



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: Tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 59/2018

ACUERDO 94/2018, de 20 de septiembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don P. J. E. A., en nombre y representación de la mercantil “ZETA SOLUCIONES AUDIOVISUALES, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 4 de julio de 2018, por el que se adjudica el contrato de suministro e instalación de un sistema multipantalla DLP retroiluminado en el Centro de Coordinación Operativa de la Policía Municipal de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2018 el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro e instalación de un sistema multipantalla DLP retroiluminado en el Centro de Coordinación Operativa de la Policía Municipal de Pamplona. Previamente, el expediente de contratación fue aprobado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 27 de marzo de 2018.

Dentro del plazo establecido al efecto, la mercantil “ZETA SOLUCIONES AUDIOVISUALES, S.L.” (en adelante ZETA) presentó oferta.

SEGUNDO.- El día 8 de junio de 2018, es decir, dos días después de la apertura pública de las ofertas económicas, ZETA solicitó al Ayuntamiento de Pamplona “*cita para poder ir a ver el contenido de la oferta presentada por el Adjudicatario*”. Consta en el expediente que, ese mismo, día el Ayuntamiento se dirigió a la empresa que iba a

resultar adjudicataria (“Ruybesa Global Technologies, S.L.”), informándole de la solicitud de ZETA.

La futura adjudicataria contestó al Ayuntamiento el día 11 de junio de 2018, indicando que *“En cuanto a la cuestión de enseñar nuestra oferta a la otra empresa, lamentamos indicarnos, que por política de empresa, NO damos nuestro consentimiento para que otras empresas de la competencia vean nuestras ofertas”*.

Consta también en el expediente que con fecha 13 de junio de 2018 ZETA reiteró su solicitud, obteniendo respuesta el 15 de junio, en el que junto con el envío de la valoración realizada de las ofertas técnicas presentadas, se le indicaba la negativa de Ruybesa a mostrar su oferta.

TERCERO.- Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, con fecha 4 de julio de 2018 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona adjudicó el contrato a “Ruybesa Global Technologies, S.L.”, al haber presentado la oferta más ventajosa y ser la que había obtenido la mayor puntuación. Dicha adjudicación fue notificada a ZETA el día 5 de julio de 2018.

CUARTO.- Con fecha 12 de julio de 2018, don P. E. A., en representación de ZETA, formula ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada adjudicación, que fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

En primer lugar, ZETA afirma que se ha adjudicado el contrato a una empresa cuya propuesta *“infringe el pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas aprobado y rector del presente procedimiento contractual, lo que debía conllevar, en todo caso, la exclusión de la propuesta adjudicataria”*.

Al respecto, la reclamante significa también que ha interesado y solicitado acceder a la marca y modelo de la entidad adjudicataria, lo que le ha sido negado de

forma que considera ilegal, hecho este que supondría, por sí mismo, la anulación del acto por falta de motivación.

No obstante, aun negado el acceso y, según indica, por economía procesal, ZETA entiende que *“interpuesta esta reclamación deberá aportarse la oferta presentada y adjudicada y podremos confirmar los hechos o datos que vamos a poner de manifiesto que parten de la premisa de que la mercantil adjudicataria es distribuidora de la marca Delta Electronic”*.

Posteriormente, basándose en el pliego técnico, la reclamante selecciona los modelos posibles de la marca referenciada, los analiza y concluye que ninguno de ellos cumple lo previsto en el pliego, por lo que procedía su exclusión. Por ello, solicita que se anule la adjudicación.

QUINTO.- El 20 de julio de 2018 el Ayuntamiento de Pamplona aporta el expediente de contratación y sus alegaciones a la reclamación. En ellas manifiesta que la empresa adjudicataria oferta cubos de 50” de la marca DELTA y, tras describir las características del producto, afirma que si bien existen características que no son exactamente iguales que las obrantes en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), no alteran negativamente la calidad del producto exigido. En este sentido, señala, los parámetros reflejados en el PPT han sido tomados como referencia de una “marca tipo” del mercado, siendo muy poco probable o imposible que los pertenecientes a otros fabricantes coincidan exactamente con los de esa referencia. A esto añade que en caso de que se obligara a que fueran estrictamente iguales, se estaría excluyendo en la licitación cualquier otro producto similar de otros fabricantes.

Por ello, solicita la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- Con fecha 7 de agosto de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de la reclamación especial interpuesta la impugnación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 4 de julio de 2018, por el que se adjudica el contrato de suministro e instalación de un sistema multipantalla DLP retroiluminado en el Centro de Coordinación Operativa de la Policía Municipal de Pamplona., licitación promovida por el Ayuntamiento de Pamplona y cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) fue aprobado antes de la entrada en vigor de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP 2018).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LFCP 2018, al procedimiento de adjudicación que nos ocupa resultan de aplicación, “ratione temporis”, en atención a la fecha de aprobación del PCAP, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP 2006), siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

Por el contrario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 124.7 LFCP 2018, en relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), que señala “a) *A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*”, sensu contrario, a este procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Pamplona, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP 2018, las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a

las disposiciones de la Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa participante en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP 2018.

QUINTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

SEXTO.- La cuestión que se impone resolver en primer lugar es la negativa de la adjudicataria a mostrar su oferta a la ahora reclamante y las consecuencias que de esta actuación se pueden derivar.

Considera la reclamante que esta actuación dificulta la interposición del recurso frente a la adjudicación del contrato, puesto que al desconocer la Marca y Modelo del producto ofertado por el adjudicatario se impide comprobar la valoración técnica realizada por el órgano de contratación, así como el cumplimiento de las determinaciones establecidas en los pliegos por parte del producto seleccionado; negativa que supondría, por sí mismo, la anulación del acto por falta de motivación; y por todo ello solicita que se anule la adjudicación.

Sobre este extremo nada indica la entidad contratante en sus alegaciones, limitándose a trasladar la negativa de la adjudicataria a mostrar su oferta con la motivación ya esgrimida en los antecedentes. Sí pone de manifiesto que la empresa adjudicataria oferta la marca DELTA reconociendo que existen características que no son exactamente iguales que las obrantes en el Pliego de Prescripciones Técnicas, pero que no alteran negativamente la calidad del producto exigido.

A ello debemos añadir que en el expediente facilitado a este Tribunal se señala como confidencial la totalidad de la oferta técnica del adjudicatario.

En atención a lo expuesto, este Tribunal debe analizar si resulta ajustada a derecho la denegación de acceso del reclamante a la oferta técnica formulada por el adjudicatario y contenida en el expediente de licitación.

Esta cuestión ya ha sido objeto de análisis por este Tribunal, en concreto en nuestro Acuerdo 14/2017, de 7 de abril, donde se expone extensamente la doctrina sobre la declaración de confidencialidad formulada por el adjudicatario y las consecuencias que de ello se derivan y que seguidamente transcribimos:

“Este Tribunal viene entendiendo de manera reiterada (por ejemplo en nuestros Acuerdos 41/2016, 38/2014, 50/2014) 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 a 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 las cosas, dicho pronunciamiento debe estar suficientemente motivado, explicando las razones por las que, en su caso, se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. Si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente la decisión en tal sentido adoptada.

Además, tal y como se ha señalado anteriormente, los principios de publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa exigen que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general, y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción. Motivo por el cual, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción, y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.

Por esta razón, este Tribunal ha declarado repetidamente, por ejemplo, en el Acuerdo 38/2014, de 14 de agosto, 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 el caso concreto que nos ocupa, consta en el expediente que la entidad contratante, ante la petición de acceso a la oferta técnica, solicitó autorización al adjudicatario quien sucintamente manifestó que por política de empresa no daban su consentimiento para que otras empresas de la competencia vieran sus ofertas. Negativa que el órgano de contratación, sin mayor cuestionamiento, se limitó a trasladar al reclamante junto con la valoración técnica realizada.

En estos supuestos, este Tribunal considera ajustado a derecho que por el órgano de contratación, ante una solicitud de acceso a la oferta de otro licitador, en la que no se ha realizado declaración alguna de confidencialidad en la oferta, solicite de éste que manifieste, en el momento de resolver tal petición, si considera que la oferta contiene información que no deba ser divulgada. En tal sentido se manifiesta la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 270/2016, de 15 de abril, cuando apunta que *“Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que este Tribunal añade, en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación”*.

Sin embargo lo que no resulta ajustado a derecho, es la actitud aquiescente del órgano de contratación, quien ante la genérica negativa de acceso por parte del licitador, asume tal denegación, sin actitud crítica alguna sobre los contenidos declarados confidenciales. Olvidando que, como hemos expuesto anteriormente, a la empresa licitadora le corresponde declarar la confidencialidad, pero 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.

En este sentido ya señalamos que, *“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.” (Acuerdo 14/2017 de 7 de abril)

Y ello máxime cuando en el Anexo II del pliego se establece que “*los licitadores aceptan voluntariamente dar transparencia institucional a todos los datos derivados de los procesos de licitación, adjudicación y ejecución hasta su finalización, con exclusión de aquellos que resulten confidenciales*”, es decir todos los licitadores, habiendo consentido el pliego, aceptan someterse al régimen de transparencia establecido para las entidades públicas, que incluye el acceso a las ofertas de los otros licitadores, con el límite establecido en el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero y 23 LFCP. Regulación de la que se deduce, como ya ha indicado este Tribunal, que 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. Dicho en otros términos, si no media esa declaración, la regla es que deberá permitirse el examen de la documentación presentada por los licitadores concurrentes, en consonancia con el derecho de acceso que reconoce el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (Acuerdo 14/2017 de 7 de abril)

A mayor abundamiento, y tras analizar la oferta técnica del licitador que consta como confidencial, comprobamos cómo dicha declaración se realiza genéricamente, extendiéndose a la totalidad de la oferta técnica y conteniendo incluso guías de uso o especificaciones técnicas del modelo ofertado de DELTA, que como alude el reclamante son datos técnicos oficiales disponibles en la web. Lo que nos lleva a concluir que en modo alguno la confidencialidad de la oferta ha sido cuestionada por el

órgano de contratación quien debió analizar la documentación de la proposición y circunscribir la confidencialidad a los secretos técnicos o comerciales o aspectos confidenciales y en todo caso debiendo justificarse debidamente en el expediente las causas determinantes del carácter confidencial de la documentación.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el ahora reclamante al desconocer las características de la oferta técnica presentada por el adjudicatario no puede contrastar la decisión tomada por el órgano de contratación y en su caso ejercer su derecho a interponer una reclamación fundamentada. O por el contrario, tras analizar debidamente el expediente, encuentra justificada la decisión administrativa y decide no interponer reclamación alguna.

En estas circunstancias consideramos oportuno retrotraer las actuaciones al momento de puesta de manifiesto del expediente, debiendo el órgano de contratación dar vista del expediente al reclamante en la parte de la oferta técnica del adjudicatario no incurso en confidencialidad y en todo caso debiendo justificarse debidamente en el expediente las causas determinantes del carácter confidencial de la documentación tal como hemos expuesto.

En consecuencia no resulta procedente que este Tribunal se pronuncie respecto del resto de los argumentos esgrimidos en el escrito de reclamación referidos al incumplimiento de las determinaciones establecidas en los PPT por parte del producto seleccionado, puesto que a pesar de que han sido rebatidos por el órgano de contratación, los mismos podrán, en su caso, ser reiterados en una posterior reclamación, si tras la vista del expediente en las condiciones citadas, la reclamante aún considera oportuna su interposición que incluso puede extender a otros aspectos de la oferta que en este momento desconoce.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don P. J. E. A., en nombre y representación de la mercantil “ZETA SOLUCIONES AUDIOVISUALES, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 4 de julio de 2018, por el que se adjudica el contrato de suministro e instalación de un sistema multipantalla DLP retroiluminado en el Centro de Coordinación Operativa de la Policía Municipal de Pamplona, ordenando la retroacción de actuaciones al momento de dar vista de la oferta del adjudicatario al reclamante sin emitir pronunciamiento en este momento en relación con las restantes pretensiones de las partes, conforme a lo expresado en el fundamento anterior.

2º. Notificar este Acuerdo a “ZETA SOLUCIONES AUDIOVISUALES, S.L.”, al Ayuntamiento de Pamplona y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la 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, 20 septiembre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.