



Expte.: R-19/2017

ACUERDO 21/2017, de 19 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.I.O. en representación de “Vermican Soluciones de Compostaje, S.L.” frente a la Resolución del Director Gerente de “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” por la que se adjudica el contrato de seguimiento técnico del compostaje doméstico y comunitario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de diciembre de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de seguimiento técnico del compostaje doméstico y comunitario promovido por “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.”

SEGUNDO.- El día 22 de marzo de 2017 la reclamante recibió la notificación de la Resolución de adjudicación del citado contrato así como informe de valoración. El día 23 de marzo de 2017 solicitó acceso al expediente, que se concedió el día 30 de marzo del mismo año, limitándose el mismo en la parte que había sido declarada confidencial por parte del adjudicatario, declaración que a su juicio tiene carácter general y no ha sido cuestionada por la entidad contratante.

De acuerdo con el reclamante, la resolución de adjudicación carece de motivación, lo que junto a un acceso tardío a un informe genérico y escueto, que no permite conocer las razones o distinciones para una puntuación y otra, así como el impedimento general para acceder a la documentación relevante de la propuesta de la adjudicataria, conlleva la infracción de los principios de igualdad, transparencia y publicidad. Cita el reclamante los Acuerdos 29/2015, 38/2014 y 50/2015 del propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

De acuerdo con todo ello, solicita que se anule el acto recurrido.

TERCERO.- En fecha 6 de abril de 2017, “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” presenta el expediente de la contratación junto con escrito de alegaciones en el que señala que la notificación de la Resolución 17/2017, de adjudicación del contrato, iba acompañada del acta de apertura de ofertas económicas en la que se contenían los cuadros de puntuaciones técnicas y económicas, así como del informe técnico que contiene la valoración de las ofertas que, según afirma, recoge la información necesaria para la valoración de los criterios de adjudicación previstos en las condiciones reguladoras del contrato, por lo que a su juicio no queda acreditada la vulneración del principio de igualdad.

En cuanto al acceso a la oferta de la adjudicataria, señala “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A” que visto que la declaración de confidencialidad no afectaba a la totalidad de la oferta y que incidía en aspectos que podían considerarse como parte de la estrategia empresarial, no se consideró necesario un pronunciamiento expreso del órgano de contratación y se concedió acceso a la parte de la oferta que la adjudicataria no había designado como confidencial, dando la posibilidad de tomar notas pero sin entregar copia. No obstante, con ocasión de la reclamación, se ha emitido informe jurídico con fecha 4 de abril de 2017, sobre el carácter de confidencial de los aspectos señalados por SM y en base al mismo, el órgano de contratación se ha pronunciado en Resolución 26/2017, confirmando la confidencialidad de la parte de la oferta sobre la que se discute.

Finalmente, la entidad contratante recuerda que el reclamante no solicitó acceso al expediente sino únicamente a la oferta ganadora, a la cual se le ha dado acceso con las limitaciones expuestas.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación presentada por Vermicam.

CUARTO.- El día 7 de abril de 2017, se notifica a los interesados la existencia de la reclamación, al objeto de facilitar la presentación de las alegaciones que convengan a su derecho. El día 12 de abril de 2017, SM Sistemas Medioambientales presenta escrito de alegaciones en el que señala la declaración de confidencialidad de su oferta técnica se limitaba a unos apartados concretos de la misma, cuyo desarrollo consideran que ha sido fruto de su experiencia y que por lo tanto forman parte de su estrategia empresarial, al poder ser reproducidos y copiados por la competencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

La reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo establecido para ello y a través del cauce legalmente previsto, ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP. Igualmente, la reclamante ostenta legitimación activa, al tratarse de uno de los licitadores en el procedimiento de contratación, de acuerdo con el artículo 210.1 LFCP

SEGUNDO.- Alega el reclamante como primer motivo de impugnación la infracción de los principios de igualdad, transparencia y publicidad en la adjudicación del contrato, derivada de la falta de motivación de la Resolución en tal sentido adoptada; circunstancia que le ha generado indefensión, y ello en la medida en que ésta no recoge información o motivación alguna, y el informe de valoración de las ofertas que se acompaña a la misma es genérico y falto de concreción a los efectos de conocer las razones de la atribución de las correspondientes puntuaciones.

La entidad contratante señala, a este respecto, que la notificación de la Resolución de adjudicación del contrato iba acompañada del acta de apertura de las ofertas económicas y del informe técnico de valoración que si bien no es extenso, describe los aspectos destacados de cada una de las ofertas en cada uno de los apartados

de valoración y dentro de cada criterio otorga la mejor puntuación a la oferta que destaca en ese aspecto. Por ello, estima que la notificación de la citada Resolución cumple con lo dispuesto en el artículo 200 LFCP, sin que pueda apreciarse vulneración de los principios de igualdad, transparencia y publicidad.

La tercera interesada que ha comparecido en el procedimiento de reclamación no realiza, en su escrito de alegaciones, consideración alguna en relación con este concreto motivo de impugnación.

Expuestas las posiciones de las partes, debe recordarse que la adjudicación de contratos públicos está sujeta a los principios de publicidad y transparencia; principios que se manifiestan no sólo en la exigencia de dar a conocer, a través de los medios previstos en la Ley, las licitaciones convocadas, sino en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores que han participado en el procedimiento de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

En relación con la motivación de los actos administrativos, dispone el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas - tras recordar en su apartado primero que la motivación de los actos administrativos se cumple con una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, así como la obligación legal de motivar los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales; naturaleza de la que participa la decisión consistente en la adjudicación de un contrato público - que *“La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”*.

Por su parte, el artículo 200 LFCP determina que *“1. Las entidades contratantes informarán a los candidatos y licitadores, cuanto antes y por escrito, de las decisiones que hayan adoptado en los procedimientos de licitación, incluidos los motivos de renuncia a un contrato ya licitado.(...)”*

3. *Adoptada la decisión de adjudicación, en el plazo de 15 días se enviará a los licitadores una comunicación que deberá contener una exposición sucinta de las características y ventajas de la oferta seleccionada así como el nombre del adjudicatario o de las empresas seleccionadas para el Acuerdo marco, con indicación de la fecha de término del periodo de suspensión señalado en el apartado anterior y los datos necesarios para una eventual interposición de una reclamación en materia de contratación pública. En el caso aquellos licitadores que hubieran sido inadmitidos, se incluirá además en dicha comunicación, las causas de la misma.*

4. *Quedan exceptuados de la obligación de comunicación, previo informe de la Junta de Contratación Pública, determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición cuya difusión pudiera obstaculizar la aplicación de las Leyes, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de las empresas o la competencia leal entre ellos”.*

A su vez, el artículo 55 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, al regular la información a los candidatos y a los licitadores, establece que *“1. Los poderes adjudicadores informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.*

2. *A petición del candidato o licitador de que se trate, los poderes adjudicadores comunicarán, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de 15 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito:*

a) *a todos los candidatos descartados, los motivos por los que se haya desestimado su candidatura;*

b) *a todos los licitadores descartados, los motivos por los que se haya desestimado su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 42, apartados*

5 y 6, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales;

c) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco;

d) a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, el desarrollo de las negociaciones y el diálogo con los licitadores.

3. Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos”.

En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en el apartado tercero artículo 200 LFCP, el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada si al menos contiene la información que permita al licitador interponer reclamación en materia de contratación pública suficientemente fundada; de lo contrario – tal y como recuerda la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 313/2017, de 31 de marzo - se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil , produciéndole indefensión y provocando recursos indebidamente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2005, explica, en los siguientes términos, en qué consiste la motivación: *"Con carácter general, la motivación de los actos administrativos no es mas que la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para adoptar una resolución. Por tanto, no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad (STC 77/2000). Esta exigencia de la motivación es consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (STC 73/2000), y supone no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos (STC 26/1981). La motivación del acto administrativo cumple diversas funciones, en*

primer lugar, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública, y, en segundo lugar, es una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, y, además, y en último lugar, la motivación hace posible el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido -artículo 106.1 (SSTS de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991). En consecuencia, cuando el acto administrativo carece de motivación se impide el control jurisdiccional que viene constitucionalmente impuesto. En efecto, mediante la motivación se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 77/2000). Esta naturaleza y finalidad del requisito de la motivación de los actos administrativos, que viene impuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, solo determina la nulidad de la resolución recurrida cuando su ausencia impida alcanzar su fin o haya producido indefensión a los interesados, «ex» artículo 63.2 de la expresada Ley. Y, si bien es cierto que la ausencia de motivación o una motivación defectuosa puede integrar este vicio de anulabilidad, o bien puede ser solo una mera irregularidad no invalidante, la disección de estas distintas consecuencias debe hacerse atendiendo a si, en este caso concreto, se ha producido esa ignorancia respecto de los motivos de la decisión y se ha colocado al administrado en una situación de indefensión (SSTS 3 de abril de 1990 y 4 de junio de 1991)".

En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal – por todos, Acuerdo 38/2016, de 5 de julio - que la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de analizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción; tal y como exige a la entidad contratante el citado artículo 200 LFCP, y reconoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de julio de 2010 que pone de relieve que “*con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa*

esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".

Especialmente significativa resulta, en este sentido, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016: *"240 A este respecto, procede recordar que, cuando las instituciones, órganos u organismos de la Unión disponen en su calidad de entidades adjudicadoras de una amplia facultad de apreciación, la observancia de las garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos reviste aún mayor importancia. Entre esas garantías está, en particular, la obligación de motivar de forma suficiente sus decisiones que incumbe a la institución competente. En efecto, sólo de este modo puede el juez de la Unión comprobar si concurren los factores de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación (sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec, EU:C:1991:438, apartado 14; VIP Car Solutions/Parlamento, apartado 145 supra, EU:T:2009:163, apartado 61, y de 12 de diciembre de 2012, Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, apartado 42).*

241 En virtud de la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe manifestar de manera clara e inequívoca su razonamiento, de manera que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada a fin de ejercer sus derechos y, por otra, el juez de la Unión pueda ejercer su control. Además, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por ese acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado apartado 145 anterior, EU:T:2013:88, apartados 25 y 26 y la jurisprudencia citada). Por otra parte, la obligación de motivación constituye un requisito sustancial de forma que debe distinguirse de la fundamentación de la motivación, que guarda relación con la legalidad de fondo del acto controvertido (véase la sentencia de 22 de mayo de 2012,

Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-17/09, EU:T:2012:243, apartado 40 y la jurisprudencia citada).

242 En materia de celebración de contratos públicos, el artículo 100, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento financiero general y el artículo 149, apartado 3, de las normas de desarrollo precisan en qué circunstancias cumple la entidad adjudicadora su obligación de motivación respecto a los licitadores.

243 De esa manera, conforme al artículo 100, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento financiero general, «el órgano de contratación informará a los candidatos o licitadores no seleccionados de los motivos por los que se hubiere desestimado su candidatura u oferta y a los licitadores que hubieren presentado una oferta admisible, siempre y cuando éstos lo soliciten por escrito, de las características y ventajas de la oferta seleccionada y del nombre del adjudicatario».

244 A este respecto, resulta de una jurisprudencia asentada que no se puede exigir, en virtud de esa disposición, que la entidad adjudicadora comunique a un licitador cuya oferta no se ha elegido, además de las razones para desestimarla, por una parte, un resumen minucioso de la forma en la que cada detalle de su oferta se haya apreciado en la evaluación de ésta y, por otra parte, en el contexto de la comunicación de las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, un análisis comparativo minucioso de esta última y de la oferta del licitador excluido. La entidad adjudicadora tampoco está obligada a comunicar a un licitador excluido, a petición escrita de éste, una copia completa del informe de evaluación (autos de 20 de septiembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-561/10 P, EU:C:2011:598, apartado 27; de 29 de noviembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-235/11 P, EU:C:2011:791, apartados 50 y 51, y sentencia de 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-629/11 P, EU:C:2012:617, apartados 21 a 23). No obstante, corresponde al juez de la Unión comprobar si el método aplicado por la entidad adjudicadora para la evaluación técnica de las ofertas se enuncia con claridad en el pliego de condiciones, incluyendo los diferentes criterios de adjudicación, su peso respectivo en la evaluación, es decir, en el cálculo de la puntuación total, y el número mínimo y máximo de puntos por cada criterio (véase en ese sentido la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión, antes citada, EU:C:2012:617, apartado 29).

245 Con carácter preliminar, procede señalar que, en virtud de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 244, la entidad adjudicadora no está

obligada, en principio, a conceder al licitador excluido acceso a la versión completa de la oferta del adjudicatario del contrato ni a la del informe de evaluación. (...).”

TERCERO.- Sentado lo anterior, y admitida la exigencia legal de motivar el acto de adjudicación de los contratos públicos en la forma indicada, lo cierto es que dicha motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que sea racional y suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser sucintos los motivos de hecho y derecho apuntados, siempre que sean suficientes a los efectos indicados.

Dicho de otro modo, no es preciso que se realice una fundamentación exhaustiva de la decisión que se adopta, bastando con la indicación de los elementos que han llevado a la toma de decisión, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2013: *“Las valoraciones en que se apoyaron las adjudicaciones no se limitaron meramente a efectuar una puntuación, pues, aunque se haga de manera somera o escueta, van acompañadas de una explicación. Así lo ponen de manifiesto las ponderaciones acompañadas a la propuesta de adjudicación que obran en el expediente, pues fueron realizadas de forma individualizada para cada una de las entidades participantes en el concurso; en todas ellas constan desglosados o separados los distintos conceptos del baremo que habían de ser valorados; y en cada uno de esos conceptos se expresa, tanto la puntuación que es otorgada como una explicación de cuáles son las concretas razones por las que se llega al juicio cualitativo que significa la puntuación obtenida”*.

En el presente caso, la Resolución de adjudicación del contrato se notifica a los interesados adjuntando el informe técnico de valoración de las ofertas; resultando, en este sentido, que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto al contenido de los actos administrativos establece que *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*. Precepto que no hace sino reconocer la validez de lo que la Jurisprudencia ha denominado motivación “in aliunde” de los actos administrativos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2003 razona así al respecto: “(...) la posibilidad de que la motivación venga a ser sustituida por el hecho de que se incorporen al expediente administrativo los correspondientes informes, como ha ocurrido en el presente caso”. Acude, en definitiva, aunque no lo manifieste expresamente, a la motivación “in aliunde”, es decir, a “la aceptación de informes o dictámenes obrantes en el expediente procediendo en los acuerdos de que se trate debido a la unidad orgánica de los expedientes, y a la interrelación existente entre sus distintas partes, considerados como elementos integrantes en un todo, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones”, aceptada dicha motivación por reiterada jurisprudencia de esta Sala -así, por todas, sentencia de 15 de febrero de 1991- a la que también ahora nos acogemos” .

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 20 de julio de 2005, pone de relieve que “La motivación puede no venir contenida en el propio acto administrativo, sino en los informes o dictámenes que le preceden y sirven de sustento argumental, dado que la jurisprudencia, al examinar la motivación de los actos administrativos, no los ha aislado, sino que los ha puesto en interrelación con el conjunto que integra los expedientes, a los que ha atribuido la condición de unidad orgánica, sobre todo en los supuestos de aceptación de informes o dictámenes (motivación “in aliunde”) (STS de 11 de marzo de 1978, 16 de febrero de 1988, 2 de julio de 1991). En definitiva, la motivación de los actos administrativos, supone tanto como exteriorización de las razones que llevaron a la Administración a dictar aquellos. En el derecho positivo español la motivación puede recogerse en el propio acto, o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos y queden incorporados a la resolución). La motivación por remisión ha sido asimismo aceptada por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, como es el caso de las SSTC 174/87, 146/90, 27/92, 150/93, y AAATC 669/86 y 956/88. “(...) de conformidad con un abundante número de decisiones judiciales (SSTS de 30 de abril de 1991, 7 de mayo de 1991, 12 de noviembre de 1992, etc.), pueda estimarse motivado el acto administrativo siempre que el interesado pueda encontrar sus razones a través de los datos que con relación al mismo obren en el expediente administrativo.”

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 24 de febrero de 2016, al señalar que *“El informe técnico que sustenta la decisión adoptada fue aportado en su momento a los licitadores para su conocimiento antes de la apertura del sobre nº 3, indicando la puntuación dada a cada licitador, recogiendo todos y cada uno de los criterios que se fijaban en los pliegos, en donde se establecían unos subcriterios de segundo y tercer nivel y una tabla de ponderación de los mismos de forma pormenorizada. De modo que la valoración queda debidamente motivada, sin que sea necesario una mayor explicación de por qué se da una u otra puntuación. La diversificación de criterios que recoge constituye en sí misma la motivación necesaria para poder entender la puntuación que se ha dado a las ofertas presentadas por todos los licitadores.*

Posibilidad ésta que ha sido admitida por el Tribunal Supremo, pudiendo citar a título de ejemplo la STS, Sala 3ª, de 30-10- 2013, Sección 7ª (Rec. 2325/2011), la cual, remitiéndose a otra anterior de la misma Sala y Sección razonó para rechazar la falta de motivación que fue reprochada a la resolución administrativa: "Lo primero que debe afirmarse es que es correcto y debe ser asumido el razonamiento que la sentencia recurrida sigue para rechazar las impugnaciones referidas a las adjudicaciones de Alcalá de Henares y Navalcarnero, al no haber sido eficazmente combatido ese dato fáctico de la no presentación de ofertas que la sentencia toma en consideración para su argumentación.

Lo segundo a destacar es que, en lo que hace a las otras adjudicaciones controvertidas (Leganés y Móstoles), la sentencia de instancia no invalida la motivación del acto administrativo controvertido aunque la considera perfectible, y no lo hace por considerar que en las actuaciones existen elementos suficientes para comparar las ofertas de la sociedad recurrente con aquéllas otras que fueron objeto de adjudicación y para constatar cuáles fueron las razones que determinaron esa adjudicación.

Esa apreciación es igualmente correcta por todo lo siguiente: (a) todas las ofertas obrantes en el expediente administrativo tienen contenidos que son encuadrables en los criterios valorativos incluidos en el baremo; (b) esos contenidos permiten visiblemente determinar si encarnan o no esos criterios de valoración y en qué grado o nivel; y, (c) consiguientemente, permiten constatar si la adjudicación quedó

enmarcada dentro del margen de tolerable discrepancia que es permitido en las valoraciones reconducibles a la discrecionalidad técnica o, por el contrario, incurrió en un claro error.

Y a ello debe sumarse que las valoraciones en que se apoyaron las adjudicaciones no se limitaron meramente a efectuar una puntuación, pues, aunque se haga de manera somera o escueta, van acompañadas de una explicación. Así lo ponen de manifiesto las ponderaciones acompañadas a la propuesta de adjudicación que obran en el expediente, pues fueron realizadas de forma individualizara para cada una de las entidades participantes en el concurso; en todas ellas constan desglosados o separados los distintos conceptos del baremo que habían de ser valorados; y en cada uno de esos conceptos se expresa, tanto la puntuación que es otorgada, como una explicación de cuáles son las concretas razones por las que se llega al juicio cualitativo que significa la puntuación concedida".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado en sentido amplio la regulación contenida en el citado artículo 88.6 (equivalente al artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), al no exigir que la incorporación consista en la reproducción de los informes sino sólo en su aceptación, entre otras en Sentencia de 21 de octubre de 2011 en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in aliunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.

En consecuencia, tal motivación in aliunde será suficiente en la medida en que el informe al que se remita contenga información suficiente sobre las razones por las cuales se otorgan las distintas puntuaciones y una exposición sucinta de las características y ventajas de la oferta seleccionada.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el acta correspondiente a la apertura de las proposiciones económicas y el informe técnico que se notifican junto con la Resolución por la que se adjudica el contrato contienen la puntuación obtenida por las

proposiciones presentadas por los distintos licitadores, con desglose de la obtenida en cada uno de los criterios de adjudicación. Además, el citado informe contiene una explicación de las características de cada oferta en relación a cada uno de los criterios que ponen de manifiesto que se ha realizado una comparativa entre las distintas ofertas, así como las razones por las que se asigna la puntuación correspondiente a cada criterio en cada una de ellas. Resultando, en consecuencia y sin perjuicio de su extensión, suficiente la motivación de la valoración contenida en el mismo y, por ende, de la resolución de adjudicación del contrato; circunstancia que determina, en atención a lo razonado, la desestimación del motivo de impugnación esgrimido en tal sentido por la entidad recurrente.

CUARTO.- Aduce la entidad reclamante como segundo motivo de impugnación que debido a la extensa declaración de confidencialidad efectuada en su oferta por parte de la adjudicataria del contrato no ha podido acceder a la mayor parte, y esencial, de su propuesta. Estima, asimismo, que dicha declaración de confidencialidad carece de motivación y no ha sido objeto de control alguno por parte de la entidad contratante.

Sostiene la entidad contratante, sobre este extremo que la reclamante solicitó la revisión de la oferta formulada por la adjudicataria; oferta que incorporaba una declaración de confidencialidad que no afectaba a la totalidad de la oferta e incidía en aspectos que podían considerarse como parte de la estrategia de la empresa, motivo por el cual la unidad gestora puso de manifiesto la misma si bien restringida a la parte de la oferta que la adjudicataria no había designado como confidencial. Apunta que dicho proceder tuvo lugar entendiendo que no era necesario que el órgano de contratación se pronunciara al respecto por no encontrarnos ante una declaración de confidencialidad genérica; no obstante lo cual, con ocasión de la interposición de la reclamación se recaba informe jurídico sobre la concreta declaración de confidencialidad realizada, siendo confirmada la misma por Resolución 26/2017, de 4 de abril, del Director Gerente de Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.

La tercera interesada apunta en el escrito de alegaciones presentado a este Tribunal, reproduciendo el contenido de la declaración de confidencialidad incluida en su oferta, que el desarrollo de los apartados a que se refiere la misma son fruto de la

experiencia de su empresa y personal y forman parte de su estrategia empresarial, de forma que si son divulgados pueden ser copiados y reproducidos por la competencia.

El derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 CE. La remisión constitucional se concreta en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, al regular los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, contempla en su apartado d) el relativo al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico. Norma jurídica que, específicamente reconoce, en su artículo 53.1.a), a los interesados en el procedimiento administrativo de que se trate – condición ésta que reúne el licitador que participa en un procedimiento de contratación – el derecho *“A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos”*.

Sentado lo anterior, debe repararse en que el procedimiento de contratación es un procedimiento especial y que, como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 40/1996, de 22 de julio, en relación con la vista de un expediente, prima la aplicación de la normativa de contratación pública sobre la de procedimiento administrativo, en atención a su carácter supletorio.

En consecuencia, partiendo del derecho de los licitadores a acceder a la documentación obrante en el expediente de contratación – comprensiva de las ofertas presentadas en el seno del procedimiento -, el alcance y ejercicio de dicho derecho de acceso debe definirse conforme a la normativa sobre contratación pública que resulte de aplicación.

El artículo 21 de la LFCP, regulador de los principios rectores de la contratación, consagra entre los principios esenciales en materia de contratación pública, el principio de transparencia de los procedimientos, que se manifiesta – tal y como ha puesto de relieve de manera reiterada este Tribunal, entre otros, en su Acuerdo 50/2014, de 16 de diciembre – tanto en la publicidad de las licitaciones como en el acceso a aquella información que permita que los licitadores puedan hacer revisar aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

El artículo 52.1 del mismo cuerpo legal, relativo a las proposiciones de los interesados, indica que “1. *Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador. 2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración (...)*”

Esta disposición no implica que una vez finalizada la licitación pública, pueda facilitarse la vista de toda la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 51 adelanta que “*Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a protección de información confidencial no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores*”, y en su artículo 21 determina que “*1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada*

por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”. Añadiendo el artículo 22.3 que “Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación”.

Es decir, la norma comunitaria permite que las legislaciones internas definan la cuestión relativa al acceso al expediente por parte de los licitadores, reconociendo que la confidencialidad constituye un derecho de los licitadores e incidiendo, eso sí, en la necesidad de respetar las obligaciones en materia de publicidad y de información a los licitadores; por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad e información.

Por su parte, el artículo 23 de la LFCP establece que *“1. Las entidades sometidas a la presente Ley Foral no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que hayan facilitado los licitadores y contratistas, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos hayan designado como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.*

2. Será condición esencial del contrato la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de aquellos datos de los que tenga conocimiento con ocasión de su ejecución. No obstante, las entidades contratantes, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato podrán eximir al contratista de esta obligación cuando no lo estimen conveniente.

La misma obligación de sigilo alcanzará a las entidades sometidas a la presente Ley Foral y al personal a su servicio que intervenga en estos procedimientos”.

Conforme a las citadas previsiones legales, la cláusula 23 de las Condiciones Regulatoras del contrato, establecen, en relación con la confidencialidad y sigilo, que *“Al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la LFC, se informa a las empresas licitadoras que la documentación que aporten a la licitación tendrá “carácter confidencial” en el caso de que la hayan designado como tal. Esta circunstancia deberá reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma) en el propio documento señalado como tal, adjuntando un índice con los apartados de la documentación que se consideran confidenciales, sin que sean admisibles declaraciones genéricas que afecten a la totalidad de la oferta”*.

De la regulación transcrita se infiere que la confidencialidad corresponde garantizarla al órgano de contratación, que es quien tiene el deber de no divulgar la información facilitada por los licitadores que tenga carácter confidencial. Asimismo, y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva y, por ende, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, en ningún caso puede extenderse a la totalidad de la misma.

La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, razona que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, *«Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores»*.

Por su parte, la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008, recoge dicha doctrina, concluyendo que el organismo *“debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid en su informe 6/2016, de 12 de septiembre, sobre confidencialidad de las proposiciones, señala que *”4.- La norma no puede especificar qué documentos concretos de un determinado licitador pueden ser divulgados, pues ello varía dependiendo de cada contrato y de cada licitador , por lo que, si el licitador ha señalado expresamente como confidenciales determinados documentos, no podrán ser divulgados por el órgano de contratación, sin que este carácter pueda hacerse extensivo de forma genérica a la totalidad de la documentación presentada.*

En el supuesto de que el licitador no haya especificado qué documentos tienen carácter confidencial, el órgano de contratación deberá determinar la documentación que puede ser divulgada, tanto documentación administrativa como económica y técnica, sin que proceda hacer públicos aquéllos documentos que considere que pueden afectar a secretos comerciales o técnicos de la empresa, de forma que puedan comprometer su competitividad frente a terceros, en especial la documentación relativa a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en su caso.

5.- En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su “Informe 15/2012, de 19 de septiembre. Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación”, en el que concluye que el órgano de contratación ha de buscar el equilibrio adecuado entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia y el derecho de defensa de un licitador descartado, sin que resulte procedente que la confidencialidad pueda extenderse a toda

la propuesta del licitador , debiendo el órgano de contratación determinar la documentación de la empresa adjudicataria que no se corresponde con aspectos confidenciales, justificándolo en el expediente, y dar vista del expediente, a solicitud de los interesados, con las condiciones y límites indicados.

Igualmente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su “Informe 11/2013 de 26 de julio. El carácter confidencial de determinada información facilitada por los licitadores o por los candidatos en el procedimiento de selección y de adjudicación de los contratos”, concluye que la confidencialidad, con carácter general, hace referencia a la documentación facilitada por los empresarios para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, debiendo determinarse por las empresas la documentación con tal carácter, sin que resulten admisibles las declaraciones genéricas al respecto. Se concluye asimismo que: “Los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que pueda afectar a la competencia leal entre empresas tiene carácter confidencial. También es susceptible de ser declarada como confidencial aquella información que tiene un gran valor para las empresas o supone un activo de importancia porque es consecuencia de inversiones en investigación, de conocimientos adquiridos por la experiencia o porque tiene un valor estratégico especial frente al resto de candidatos o de licitadores o representa una determinada forma de gestión empresarial”. Por último, concluye que la confidencialidad no puede vulnerar los principios de publicidad y transparencia.

6.- Por lo expuesto, corresponde al órgano de contratación la búsqueda del equilibrio entre los intereses del adjudicatario y el resto de licitadores, a fin de hacer compatibles los distintos principios de la contratación pública, respetando los derechos de las diferentes partes participantes en el procedimiento”.

Sentado lo anterior, este Tribunal viene entendiendo de manera reiterada (por todos, Acuerdo 14/2017, de 7 de abril) que en el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia en su vertiente relativa al derecho de acceso a la información, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. De este modo, debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que

solicita el acceso, y el que se opone al mismo; pues ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad.

En esta línea la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010 señaló que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, 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 preferir una oferta y descartar las restantes; añadiendo que 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; y concluyendo que corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad, y que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores.

Así pues, la existencia de documentos confidenciales no se presume, sino que debe derivar de una manifestación expresa del licitador interesado; del mismo modo que tampoco cabe que el órgano de contratación decida otorgar tal carácter a determinada documentación sin motivación cualquiera. Como indicamos en nuestro Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, *“para poder calificar como confidencial una parte de las propuestas técnicas presentadas a la licitación es preciso que en el expediente se justifiquen y motiven las razones que en cada caso para ello concurran, y que la entidad contratante se pronuncie sobre tales extremos, de forma que si la declaración efectuada por un licitador se extiende a aspectos que no afectan a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales (artículo 23 LFCP), el órgano de contratación deberá resolver que la documentación de que se trate no resulta confidencial, dando acceso a la misma al resto de los interesados en el procedimiento; y todo ello en orden a hacer efectivo el principio de transparencia en materia de contratación pública”*.

Por esta razón, este Tribunal ha declarado repetidamente, por ejemplo en el citado Acuerdo 14/2017, de 7 de abril, que esta obligación (y correlativo derecho del licitador) de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta técnica, sino únicamente a aquellos aspectos de la misma que formen parte de la estrategia empresarial del licitador y, en particular, a los secretos técnicos o comerciales. Y ello es así porque este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, de forma que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En definitiva, tal y como señalamos en el citado Acuerdo, en estos casos, la entidad adjudicadora deberá determinar la parte de la oferta a la que afecta el deber de confidencialidad, motivándolo en el expediente y concediendo audiencia a la licitadora afectada, de forma que pueda motivarse adecuadamente la adjudicación y respetarse a la vez en lo posible el principio de transparencia y el de tutela judicial efectiva; debiendo, en consecuencia, determinar aquella documentación de la proposición que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado.”

En el caso concreto que nos ocupa, consta en el expediente que la entidad adjudicataria del contrato aportó, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 23 de las condiciones reguladoras del contrato, declaración indicando qué parte de la documentación incluida en su oferta técnica declaraba como confidencial, así como las razones de tal consideración; estando acreditado, asimismo, que dicha declaración, si bien goza de amplitud en relación con el conjunto de la oferta técnica, no comprende la totalidad de la oferta presentada. Consta, igualmente, que ante la petición de acceso a la misma realizada por la entidad reclamante, se sustanció vista del expediente, con fecha 30 de marzo de 2017, si bien eliminando de dicho acceso la documentación declarada como confidencial por la licitadora.

Asiste razón a la reclamante cuando apunta que la entidad contratante no realizó consideración alguna sobre el alcance de la declaración de confidencialidad efectuada por el licitador, limitándose a respetar los términos en que la misma estaba formulada. Sin embargo, dicha circunstancia – aún cuando hubiera sido procedente un análisis de la declaración realizada con objeto de verificar que dichos extremos ostentan tal carácter – no conlleva, en todos los casos y de manera automática, el reconocimiento del derecho a examinar las ofertas; y, desde luego, lo que en ningún caso podría conllevar es la anulación del acto de adjudicación del contrato.

Y ello con independencia de que tampoco pueda otorgarse virtualidad alguna a la Resolución 26/2017 adoptada por la entidad contratante confirmando el carácter confidencial de la documentación señalada por la adjudicataria en su oferta, por tratarse de una motivación que ex novo que no puede suplir a la que el órgano de contratación debió realizar previamente a la vista del expediente, toda vez se contiene en un informe emitido tras la interposición de la reclamación.

Lo cierto es que aún en los casos en que la declaración de confidencialidad abarca la totalidad de la oferta o la mayor parte de la misma, los efectos de la ausencia de pronunciamiento del órgano de contratación previo al acceso al expediente y de la negativa a facilitar la vista de la documentación declarada confidencial deben ser determinados desde la perspectiva de haber generado indefensión al licitador solicitante; tal y como señala la Resolución 199/2016, de 9 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía: “(...) *La doctrina expuesta lleva, en el supuesto examinado en la presente resolución, a considerar que el órgano de contratación debió ser más diligente y no amparar una calificación indiscriminada de confidencialidad de la oferta de la ahora adjudicataria.*

Ahora bien, en los recursos fundados en infracción del derecho de defensa ante la falta de motivación de la adjudicación y/o la denegación de acceso a la mayor parte de la oferta del adjudicatario o de cualquier licitador, estas solo tendrán consecuencias directas en el procedimiento si en efecto las circunstancias expuestas se traducen en una efectiva lesión del derecho de defensa de modo que el licitador se vea impedido, ante la falta de información, para interponer un recurso fundado en defensa de sus intereses.

En cuanto a la indefensión, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), y a la doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras muchas, en la resoluciones 39/2013, de 1 de abril y 39/2015, de 10 de febrero, la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa(...)”.

Al hilo de lo anterior el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 2016/163263, de 5 de agosto, razona que *“el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes), por lo que, en la medida en que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto de adjudicación del contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación”*. Añadiendo que, será la reclamante quien deberá, en su caso explicitar cuales son los extremos de su impugnación para los que dicho acceso se revela imprescindible, y, previo análisis de la motivación contenida en el acto de adjudicación notificado y de la documentación en él contenida, deberá valorarse si resulta o no debidamente justificada la necesidad de dicho acceso a los efectos de interponer una reclamación útil y debidamente fundada.

Pues bien, debe advertirse que la reclamante formuló una solicitud de acceso genérica ordenada a la revisión de la oferta ganadora en plazo suficiente para poder interponer cualquier acción judicial a la que pudiera tener derecho; sin individualizar ni concretar entonces ni ahora en el escrito de reclamación qué documento o documentos cuyo acceso le ha sido vedado le ha determinado la indefensión que esgrime. Antes al contrario, se limita a apuntar que la extensión de la confidencialidad le ha impedido formular una reclamación eficaz y útil. Además, resulta significativo que la recurrente

ha tenido acceso al informe técnico de valoración de las distintas ofertas que integra in aliunde la motivación suficiente del acto de adjudicación que impugna y sobre el que ningún reproche realiza más allá de apuntar que está redactado en términos genéricos; motivo por el cual cabe concluir que no se ha generado indefensión a la reclamante, procediendo, en consecuencia, la desestimación de la reclamación en tal sentido formulada.

QUINTO.- Abundan en la conclusión alcanzada en el fundamento de derecho precedente dos circunstancias concretas que el propio expediente pone de manifiesto. La primera de ellas es que la oferta de la adjudicataria únicamente obtuvo la mayor puntuación en el criterio correspondiente a la oferta económica; de hecho, la oferta presentada por la entidad reclamante obtuvo mayor puntuación en todos y cada uno de los restantes criterios de adjudicación. La segunda de las circunstancias que refuerzan la desestimación del argumento esgrimido por la reclamante son las razones que la propia adjudicataria indicó al realizar la declaración de confidencialidad; declaración que, por otro lado, respeta las exigencias en tal sentido por la cláusula 23 de las condiciones reguladoras del contrato.

Efectivamente, tal y como se ha expuesto anteriormente, cuando los licitadores formalizan la declaración de confidencialidad de sus ofertas, lo relevante no es la extensión de la misma - siempre que no afecte a la totalidad de la oferta – sino el motivo concurrente que lo justifique, es decir, la protección de secretos técnicos o comerciales que pertenezcan a la estrategia empresarial de la empresa licitadora y los aspectos confidenciales en cuanto tales; y todo ello desde la premisa de alcanzar y proteger la competencia leal entre los licitadores.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 15/2012 señala que *“De acuerdo con lo anterior, la extensión de la confidencialidad a toda la propuesta por un licitador es improcedente y, en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente. A estos efectos, es evidente*

que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias”.

La jurisprudencia, tal y como señala el Acuerdo 81/2015, de 29 de julio 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos; la prestación de servicios; y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial *“esta exclusión incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados”.*

Pues bien, en el presente procedimiento, ante la solicitud de la entidad reclamante de revisión de la oferta presentada por la adjudicataria del contrato, la entidad contratante no hizo sino preservar el carácter confidencial atribuido por la misma a determinada documentación; y ello en cumplimiento de la previsión contenida en la cláusula 23 de las condiciones reguladoras, que en cuanto “ley del contrato” vinculan tanto a la entidad como a los licitadores que participan en el procedimiento, que exige, en su caso, una declaración expresa en la que se indique qué documentos son constitutivos de ser considerados confidenciales, y cuya formulación determina su

protección con la limitación, que no concurre en este supuesto, de que no resultan admisibles las declaraciones genéricas que afecten a la totalidad de la oferta.

Lo cierto es que la adjudicataria señaló como confidenciales documentos relativos a protocolos de actuación, plan de formación, acciones de control de calidad, recursos específicos, metodologías concretas e información detallada relativa a una herramienta informática; y los motivos de tal declaración como confidenciales - que los puso de manifiesto en la propia declaración, en el sentido de haber sido diseñados y creados por la propia empresa para esta concreta licitación o para proyectos similares - permiten concluir a este Tribunal que su divulgación podía perjudicar sus intereses comerciales legítimos, o afectar a la leal competencia que ha de regir las relaciones entre las empresas licitadoras.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.I.O. en representación de “Vermican Soluciones de Compostaje, S.L.” frente a la Resolución del Director Gerente de “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” por la que se adjudica el contrato de seguimiento técnico del compostaje doméstico y comunitario.

2º. Notificar este acuerdo a don F.I.O., a “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” así como al resto de interesados en el procedimiento, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 19 de mayo de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.