresa que el contenido se circunscribía literalmente a *«la información presentada por los licitadores del expediente a LAS OFERTAS TÉCNICAS PARA EL LOTE 1 DE LOS DISTINTOS LICITADORES “L1.DT.01 Solución tecnológica” y “L1.DT.02 Procedimiento de RMA”, así como INFORMACIÓN RELACIONADA CON LA VALORACIÓN TÉCNICA que forme parte del expediente y que no haya sido publicada (...)».*

Manifiesta que la entidad recurrente además de solicitarlo previamente debía haber concretado los documentos que desean analizar. En cualquier caso, señala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.3 e) de la LCSP, el informe técnico de fecha 23 de septiembre de 2024, elaborado por el Jefe del Servicio de Planificación y Explotación del Transporte de la Dirección General de Movilidad y Transportes que consideró justificada la oferta incurso en presunción de anormalidad, fue publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación.

QUINTO. Acto recurrible: consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto, la recurrente no recurre siquiera formalmente el acto de adjudicación del contrato, no solicita su anulación, dado que su pretensión es que este Tribunal le conceda el acceso al expediente y, aunque no lo señala expresamente, sí pide que después del acceso, se le permita presentar el recurso especial, es decir le otorgue un nuevo plazo de diez días naturales para completar su recurso con el fin de que se pueda, llegado el caso, impugnar de manera fundada el acuerdo de adjudicación, con expresa reserva del derecho a formular nuevos motivos de impugnación una vez sea concedido el acceso.

Pues bien, el acceso al expediente dentro de la normativa contractual fue regulado por primera vez, estando en vigor el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre-, por el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que con la denominación de «Acceso al expediente de contratación» disponía que:

«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin



perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.».

Dicho artículo 29.3 del citado Real Decreto 814/2015 señalaba que «*Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.».*

Por su parte, la nueva LCSP de aplicación al supuesto que se examina reguló en su propio articulado el acceso al expediente de contratación. En concreto, en su artículo 52, con una redacción muy similar en lo que aquí concierne a la recogida en el mencionado Real Decreto 814/2015. Su tenor es el siguiente:

«Artículo 52. Acceso al expediente.

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

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

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.».

A la vista de este precepto legal, en lo que aquí interesa, se concluye pues que el artículo 52 de la LCSP, exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquél no se haya facilitado por parte del citado órgano de forma parcial o total. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso, siempre que el acceso se haya solicitado dentro del plazo de interposición del recurso (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 215/2021, de 27 de mayo y 445/2021, de 5 de noviembre).



Al respecto, en el supuesto que se examina, ha de ponerse de manifiesto que tanto la petición por parte de la entidad ahora recurrente de acceso al órgano de contratación como la vista han sido realizadas con posterioridad a la notificación del acto de adjudicación, independientemente de que el resultado fuese la no exhibición de determinados documentos de los solicitados por la empresa ahora recurrente, por haberlos declarados confidenciales la adjudicataria.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 52 de la LCSP, ha de tenerse en cuenta que el acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado, no pudiendo nunca ser una pretensión de fondo del recurso, sino un acto previo y preparatorio para su formulación con el fin de que este se articule con todas las garantías, pero en ningún caso lo contempla como un acto susceptible de impugnación (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 36/2019, de 14 de febrero, 304/2019, 24 de septiembre, 220/2021, de 2 de junio, 295/2021, de 29 de julio, 372/2021, de 8 octubre y 522/2022 de 11 de noviembre, así como las Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros).

En consecuencia, la solicitud de acceso al expediente en sede del Tribunal en los términos recogidos en el artículo 52 de la LCSP, requiere de la previa interposición de un recurso especial, pudiendo únicamente con ocasión de la vista celebrada ampliar éste, pero en ningún caso formular un recurso “ex novo”, no pudiendo emplear dicho trámite con la intención de determinar la procedencia de su interposición.

Sentado lo anterior, procede señalar que en el presente supuesto, del contenido del recurso presentado se constata que ni siquiera el acto formalmente impugnado es la adjudicación, de tal modo que en ningún momento la recurrente cuestiona dicho acto ni pretende su anulación, sino que por el contrario, la recurrente se limita a denunciar la actuación del órgano de contratación con ocasión de la vista celebrada ante éste y solicitar al amparo del citado artículo 52 de la LCSP, que se le conceda por este Tribunal el acceso al expediente y se le otorgue, entonces, un nuevo plazo de diez días naturales para formular su recurso con el fin de que se pueda, llegado el caso, impugnar de manera fundada el acuerdo de adjudicación, con expresa reserva del derecho a formular nuevos motivos de impugnación una vez sea concedido el acceso.

Por todo lo expuesto, no procede realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto pues existe falta además de contenido impugnatorio del escrito de recurso, lo cual impide a este Tribunal además emitir un pronunciamiento sobre la legalidad, por lo que el mismo debe inadmitirse al no concurrir los requisitos exigidos para que pueda tratarse de un recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP, siendo competente este Tribunal para su apreciación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEDANDGO, S.L.** contra el acuerdo, de 25 de octubre de 2024 del órgano de contratación dictado en el seno del procedimiento de contratación denominado «suministro e instalación de paneles de información al usuario», lote 1, relativo al “suministro e instalación de paneles de información al usuario en marquesinas-paradas de autobús interurbano”



(Expediente 2023-750262), convocado por Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. 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 personas 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.

