

**Recurrente:** ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.

**Entidad contratante:** HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES.

**Contrato:** servicio de gestión logística de almacenamiento externo y distribución interna de materiales, de reposición sistemática y de tránsito del hospital universitario de Móstoles y centros adscritos.

**Expediente:** A/SER-008659/2019

**Escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación**

## **AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

D. Pedro Manuel Fernández Atencia, actuando en nombre y representación de la sociedad ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, **ACCIONA**), representación que deriva de las facultades otorgadas mediante Escritura Pública ante el Notario de Madrid D. Eduardo Martín Alcalde con fecha 26 de octubre de 2018 y al número 2.953 de orden de su Protocolo Notarial, actúa en su calidad de apoderado solidaria de la mercantil Apoderada General de Service S.A., con CIF: A-58810620, la cual a su vez es apoderada de la meritada sociedad Acciona Facility Services, S.A., en virtud de las facultades otorgadas mediante Escritura Pública ante el Notario de Madrid D. Andrés de la Fuente O'Connor con fecha 9 de octubre de 2017 y al número 2.191 de orden de su Protocolo Notarial, se acompañan sendas escrituras de representación como **documento número 1**, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, respetuosamente

### **DIGO**

Que por medio del presente escrito formulo **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra el acto de adjudicación del contrato de servicio de gestión logística de almacenamiento externo y distribución interna de materiales, de reposición sistemática y de tránsito del hospital universitario de Móstoles y centros adscritos con número de expediente A/SER-008659/2019 (en adelante, el **Contrato**).

Se acompaña como **documento número 2** acto de adjudicación aquí recurrido.

El recurso especial se formula al amparo de los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**), con base en estos

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El órgano de contratación está tramitando el expediente de licitación del Contrato, al que concurrieron en tiempo y forma mi representada, ACCIONA - en UTE con la mercantil CONSULTORÍA Y GESTIÓN SANITARIA, S.L. - y la mercantil SEVERIANO SERVICIO MÓVIL, S.A.U. (en adelante, SEVERIANO).

**SEGUNDO.** Tras la apertura de la documentación contenida en las proposiciones de los licitadores, se llevó a cabo la asignación de las puntuaciones relativas a los criterios de adjudicación subjetivos, puntuaciones que fueron recogidas en el Informe Técnico correspondiente.

Se acompaña como **documento número 3** dicho informe técnico.

**TERCERO.** Una vez llevada a cabo la asignación de estas puntuaciones sobre los aspectos técnicos subjetivos, se procedió a la apertura y valoración de los aspectos de apreciación automática, lo que desembocó a la postre en la adjudicación del Contrato a favor SEVERIANO.

Como se podrá comprobar en dicho informe técnico, así como en el acto de adjudicación efectuado, la puntuación técnica respecto de los aspectos de apreciación subjetiva recibida por ambos licitadores ha sido definitiva para que la adjudicación del Contrato recaiga en el licitador SEVERIANO, el cual ha recibido 32 puntos, en lugar de los 13 puntos conseguidos por mi representada en dichos criterios.

**CUARTO.** Mi representada solicitó vista del expediente de contratación en fecha 15 de julio de 2019, a fin de comprobar el contenido de la oferta de la adjudicataria y corroborar que la diferencia entre las puntuaciones recibidas encontraba su correcta justificación atendiendo al contenido de las ofertas.

Dicha solicitud fue atendida por el órgano de contratación, si bien, no se dio acceso a la mayor parte de la oferta de SEVERIANO, es más, solo se dio acceso a una parte muy limitada de la misma, puesto que el licitador había declarado la mayor parte confidencial.

En concreto esta parte tuvo acceso únicamente a unas pocas páginas:

- Sección 1: pag 10-16
- Sección 2: pag 18-21
- Sección 5: pag 198-200
- Sección 6: pag 202

Salvo la proposición económica, se negó el acceso a partes como la información correspondiente a los aspectos valorables de manera automática, sin ninguna explicación al efecto. Por lo que consideramos que dicha declaración de confidencialidad resulta de todo punto excesiva e injustificada.

Se acompaña como **documento número 4** Acta de visionado de expediente.

A los hechos descritos son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE CARÁCTER PROCESAL**

#### **PRIMERO. OBJETO DEL RECURSO**

La idoneidad del objeto de este recurso, a los efectos del artículo 44 de la LCSP, resulta de lo siguiente:

- i. El Contrato es un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.
- ii. El concreto acto que se recurre es la adjudicación del Contrato.

#### **SEGUNDO. COMPETENCIA**

Es competente para conocer de este recurso el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 3 cinco de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre.

### **TERCERO. LEGITIMACIÓN**

ACCIONA tiene legitimación para recurrir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de licitador cuya oferta ha sido valorada en segundo lugar tras la oferta del adjudicatario, en este caso SEVERIANO SERVICIO MÓVIL, S.A.U.

La legitimación del recurrente que se halla en esta situación ha sido declarada de forma expresa por el Tribunal al que nos dirigimos, por ejemplo, en su resolución nº 17/2016, de 3 de febrero:

*“El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, de las dos únicas admitidas a la licitación del lote 2 “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP). Resulta por ello evidente que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato”.*

Asimismo, en términos generales debemos apuntar que ACCIONA está legitimada para recurrir individualmente, en su condición de miembro de una agrupación de licitadores cuya oferta no ha resultado adjudicataria del Contrato, según hemos visto antes.

El artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015 recoge la previa doctrina del TACRC a este respecto, disponiendo lo siguiente:

*“En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

Por lo tanto, tiene ACCIONA plena legitimación para formular este recurso.

### **CUARTO. PLAZO**

Este recurso se formula dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO RELATIVOS AL FONDO DEL ASUNTO**

#### **PRIMERO. INCORRECTA VALORACIÓN DE LA OFERTA DE ACCIONA EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE APRECIACIÓN SUBJETIVA.**

En primer lugar, esta parte debe poner de manifiesto determinados errores de bulto producidos en la valoración subjetiva de la oferta de mi representada, que de manera indudable han supuesto una valoración errónea de su oferta, con el perjuicio que ello acarrea.

A continuación, en aras a aportar algunos ejemplos ilustrativos del error aquí denunciado, pero sin ánimo de extendernos más allá de lo estrictamente necesario, señalaremos los siguientes errores:

- Respecto del criterio de adjudicación, Plan de implantación (0-7 puntos), el informe técnico recoge expresamente que la oferta de Acciona no cuenta con medidas de seguridad de la Nave:

*“Detalla las características de la nave y su distribución, así como el sistema de almacenaje que utilizará para cada tipo de mercancía pero no detalla las medidas de seguridad de las que dispondrá ante cualquier eventualidad.”*

Pues bien, esta afirmación es del todo incorrecta puesto que la oferta de mi representada, Sobre 2, en el apartado Anexos, pagina 257 y siguientes, nada menos que 25 páginas donde se indican las medidas de seguridad de que se dispondrá, en concreto, se aporta un plan de la nave, contratos PCI (medias antincendios), Proyecto de Seguridad con evaluación de riesgo avalado por Prosegur, etc. es más en las páginas 20 y 21 se explica con todo detalle los sistemas antincendios y los sistemas de seguridad disponibles.

Por lo tanto, no entendemos como el servicio técnico ha obviado esta información en la valoración de nuestra oferta.

Acompañamos como **documento número 5** dicho extracto de nuestra oferta.

- En segundo lugar, respecto del mismo criterio de adjudicación, continúa el informe diciendo:

*“En el plan de implantación hace referencia a que el material de laboratorio se entregará directamente del proveedor al hospital sin pasar por el almacén externo no siendo esto lo que mejor se adapta a las necesidades y procedimientos del Hospital.”*

En este sentido, señalar que en ningún lugar de nuestra oferta se indica que el material será directamente entregado desde el proveedor al hospital, el material siempre es recibido por personal de la UTE COGESA ACCIONA en el almacén externo, de hecho, este es el objeto del contrato, la gestión del almacén externo.

En este sentido, y como no puede ser de otra manera, si atendemos a la página 6 de nuestra oferta económica se dice expresamente:

“UTE COGESA ACCIONA:

- *Aportará el espacio necesario para ubicar el Almacén Externo al Hospital.*
- *Gestionará el almacenamiento en la ubicación externa del material objeto del contrato, incluyendo la **recepción**, custodia, preparación, entrega, reposición y seguimiento de todos los productos a formar parte del catálogo actual y futuro del Centro, así como la custodia de las máquinas y estanterías actuales existentes en el almacén general. Satisfaciendo unos requisitos mínimos de habitabilidad, seguridad y el cumplimiento de la normativa vigente y manteniendo todo el producto en custodia separado de cualquier otro cliente ubicado en la misma instalación.”*

Por lo tanto, tampoco entendemos acertada esta justificación contenida en el informe de valoración.

- En tercer lugar, en cuanto al criterio de adjudicación Plan de gestión integral especializado para los productos sanitarios que precisan refrigeración (0 - 7 puntos), recoge el informe de valoración sobre la oferta de Acciona que:

*“...refleja la entrega directa al hospital de los productos refrigerados por parte del proveedor no siendo lo que se adapta a los procedimientos logísticos del Hospital.”*

Nada más lejos de la realidad, nuestra oferta, en ningún lado indica que los productos refrigerados serán entregados directamente al hospital.

Acompañamos como **documento número 6** extracto de nuestra oferta al respecto, donde se podrá comprobar tal extremo sin dificultad.

Todo ello nos permite concluir, sin género de duda alguno, que la oferta de esta parte ha sido valorada arbitrariamente, no habiendo prestado atención a todo el contenido de la misma, lo que ha supuesto de manera efectiva un perjuicio en términos competitivos respecto del resto de licitadores.

**SEGUNDO. NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO: FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS EN LO QUE SE REFIERE A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR.**

El artículo 151.1 de la LCSP dispone:

*“La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días”.*

En desarrollo de esta previsión, el apartado 2 del artículo 151 establece:

*“...la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:*

*(...)*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.*

Esta norma impone el deber esencial de motivación de la adjudicación del contrato y, en particular, de la valoración de las ofertas.

Hemos de partir de la doctrina aplicable a la motivación de la valoración de las ofertas en relación con los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor; podemos resumir esta doctrina del siguiente modo:

- a. Por un lado, resulta esencial a los efectos de entender motivado el acto de adjudicación del contrato que se motive la valoración de las ofertas, esto es, que se motive la puntuación obtenida por las ofertas en relación con cada uno de los criterios de adjudicación, en particular los criterios dependientes de juicios de valor.
- b. La motivación puede ser escueta, o sucinta, pero tiene que ser suficiente; esto es, tiene que permitir a los licitadores alcanzar un conocimiento real de los motivos por los que las ofertas se han valorado de una forma determinada, con referencia al concreto contenido de las ofertas, sin que a estos efectos puedan considerarse suficientes las meras fórmulas o los motivos genéricos.

Por ejemplo, podemos citar la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n° 409/2017, de 5 de mayo:

*“Al ser estos criterios los elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación.*

*Añadiremos que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).*

*También hemos señalado que para que la notificación de los acuerdos de exclusión, no selección o de adjudicación, o las informaciones requeridas por los licitadores, puedan considerarse válidos, no basta con reseñar la simple indicación en ella de la puntuación obtenida por los licitadores cuando concurren criterios distintos de los evaluables de forma automática, pues es precisamente la motivación la que permite determinar que en la valoración de aquellos criterios que permiten una cierta discrecionalidad técnica no se han vulnerado los principios de igualdad y libre concurrencia”.*

Con fundamento en esta doctrina, los tribunales de contratación consideran que los defectos de motivación de los informes de valoración de las ofertas se trasladan al acto de adjudicación del contrato. La anterior resolución analiza un caso en el que (como sucede aquí) concurría este vicio, y concluye lo siguiente:

*“Pues bien, en el presente caso la notificación carece de la motivación suficiente porque también carece de ella el informe técnico de valoración que determina la exclusión para la siguiente fase del licitador.*

*En efecto, el informe técnico, que no se facilitó con la resolución notificada si bien se hizo público en el perfil del contratante, se limita a consignar la puntuación en cada uno de los criterios de las ofertas, añadiendo como única*



*motivación de la asignación de puntos las consideraciones escuetas de "absorción demasiado lenta" y "el envase no permite ver el contenido", limitada además a la oferta presentada por la recurrente pero no a las de las demás licitadoras, que no son motivadas ni tan siquiera con frases escuetas.*

*Así falta una mínima descripción metodológica de la asignación de puntos en cada criterio, que permita comparar la calificación de las distintas ofertas y, por ende, apreciar que se ha respetado en la puntuación los principios de igualdad y no discriminación.*

*En fin, las escuetas frases que el órgano de contratación da como motivación de la puntuación asignada a la recurrente no merecen la calificación de tal, pues la valoración es consecuencia de un juicio técnico, objetivo y verificable, que se caracteriza por la utilización de una metodología adecuada y generalmente aceptada para el objeto de análisis, y las afirmaciones realizadas como observaciones emplean un lenguaje cotidiano e impreciso, muy alejado del rigor exigible técnicamente.*

*En suma, el informe técnico de valoración, en los lotes objeto de impugnación, está viciado de falta de motivación”.*

Como veremos más adelante, esta doctrina es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que el informe de valoración de las ofertas en este caso comete los mismos defectos que el informe al que se refiere la resolución antes citada.

Creemos que no son necesarias más citas para que quede reflejado cuál es el estándar doctrinal aplicable a la motivación de la valoración de las ofertas en lo que se refiere a los criterios dependientes de juicios de valor, en concreto cuando esta motivación se contiene en los informes técnicos de valoración de las proposiciones, como sucede en nuestro caso.

Ahora hemos de trasladar la anterior doctrina a este concreto caso, con objeto de acreditar que la motivación empleada no es suficiente en absoluto para cumplir con el mandato derivado del artículo 151 de la LCSP<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Que debe ponerse en relación con el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

*“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*

Si atendemos al informe de valoración subjetiva podemos comprobar como el mismo no contiene, en la mayor parte de sus criterios, una explicación mínima del razonamiento que ha seguido el órgano de contratación en la atribución de las puntuaciones.

Atendamos, por ejemplo, al criterio 3, *Plan de gestión integral especializado para los productos sanitarios que precisan refrigeración*, respecto del cual esta es la motivación que el mismo contiene consiste en:

*“SEVERIANO SERVICIO MOVIL, S.A*

*Detalla la sistemática a seguir y los medios a utilizar para mantener la cadena del frío.*

*ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A*

*Detalla la sistemática a seguir y los medios a utilizar para mantener la cadena del frío, no obstante, como se ha comentado anteriormente, refleja la entrega directa al hospital de los productos refrigerados por parte del proveedor no siendo lo que se adapta a los procedimientos logísticos del Hospital.*

*En este apartado se considera realizar una asignación de 2 puntos.”*

Atendiendo a esta explicación, resulta completamente injustificada la diferencia de puntuación de 7 a 2 puntos entre la adjudicataria y mi representada, no se indica ni indiciariamente las razones que justifican por qué SEVERIANO merece 7 puntos, simplemente indica que detalla la sistemática y medios para mantener la cadena del frío, pero no dice por qué esa sistemática y esos medios son merecedores de los 7 puntos, es totalmente arbitrario y creemos que no son necesarias mayores argumentaciones.

A mayores, respecto de los criterios 4 y 6, dado que ambos licitadores obtenemos la misma puntuación, parece entender el órgano de contratación que no hace falta aportar ninguna explicación. Se limita a señalar que las ofertas cubren las necesidades, y mi representada puede estar de acuerdo en que su oferta las cubre, ahora bien, ¿cómo puedo saber que la de mi competidora también lo hace? ¿qué significa cubrir las necesidades? En ningún caso pueda ser esta la motivación que el informe de valoración debe contener.

---

*convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.*

Por ello, entendemos que dicho informe de valoración no cubre los requisitos mínimos en términos de motivación que dicho documento administrativo debe contener, con las consecuencias que a continuación se detallarán.

### **TERCERO. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO: NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DEL CONTRATO, POR LA IMPOSIBILIDAD DE RETROTRAER LAS ACTUACIONES**

Hemos visto en el fundamento anterior cómo la valoración de las ofertas en cuanto a los criterios dependientes de juicios de valor infringe de manera evidente el deber de motivación, lo que determina la nulidad del acto de adjudicación del Contrato, por infracción del artículo 151 de la LCSP, en relación con el artículo 35.2 de la Ley 39/2015 y los principios esenciales de la contratación pública, en particular el de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, así como el de transparencia.

Nos resta sólo pronunciarnos sobre las consecuencias de la nulidad del acto de adjudicación contractual, que entendemos que han de consistir, necesariamente, en la anulación de todo el procedimiento de licitación del Contrato.

Ello por un motivo muy sencillo: el vicio de motivación de la valoración de las ofertas en cuanto a los criterios dependientes de un juicio de valor es tan significativo que, en la práctica, su subsanación obligaría a llevar a cabo una nueva valoración integral de las ofertas en cuanto a estos criterios, y esta nueva valoración no puede hacerse cuando ya se han abierto y se conoce el contenido de las ofertas en cuanto a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas.

En este caso ya no cabe la retroacción del procedimiento. El principio de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas impide valorar los criterios dependientes de juicios de valor cuando ya se han abierto las ofertas en relación con los criterios evaluables automáticamente, y por ello en casos como el que nos ocupa, en los que no hay que hacer meros ajustes en la valoración técnica, sino efectuarla desde el principio, no cabe esta nueva valoración si las ofertas ya se han abierto en su totalidad, como aquí sucede.

Así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal al que nos dirigimos, por ejemplo, en su resolución nº 328/2017:

*“Sexto.- Dado que en esta licitación se han contemplado tanto criterios objetivos como subjetivos de valoración debe determinarse si en este momento del procedimiento cabe realizar una nueva valoración motivada de la oferta de la*

*recurrente, sin alterar el orden de apertura de las ofertas previsto en el artículo 150 del TRLCSP. A este respecto en nuestra Resolución 24/2014, de 5 de febrero, se realiza un estudio de la cuestión al que nos remitimos, partiendo de la base de que la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y pueda ser influenciable.*

*En este caso se han abierto todas las ofertas, no siendo por tanto posible retrotraer el procedimiento para efectuar un nuevo informe de valoración al conocerse ya las ofertas económicas de las licitadoras procediendo la nulidad de todo el procedimiento de licitación.*

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa, porque, como hemos dicho, no se trata de corregir la valoración de las ofertas (en cuanto a los criterios dependientes de juicios de valor) de manera puntual, sino que es preciso para corregir el defecto advertido llevar a cabo una nueva valoración de las ofertas, lo cual no es posible una vez que se conoce el contenido de las mismas en cuanto a los criterios evaluables mediante fórmulas.

#### **CUARTO. EXCESIVA CONFIDENCIALIDAD DEL CONTENIDO DE LA OFERTA DE LA ADJUDICATARIA. INDEFENSIÓN PRODUCIDA SOBRE MI REPRESENTADA.**

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho del presente recurso, esta parte procedió a solicitar vista del expediente, sin embargo, no pudo acceder a la práctica totalidad de la oferta de la adjudicataria por estar sometida a una reserva de confidencialidad completamente desproporcionada. Dicha confidencialidad afectaba a toda la oferta de manera indiscriminada, lo que ha provocado la indefensión de esta parte al no poder tener acceso a la información suficiente para articular el presente recurso.

Añadimos que la declaración de confidencialidad no puede extenderse a todo el contenido de la oferta, citaremos la Resolución nº 732/2016 del TACRC, (el subrayado es nuestro):

*“Este Tribunal ha declarado reiteradamente que ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente,*

*que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificado por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Realizada esta declaración, el artículo 140.1 TRLCSP establece que “los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”. Ahora bien, este Tribunal ha señalado que una declaración de confidencialidad que afecte a toda la documentación presentada por el licitador resulta improcedente.*

Además, dicha confidencialidad debe ser aplicada sobre extremos que efectivamente sean confidenciales por contener aspectos relativos al secreto comercial del emisor, no cualquier documentación que el licitador entienda o declare como confidenciales, en palabras nuevamente del TACRC, Resolución 396/2018 de 23 de abril (la negrita es nuestra):

***“a estos efectos, este tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. en relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales 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 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”.***

***“También se señaló en la misma resolución, que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que “a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado.”***

Atendiendo a lo anterior, podemos calificar como de excesiva e injustificada la declaración de confidencialidad mantenida por Severiano respecto de cuestiones que tan básicas como los certificados tenidos en cuenta en los criterios de valoración automáticos.

Asimismo, el Órgano de Contratación tiene la facultad de valorar y estimar qué documentos son confidenciales y cuáles no, por lo tanto, no puede asumir cualquier declaración de confidencialidad realizada ni por el ahora adjudicatario ni por ningún otro licitador, sino que debe de realizar el ejercicio valorativo necesario al respecto y adoptar una decisión convenientemente motivada.

Citamos Resolución 46/2015, del 20 de enero, del TACRC:

*“En definitiva, corresponde al órgano de contratación sin perjuicio de la previa calificación realizada por el adjudicatario, determinar definitivamente si esa calificación es correcta por afectar a documentos secretos, por afectar a aspectos técnicos o comerciales o por ser confidencial, y si es correcto denegar el acceso, pero si no lo es, si la adjudicataria no ha hecho una calificación correcta, corresponde al órgano de contratación corregirla y permitir el acceso a todo aquello, aun cuando haya sido calificado como secreto, y suponga que dicha calificación no sea correcta sustantivamente, para lo cual, el órgano de contratación, tras oír el criterio del adjudicatario o de los licitadores afectados, deberá examinar y analizar la documentación y adoptar por sí mismo el criterio que juzgue adecuado, de conformidad con los preceptos citados del TRLCSP, y ello con independencia de la calificación realizada por el adjudicatario a quien se refiera la solicitud de acceso”.*

Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón:

*“Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras, la n.º 199/2011 y la n.º 62/2012”*

En igual sentido, la Resolución 85/2019, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León ha declarado que tanto el licitador como el Órgano de Contratación deben de motivar y justificar convenientemente el mantenimiento de la confidencialidad sobre las partes afectadas.

*“En el supuesto planteado, como se aprecia en la declaración de confidencialidad de la oferta técnica del adjudicatario, extiende la confidencialidad a la totalidad de ésta y el órgano de contratación entiende que también procede declararla del informe técnico de valoración, sin efectuar esfuerzo alguno por justificar la concurrencia las circunstancias que cualifican a tal documentación como verdaderamente confidencial, por lo que sólo se pueden conocer las puntuaciones obtenidas en cada criterio dependiente de un juicio de valor.*

*[...]*

*Ahora bien, este Tribunal constituye una instancia de carácter revisor, que no elimina la competencia del órgano de contratación para analizar la documentación presentada por las empresas a las que se refiere la pretensión de acceso y, a la vista de las alegaciones y justificaciones que efectúe el adjudicatario, determinar la parte de su oferta y del informe técnico de valoración que es verdaderamente confidencial.*

*[...]*

*Conforme a lo expuesto y de acuerdo con lo solicitado en el recurso, procede la retroacción del procedimiento al momento de notificación de la resolución de adjudicación para que, a la vista de la solicitud de acceso al expediente efectuada por la recurrente, el órgano de contratación requiera a Acciona Servicios Urbanos, S.R.L., para que, previas las justificaciones oportunas, determine qué documentos de su oferta considera confidenciales por contener secretos técnicos o comerciales en el sentido referido en esta resolución, debiendo el órgano de contratación resolver motivadamente sobre la petición y dar acceso a aquella documentación y al informe técnico de valoración que no tenga carácter confidencial, otorgándole tras ello un nuevo plazo para la formulación del recurso.”*

Por tanto, esta parte entiende que el Órgano de Contratación debió realizar un juicio valorativo oportuno sobre la declaración de confidencialidad indicada por la adjudicataria, dado que, en la práctica, su omisión ha producido un perjuicio seguro sobre mi representada en términos de defensa adecuada de sus intereses.

Por lo expuesto, respetuosamente

**SOLICITO**

Que se tenga por presentado este escrito y por formulado recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación del Contrato, se admita este recurso, y, previas las actuaciones procesales oportunas, se dicte una resolución que estime el recurso y:

1. Anule el acto de adjudicación del Contrato.
2. Declare la nulidad del procedimiento de licitación en su totalidad.
3. Con carácter subsidiario a lo anterior, y para el caso de que no sea así estimado, se declare como excesiva la declaración de confidencialidad efectuada por SEVERIANO, ordenándose la retroacción del procedimiento a fin de que se levante dicha confidencialidad.

Es Justicia.

En Madrid, a 8 de agosto de 2019.

---

D. Pedro Manuel Fernández Atencia

ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.