

Recurso 216/2016**Resolución 265/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de octubre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BERGASAN, S.L.** contra la Resolución de adjudicación, de 10 de agosto de 2016, del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Almería dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00012/ISE/2016/AL), Lote 85, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de mayo de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 30 de mayo de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 130 y el 23 de mayo de 2016, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 43.013.073,92 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 10 de agosto de 2016, por la que se adjudica, entre otros, el lote 85 a la entidad GRANDURE, S.L.U.. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante el 11 de agosto de 2016 y remitida por fax el mismo día a la ahora recurrente.

CUARTO. El 24 de agosto de 2016, la recurrente presenta escrito ante el órgano de contratación solicitando el acceso al expediente de contratación, en concreto, al Anexo V-C, “Declaración de cumplimiento de requisitos técnicos obligatorios de los medios utilizados para la ejecución del contrato”, presentado por la empresa La vista de expediente se celebró el 26 de agosto de 2016.

QUINTO. El 31 de agosto de 2016 se presentó en el Registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BERGASAN, S.L. contra la citada resolución de adjudicación, de 10 de agosto de 2016.

Dicho escrito de recurso, junto con una copia del expediente de contratación, fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en el Registro este Tribunal el 7 de septiembre de 2016.



SEXTO. El 12 de septiembre de 2016, se requirió al órgano de contratación para que completara el expediente de contratación remitido, solicitando la remisión de la notificación de la resolución de adjudicación efectuada a la entidad recurrente, las alegaciones al mantenimiento de la suspensión automática solicitada y la documentación aportada a la presente licitación por la empresa GRANDURE, S.L.U.. La citada documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 14 de septiembre de 2016.

SÉPTIMO. Este Tribunal mediante Resolución, de 15 de septiembre de 2016, acordó el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 85.

OCTAVO. Con fecha 21 septiembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición al otro licitador que presentó oferta en el lote 85, GRANDURE, S.L.U., concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimara oportunas, habiéndolas presentado dentro del plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía. El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, ostentando la Agencia Pública Andaluza de Educación la condición de poder adjudicador, por tanto, es susceptible de recurso especial de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

El acto recurrido, la adjudicación, es de fecha 10 de agosto de 2016, siendo remitido el 11 de agosto de 2016. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 el recurso contra la adjudicación ha de interponerse en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. En consecuencia, desde el día 11 de agosto de 2016 en que se remitió la notificación el plazo de 15 días acaba el 30 de agosto.

A efectos del cómputo ha de tenerse en cuenta que además de los domingos, el día 15 de agosto de 2016 es inhábil con carácter nacional (Resolución de 19 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2016), y el día 27 de agosto es fiesta local en Almería, de acuerdo con la Resolución de 12 de diciembre de 2015, de la



Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se determinan las fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2016.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiere el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considera inhábil en todo caso.

Por tanto, resultando que debe considerarse que, además del día 15 de agosto de 2016, el día 27 de agosto fue inhábil, ello nos lleva a concluir que el recurso interpuesto el 31 de agosto de 2016 está presentado dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

En primer lugar, señala la recurrente que en la Resolución de adjudicación, de 10 de agosto de 2016, se acordaba rechazar la oferta presentada por la entidad GRANDURE, S.L.U., respecto de los lotes 82, 84 y 132, al estimar que no podía ser cumplida a satisfacción de la Administración, y se indicaba, además, que una vez valoradas todas las ofertas resultaba adjudicataria la empresa GRANDURE, S.L.U., para los lotes AL-085 y AL-137, con un total de cinco vehículos adscritos incluidos los de mejora.

Consecuencia de lo anterior, continua la recurrente, se presentó el 24 de agosto de 2016, escrito solicitando el acceso a la documentación contenida en el expediente y, en especial, al Anexo V-C, pues, según manifiesta, había tenido conocimiento de que dicha empresa había ampliado el número de copias de autorización de transporte tras la publicación del resultado del sobre 3, al poder



resultar adjudicataria de los lotes 85 y 137. No obstante, manifiesta la recurrente que una vez personada en la Gerencia Provincial de Almería se le denegó acceso y examen de dicho documento, tal y como quedó constatado en la diligencia de comparecencia y vista del expediente.

Dicho lo anterior, la recurrente sostiene que la negativa de acceso supone la vulneración del derecho de información y, por ende, del derecho de defensa, al deber fundamentar el presente recurso sin conocer el contenido del citado anexo. Así, entiende que ello conlleva, en todo caso, la declaración de nulidad de la actuación administrativa por la que se deniega el acceso, debiendo instarse al órgano de contratación a que facilite dicha información, concediendo un nuevo plazo para formular el correspondiente recurso.

Por otra parte, con respecto al Anexo V-C, alega la recurrente que no puede ser considerado como un documento confidencial, pues ni tan siquiera se encuentra comprendido dentro de los documentos a incluir en los sobre 1 y 3, no siendo de aplicación la declaración de confidencialidad prevista en el Anexo III-F. Señala, asimismo, que el ente administrativo no ha justificado la denegación debidamente, ni la ha fundamentado en la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 153 del TRLCSP.

Asimismo, señala en su escrito que la necesidad de acceder al citado Anexo V-C queda evidenciada en un dato significativo, como es la ampliación del número de vehículos/copias de la empresa en su tarjeta de transporte, pues se habría aumentado en cinco dicho número, que coincide con los vehículos que serían necesarios para la prestación de ambos lotes.

Finalmente, con carácter subsidiario, solicita la recurrente que se declare que la empresa GRANDURE, S.L.U. no ha cumplido las condiciones de su oferta al carecer de los medios requeridos y exigibles en el momento de presentación de la misma.



Por su parte, manifiesta el órgano de contratación en su informe que la confidencialidad es un derecho del licitador reconocido en el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE, el cual requiere que no se divulgue la parte de la proposición que un licitador haya designado como confidencial, especialmente si se trata de secretos comerciales o técnicos. Esta confidencialidad de las ofertas, señala el órgano, pugna con el principio de la transparencia sin que, no obstante, sea sinónimo de un acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. Por lo que considera que, si bien es cierto que podría haber un exceso de declaración de confidencialidad, ante la falta de aclaración o precisión legal debe primar, por parte del órgano de contratación, el respeto a esa declaración de confidencialidad que formule el licitador.

En cuanto al acceso al expediente, entiende el órgano de contratación que ese derecho debe ser matizado o condicionado por el mantenimiento de la confidencialidad de las ofertas, y deberá estar a lo que la empresa haya considerado como documentación confidencial. Señalando, además, que la información a proporcionar al licitador interesado deberá restringirse en lo referente a las partes de la oferta que los licitadores hayan designado expresamente como confidenciales y cuando, a juicio del órgano de contratación, la divulgación de la información solicitada perjudique los intereses comerciales legítimos de la empresa adjudicataria o pueda perjudicar la competencia leal entre las empresas.

Por último, y en lo que a la vista de expediente celebrada el día 26 de agosto se refiere, se ratifica el órgano de contratación en lo allí manifestado, en el sentido de que la vista del expediente debe limitarse a los elementos que han servido de base para la adjudicación del contrato (es decir la incluida en los sobres uno y dos y, en su caso, informe de bajas anormales). No siendo posible el acceso al contenido del ANEXO V-C al tratarse de una formulación de declaración de medios con los cuales se ejecutará el servicio (programa de trabajo) que aun no se ha concretado ni presentado la documentación pertinente, pudiendo, por



tanto, el documento obrante en el expediente ser objeto de subsanaciones y siendo en todo caso, el procedimiento de validación del programa de trabajo un proceso contradictorio entre la Administración y la adjudicataria no concluido en el momento actual. Siendo, además, que este procedimiento está incluido en el Anexo I del PCAP, con el carácter de obligación contractual de carácter esencial, cuyo incumplimiento tendría los efectos allí reseñados.

Por todo ello, concluye el órgano de contratación que al no encontrarse finalizado el procedimiento en cuanto a la aprobación del programa de trabajo y la comprobación de los requisitos de los medios a adscribir al servicio, no era posible conceder el acceso a la documentación correspondiente a la declaración de medios del licitador adjudicatario.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar a analizar el objeto del recurso. Como hemos visto, la recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución por la que se deniega el acceso al Anexo V-C y se dé orden a la Gerencia Provincial del Almería para que se conceda vista de expediente para formular, en su caso, el correspondiente recurso.

Para el examen del primer alegato esgrimido por la recurrente, esto es, la denegación de acceso y consulta de parte del expediente, quiere este Tribunal traer a colación su reciente Resolución 238/2016, de 4 de octubre, en la que se señalaba que «(...) como tienen declarado diversos Órganos consultivos (v.g. Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón e Informe 46/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), así como los Tribunales administrativos de recursos contractuales (v.g. Resolución 5/2013, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución 272/2011, de 10 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Resolución 52/2011, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), el órgano de contratación viene



obligado a dar vista del expediente a los licitadores cuando estos lo soliciten, pues se trata de un derecho reconocido legalmente a los mismos como interesados en el procedimiento.

En tal sentido, la Resolución 272/2011, de 10 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central señala que “si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos “a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”. En igual sentido se pronuncia la Resolución 43/2014, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Debe concluirse, pues, que el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación -particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso- aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP.

(...)

El artículo 140.1 del TRLCSP establece que “Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, 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.”

Resulta ilustrativa, al respecto, la Sentencia de 14 de febrero de 2008 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-450/06 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga). El resumen de su motivación y fallo es el siguiente: “(...) el principio de contradicción, entendido como el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas y de discutir las, no puede suponer un derecho de acceso ilimitado y absoluto.

En consecuencia, la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable del procedimiento de recurso sí debe disponer de toda la información precisa para poder pronunciarse con pleno conocimiento de la causa, pero antes de comunicar o dar traslado de esa información a una parte litigante, ha de dar la oportunidad al operador económico de que se trate de alegar el carácter confidencial o de secreto comercial de aquélla.”»

De lo expuesto se deduce que hay que mantener un razonable equilibrio entre los principios de publicidad y defensa, de un lado y el principio de confidencialidad de la oferta en garantía del secreto técnico y comercial, de otro.

En el mismo sentido, el ya citado Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón señala que “(...) 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 mas allá de lo necesario”.



En el presente supuesto, no consta en el expediente de contratación remitido que la empresa GRANDURE, S.L.U. haya declarado como confidencial todo o parte de la documentación que integra su proposición.

Por otra parte, como hemos visto, en cuanto al acceso al expediente se refiere, el órgano de contratación denegó a la recurrente el acceso al Anexo V-C, por considerar que se trata de una formulación de declaración de medios con los cuales se ejecutará el servicio (programa de trabajo) que aun no se ha concretado ni presentado la documentación pertinente, pudiendo, por tanto, el documento obrante en el expediente ser objeto de subsanaciones y siendo en todo caso, el procedimiento de validación del programa de trabajo un proceso contradictorio entre la Administración y la adjudicataria no concluido en el momento actual.

Al respecto, hay que poner de manifiesto en primer lugar que el Anexo V-C analizado, consiste en una declaración responsable que han de presentar los licitadores, cuya proposición ha sido considerada como la económicamente más ventajosa, como parte de la documentación previa a la adjudicación requerida en virtud de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP. De modo que, los documentos acreditativos de los extremos consignados en tal declaración, serán exigidos por el órgano de contratación, para su comprobación, con el programa de trabajo, debiendo ser presentados en el plazo de 10 días naturales desde la fecha de formalización del contrato.

No se puede olvidar que el pliego de prescripciones técnicas prevé, en su apartado 3.1, que los vehículos consignados en tal declaración han de ser los que necesariamente se incluyan en los planes de ruta, sin que, contrariamente a los planteado por el órgano de contratación en su informe, pueda ser objeto de subsanación los datos allí consignados en una fase posterior a la adjudicación, pues la empresa adjudicataria queda vinculada por ella. Por tanto, la facultad que asiste al órgano de contratación debe quedar limitada a verificar si los datos reflejados en dicha declaración responden efectivamente con la realidad.



Pues bien, dado que la información incluida en el Anexo V-C va referida únicamente a los vehículos con los que la adjudicataria pretende llevar a cabo la ejecución del contrato, en ningún caso puede considerarse como confidencial por cuanto no afecta a secretos técnicos o comerciales y tampoco se corresponde con aspectos confidenciales propios de la empresa -aspectos que sí podrían aparecer reflejados en el programa de trabajo-. Por tanto, entiende este Tribunal que no se puede denegar el acceso a esta información alegando que no ha sido concretada ni presentada la documentación acreditativa de lo allí manifestado.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, la negativa de acceso al Anexo V-C presentado por la entidad adjudicataria no está debidamente justificada, ni obedece a ninguna de las causas antes mencionadas, limitándose el órgano de contratación a denegar el acceso simplemente en atención al carácter del documento y no a su contenido en sí, sin que en su motivación se haga referencia a los elementos que puedan determinar el carácter confidencial de la citada documentación.

Así, resulta evidente que la falta de acceso a aquella documentación impidió o, al menos, dificultó la interposición de un recurso dirigido a combatir la adjudicación a la entidad GRANDURE, S.L.U., y es que de haber tenido acceso a la misma probablemente el contenido del recurso habría sido otro o incluso podría no haber sido interpuesto.

Por consiguiente, como quiera que la falta injustificada de acceso a la documentación analizada le ha podido originar indefensión a la hora de interponer un recurso fundado, debe estimarse la pretensión de la recurrente sin necesidad de anular la adjudicación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación. En este momento el órgano de contratación deberá dar vista del expediente a la recurrente del Anexo V-C presentado por la adjudicataria, con el fin de que aquella pueda fundamentar, en su caso, un nuevo recurso contra la adjudicación.



La estimación del recurso por las razones expuestas impide entrar en el examen del otro motivo expuesto por la recurrente, al no haber tenido la información debida y suficiente para articularlo. Esto supone, en definitiva, que el recurso no ha podido fundarse adecuadamente, por lo que resultaría incongruente que este Tribunal, sosteniendo esta afirmación, resolviera a la vez sobre el fondo de la cuestión.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BERGASAN, S.L.** contra la Resolución de adjudicación, de 10 de agosto de 2016, del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Almería dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00012/ISE/2016/AL), Lote 85, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación y, en consecuencia, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación a fin de que se proceda en los términos expuestos en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 137, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 21 de septiembre de 2016.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en



el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

