

INFORME 3/2007, DE 22 DE MARZO, SOBRE DERECHO DE ACCESO DE LOS LICITADORES AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

ANTECEDENTES

Por el Director Gerente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

Al amparo del art. 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se solicita informe a esa Junta Consultiva sobre la cuestión en materia de contratación administrativa que a continuación se expone:

Con fecha 14 de diciembre de 2006 ha tenido entrada en el Registro del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, una solicitud de vista de los expedientes que a continuación se relacionan, realizada por D. (...), en representación de la Empresa (...), licitador admitido en ambos concursos.

Los expedientes objeto de la solicitud corresponden a la adjudicación, por concurso abierto, de los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, denominados:

- *Punto de encuentro familiar para menores y sus familias en situación de ruptura de la convivencia familiar, para Colmenar Viejo y su área de influencia.*
- *Punto de encuentro familiar para menores y sus familias en situación de ruptura de la convivencia familiar, para Alcalá de Henares y su área de influencia.*

Los expedientes objeto de solicitud han seguido, de forma sucinta el siguiente procedimiento.

- *La convocatoria de los concursos se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del día 1 de septiembre de 2006; una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, la Mesa de Contratación del Instituto Madrileño del Menor y la Familia se reunió el día 21 de septiembre de 2006 para proceder a la calificación de la documentación presentada por los licitadores de los contratos.*

- *En sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2006, la Mesa de Contratación procedió a la apertura de las ofertas económicas presentadas por las entidades que resultaron admitidas a la licitación de los mencionados concursos en acto público, especificando, en ese acto, las entidades que resultaron excluidas de la licitación de los mismos, y acordó solicitar informe técnico al Área de Infancia y Adolescencia del IMMF sobre las proposiciones admitidas, antes de formular propuesta de adjudicación de los contratos.*

- *A la vista de los informes técnicos emitidos, en sesión celebrada el día 9 de octubre de 2006, la Mesa de Contratación acordó elevar al Órgano de Contratación propuesta de adjudicación a favor de (...), para ambos concursos, por ser la proposición más ventajosa según la ponderación de los criterios de adjudicación incluidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de los mencionados concursos.*

- *Mediante Resoluciones de 23 de noviembre y 20 de octubre de 2006, respectivamente, del Director Gerente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, desestimando las alegaciones presentadas por los licitadores excluidos, se adjudicaron ambos contratos a (...).*

- *Las citadas Resoluciones de adjudicación se notificaron a los participantes en la licitación de los concursos, y tras la formalización de los contratos, se hizo pública la adjudicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, y se envió la documentación preceptiva al Registro de Contratos.*

A la vista de lo expuesto, se solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la existencia, alcance y limitaciones, en su caso, del derecho de acceso de la empresa solicitante a los expedientes de contratación, así como de las condiciones de su ejercicio, en concreto en lo relativo al acceso a la documentación administrativa y técnica aportada por el resto de licitadores, adjudicatario, no adjudicatarios y excluidos.

CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, correspondiendo su ejercicio a la Comisión Permanente, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del RGCCPM.

Sin embargo a esta Comisión Permanente no le corresponde informar sobre expedientes concretos de contratación, ni determinar, en consecuencia, qué documentación del expediente objeto de consulta puede o no ser puesta de manifiesto ante el licitador que lo solicita al órgano de contratación.

No obstante, dado el interés que, con carácter general, puede suscitar la cuestión planteada en el escrito de consulta para los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid ante supuestos similares, se estima conveniente efectuar las siguientes observaciones.

2.- La disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establece que los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por la LCAP, siendo de aplicación supletoria los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3.- El artículo 93.5 de la LCAP, relativo a la notificación y publicidad de las adjudicaciones, dispone que el órgano de contratación comunicará a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición, así como las características de la proposición del adjudicatario que hayan determinado la adjudicación a su favor, en el plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud. No obstante, habrá de observarse, respecto de esta comunicación, lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo 93, por lo que podrá omitirse toda aquella información que “constituya un obstáculo a la aplicación de la legislación, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas..., justificando debidamente estas circunstancias en el expediente”.

El artículo 12 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, establece la obligación del órgano de contratación de respetar en todo caso el carácter confidencial de los datos facilitados por los empresarios en relación con los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, así como técnica o profesional.

En relación con la confidencialidad, el artículo 6 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, la incluye entre sus disposiciones generales aplicables a los contratos públicos

y establece que el poder adjudicador, conforme a la legislación nacional por la que se rija, “no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial”, añadiendo que esta información “incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. El artículo 41 en desarrollo de las normas de publicidad y transparencia aplicables a la información a dar a los candidatos y a los licitadores por los poderes adjudicadores, recoge en su apartado 3 que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la Ley, sea contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos.

El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación en las Cortes, transpone los citados artículos de la Directiva 2004/18/CE en sus artículos 124 y 137.

4.- El artículo 35 a) de la LRJAP-PAC dispone que los ciudadanos tienen derecho: “A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.” Por otra parte, el apartado h) del citado artículo indica el derecho de los ciudadanos a acceder “a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes”.

A su vez, el artículo 37 de dicha ley establece que el derecho de acceso a archivos y registros se limita a expedientes que correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud, no pudiendo ser ejercido este derecho ni respecto a documentos que contengan datos relativos a la intimidad de las personas, que estará reservado a éstas, ni respecto de expedientes relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, entre otros.

El apartado 7 de este mismo artículo regula el modo de ejercer el derecho de acceso de los particulares a archivos y registros, indicando que se ha de efectuar “petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.” Y el apartado 8 dispone que: “El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legítimamente establecidas.”

Como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 40/1996 de 22 de julio, sobre petición de informe sobre recurso ordinario y vista a un expediente, prima la aplicación del artículo 94 (actual 93) de la LCAP sobre el artículo 35 a) de la LRJAP-PAC por su carácter supletorio, sin que, por otra parte, se suscite dificultad alguna con la aplicación del derecho de los interesados de conocer el estado de la tramitación del expediente que consagra el citado artículo 35.

5.- De acuerdo con la literalidad del artículo 93.5 de la LCAP no es obligado el acceso a la documentación administrativa y técnica aportada por el resto de licitadores, sino tan sólo a la del adjudicatario en los términos expresados.

No obstante debe ponderarse, en la aplicación concreta del derecho de acceso, la coexistencia de los principios de transparencia y confidencialidad que informan la contratación administrativa.

6.- Respecto al derecho de acceso a la documentación de los licitadores excluidos, según lo dispuesto en el artículo 87.4 del RGLCAP, tanto las proposiciones rechazadas sin abrir como las desestimadas una vez abiertas serán archivadas en su expediente. Por tanto hay que distinguir que, si bien las proposiciones desestimadas, una vez abiertas, podrán ser consultadas en los mismos términos que las proposiciones declaradas admitidas, las ofertas correspondientes a proposiciones rechazadas antes de la apertura pública de proposiciones quedan excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato “y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos”, de conformidad con lo establecido en los artículos 83.5 del RGLCAP y 20.4 del RGPCM, por lo que la proposición económica y la documentación técnica de los licitadores rechazados no podrá ser consultada en ningún caso.

7.- Teniendo en cuenta la legislación vigente citada, el órgano de contratación deberá comunicar al licitador rechazado que lo ha solicitado los motivos del rechazo de su proposición, así como las características de la proposición del adjudicatario que hayan resuelto la adjudicación a su favor y determinar, en su caso, a la vista del expediente y de la normativa examinada, qué documentación puede ser puesta de manifiesto ante aquél.

CONCLUSIÓN

El órgano de contratación, conforme a lo establecido en el artículo 93.5 de la LCAP, deberá comunicar al licitador rechazado, que lo ha solicitado, los motivos del rechazo de su proposición, así como las características de la proposición del adjudicatario a cuyo favor se haya resuelto la adjudicación y determinar, en su caso, la documentación del expediente que puede ser puesta de manifiesto ante aquél, teniendo

en cuenta lo dispuesto al respecto en los artículos 93.4 de la LCAP, 12 del RGLCAP y 37 de la LRJAP-PAC, justificándolo debidamente en el expediente.