



Expediente: 38/2019

ACUERDO 52/2019, de 11 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M.J.C.S., en nombre y representación de “ASIME, S.A.”, frente a la adjudicación del contrato “*OB20/2018 Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”, convocado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2018, se procede a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra del anuncio de licitación del contrato “*OB20/2018 Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 21 de noviembre de 2018.

SEGUNDO.- El 4 de diciembre de 2018 se constituye la Mesa de Contratación designada al efecto, que constata que se han recibido 5 ofertas dentro del plazo establecido en el anuncio de licitación, procede a la apertura del sobre A “*Documentación General*” y admite a la licitación a todas las empresas licitadoras que se han presentado. A continuación procede a la apertura del sobre B “*Proposición Técnica / criterios sometidos a juicio de valor – documentación para valorar criterios sin fórmulas objetivas*” y encomienda al grupo de trabajo el examen y valoración de las ofertas técnicas.

TERCERO.- Con fecha 7 de marzo de 2019, la Mesa de Contratación acuerda aprobar el informe de valoración técnica emitido por el grupo de trabajo y, de

conformidad con el mismo, otorgar las puntuaciones que en el mismo se otorgan a las ofertas admitidas.

CUARTO.- Con fecha 12 de marzo de 2019, se reúne la Mesa de Contratación para la celebración del acto público de apertura de proposiciones económicas. Se procede a la apertura del sobre C “*Proposición económica y documentación para valoración de criterios con fórmulas objetivas*”, a la lectura de sus ofertas y a la asignación de los puntos correspondientes a los criterios valorables con fórmulas objetivas.

Se realiza la valoración total de la puntuación, resultando la oferta presentada por “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.” la más ventajosa, quedando la oferta de “ASIME, S.A.” en segundo lugar, y la Mesa procede a requerir a “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.” que acredite la posesión y validez de los documentos exigidos en la cláusula 13 del pliego regulador.

QUINTO.- Con fecha 25 de marzo de 2019, la Mesa se reúne para examinar la documentación exigida en la cláusula 13 del Pliego Regulador y, tras comprobar que se ha cumplimentado en tiempo y forma, acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”

SEXTO.- Con fecha 2 de abril de 2019, el Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea dicta la Resolución 292/2019, por la que adjudica el “*contrato de servicio para el mantenimiento electromédico en los centros dependientes de Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y técnico-legal de las instalaciones generales del Complejo Hospitalario de Navarra, para el año 2019 (0820/2018)*” a la empresa “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”, requiere al adjudicatario que en el plazo de 15 días proceda a la formalización del contrato, y ordena la publicación de la adjudicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra así como notificarla al resto de licitadores.

SÉPTIMO.- Con fecha 5 de abril, “ASIME, S.A.” solicita al órgano de contratación la remisión del informe técnico de valoración y el informe de la valoración de la documentación objetiva, siendo remitidos el mismo día 5.

Con fecha 8 de abril, “ASIME, S.A.” solicita al órgano de contratación acceso y visionado íntegro de todos los documentos que forman parte del expediente administrativo nº OB20/2018, relativo al contrato “*Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”, acordando con el mismo su comparecencia para ver el expediente en las instalaciones del órgano de contratación el día 10 de abril.

El citado día 10 de abril se levanta acta del acceso de los representantes de “ASIME, S.A.” al expediente, en la que se hacen constar los documentos a los que la mercantil ha tenido acceso, que respecto a la documentación confidencial del sobre B de la adjudicataria sólo se le ha permitido visualizar el punto 1 “*Objetivos y política empresarial*” y que la mercantil ha solicitado la justificación de confidencialidad de la documentación designada como tal por la adjudicataria, por entender que la declaración incluida en la oferta es errónea y no justifica la confidencialidad.

El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (SNS-O) acusa recibo de esta solicitud, indicando que en ese momento sólo puede mostrar la parte del expediente no afecta por la declaración de confidencialidad, hasta que el órgano de contratación se pronuncie sobre este extremo.

OCTAVO.- El día 11 de abril, el órgano de contratación requiere a la adjudicataria que se pronuncie y aclare “*qué partes son confidenciales y cuales no, ya que no queda claro en su declaración de confidencialidad incluida en el sobre B de la oferta. En ella consideran confidenciales los puntos “0”, “2” y la totalidad de sus apartados y todo el contenido de los anexos, si bien luego hacen referencia también a los puntos 3, 4 Y 5*”, así como que motive adecuadamente esta confidencialidad, ya que esta se extiende a partes esenciales de la oferta, dejando solo fuera de la declaración documentación poco relevante.

“AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.” responde el día 12 de abril, indicando que solicita que se declaren como confidenciales los puntos “0”, “2”, “3” y “4”, e incluyendo referencias normativas para justificar dicha confidencialidad.

NOVENO.- Con fecha 12 de abril de 2019, la mercantil “ASIME, S.A.” interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del “*Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”.

Se apoya en 3 motivos. En primer lugar, alega vulneración de los requisitos de confidencialidad e indefensión causada por el órgano de contratación, por la negativa a la exhibición de la oferta técnica de la adjudicataria.

Entiende que según el artículo 54.1 de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), la confidencialidad abarca información técnica que “*forme parte de su estrategia empresarial y que éstos designen expresamente como confidencial*”, por lo que el órgano de contratación se encuentra obligado a permitir el acceso a la documentación que no haya sido declarada confidencial por la licitadora.

Sin embargo, el órgano de contratación sólo ha permitido ver a la reclamante el punto 1 de la oferta técnica de “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”, mientras que esta mercantil en su declaración de confidencialidad sólo considera confidenciales los puntos “0” y “2”, pero no los puntos “3”, “4” y “5”. Considera que el acceso a los mismos ha sido indebidamente denegado.

Se basa también en el punto 7.4 del Pliego, que indica que “*los licitadores deberán indicar qué documentos o partes de los mismos o datos incluidos en sus ofertas, por formar parte de su estrategia empresarial, consideran confidenciales, sin que puedan extender la declaración de confidencialidad a toda su propuesta. La condición de confidencialidad debe reflejarse claramente en el propio documento al que se atribuya tal condición, indicando expresamente los motivos que justifican esa consideración*”. De este modo, señala que la adjudicataria no ha incluido los motivos que justifican dicha confidencialidad, tal y como exige el Pliego, de modo que esta declaración de confidencialidad no debe tener validez y se le debería haber otorgado acceso a la reclamante.

Asimismo, destaca que el SNS-O, en el acta de acceso, indica que sólo otorga acceso a la parte no afecta de confidencialidad a la espera de que el órgano de

contratación se pronuncie sobre los aspectos confidenciales de la misma. Sin embargo, al publicarse la adjudicación el día 4 de abril, y señalar el órgano de contratación a 4 días de finalizar el plazo para la reclamación especial en materia de contratación pública que todavía tiene que pronunciarse sobre este aspecto, alega que le genera una completa indefensión, ya que se ve obligada a presentar la reclamación sin haber recibido ese “pronunciamiento”.

En segundo lugar, alega vulneración del Pliego respecto a la subcontratación. Primero advierte una falta de claridad en el Pliego respecto a la posibilidad de admitir la subcontratación, ya que el apartado 19 del Cuadro de Características Técnicas indica que no está admitida, pero el punto 19 del Pliego admite que prestaciones del contrato sean objeto de subcontratación cuando el licitador, en el momento de acreditar su solvencia, haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos del artículo 18 LFCP, que precisa que deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato.

Sin embargo, alega que tanto si se entiende que la subcontratación se admite como si no, la adjudicataria vulnera el Pliego. Si se entiende que se admite la subcontratación, la adjudicataria no ha aportado en el momento procedimental oportuno la relación exhaustiva de los subcontratistas con los compromisos formales adquiridos. Pero, además, en su sobre A, en el Documento Europeo Único de Contratación, indica que no tiene intención de subcontratar, incongruencia que la reclamante considera motivo de exclusión.

En tercer lugar, alega que se han vulnerado las exigencias sobre documentación del sobre B relativo a criterios de valoración sometidos a juicio de valor, lo que supone una ineludible causa de exclusión.

El Pliego indica que en el sobre B debe incluirse únicamente la documentación de índole técnica “*excepto la proposición económica y, en su caso, otra que vaya a ser valorada aplicando fórmulas objetivas*”, indicando expresamente que “*en ningún caso se incluirán en este sobre documentos que contengan información sobre criterios que proceda valorar con fórmulas objetivas, excluyéndose a quienes lo hicieran*”.

Sin embargo, la adjudicataria en su sobre B, página 10 de su oferta, indica que el objetivo de su oferta es “*la disponibilidad total*”, por lo que la reclamante entiende que está anticipando un criterio objetivo del sobre C, “*compromiso de disponibilidad efectiva de los equipos del inventario*”. Indica explícitamente que superará las disponibilidades del 95 y 98%, aspectos que son objeto de valoración en el sobre C.

Cita doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al respecto, que confirma la exclusión de aquellos licitadores que incluyen información evaluable mediante fórmulas en el sobre que corresponde a la información sujeta a juicio de valor, ya que se produce una vulneración del secreto de las proposiciones, garantía esencial del procedimiento dirigida a asegurar la objetividad de la evaluación de las ofertas.

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación especial y se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación, con exclusión de “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”, y se ordene la retroacción del procedimiento para que el órgano de contratación proceda a adjudicarle el contrato como la licitadora con la mayor puntuación.

DÉCIMO.- El día 23 de abril, el Servicio de Infraestructuras del SNS-O emite informe sobre la consideración de documentación confidencial de la oferta técnica presentada por la adjudicataria. En el mismo, señala que no existen grandes diferencias en cuanto al contenido declarado confidencial comparado con el resto de declaraciones de confidencialidad emitidas por los demás licitadores, ya que todas consideran como información protegida los mismos puntos en los que describen sus metodologías de trabajo, herramientas de información y métodos de comprobación.

Examinada la oferta, propone declarar confidenciales los puntos indicados por la adjudicataria, “0”, “2”, “3” y “4”, por entender que contienen datos de su estrategia empresarial.

Asumiendo el contenido del informe, mediante Resolución 401/2019, de 25 de abril, el Director Gerente del SNS-O establece el alcance de la confidencialidad de la oferta de la adjudicataria en los puntos “0”, “2”, “3” y “4”.

UNDÉCIMO.- Con fecha 7 de mayo de 2019, el SNS-O aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta, conforme al artículo 126.4 de la LFCP.

En su escrito de alegaciones, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea rechaza los motivos de impugnación planteados por la reclamante.

En primer lugar, respecto a la vulneración de su derecho de acceso en relación con el derecho de confidencialidad de la adjudicataria, el órgano de contratación alega que ha facilitado desde el principio el acceso al expediente a la reclamante en todo lo que podía sin limitar el derecho de confidencialidad del artículo 54 LFCP, tal y como consta en el expediente. El día 10 de abril no permitió la unidad gestora el acceso al expediente completo porque el órgano de contratación no se había pronunciado todavía, ya que debía dar audiencia a la interesada para que motivase el alcance de su declaración de confidencialidad. Finalmente se pronunció mediante Resolución 401/2019, de 25 de abril, estableciendo el alcance de la confidencialidad, lo que no pudo haber comunicado a la reclamante porque presentó la reclamación con carácter previo a la resolución del órgano de contratación al respecto.

Por otro lado, rechaza que esto haya producido indefensión a la reclamante, ya que ha presentado reclamación especial ante este Tribunal expresando los motivos de fondo sobre los que cuestiona su adjudicación, por lo que la indefensión no resulta tal.

En segundo lugar, en relación con la vulneración del Pliego en lo referente a la subcontratación, rechaza que exista ambigüedad o imprecisión en el Pliego en relación con la admisión o no de la subcontratación. El Pliego señala en su cláusula 19 la posibilidad de que las prestaciones objeto del contrato puedan ser objeto de subcontratación cuando el licitador, al acreditar su solvencia, presente una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos del artículo 18 LFCP. Esto es una posibilidad de subcontratación prevista en el artículo 107.1, existiendo otra posibilidad

de subcontratación de prestaciones accesorias en el artículo 107.2, siempre que ello esté previsto en el Pliego. Esta segunda posibilidad es la que puede estar o no prevista en el Pliego, que no lo está por estar marcada la casilla “no”. Por tanto, considera que no hay contradicción entre el Pliego y el Cuadro de Características del contrato.

Asimismo, considera que la adjudicataria no ha presentado relación exhaustiva de subcontratistas porque no debía hacerlo, al no contemplar la subcontratación del objeto principal del contrato, prevista en el artículo 107.1 LFCP.

Respecto a que la adjudicataria hace referencia en su oferta a la subcontratación en varias ocasiones, como *“en aquellas situaciones en que las intervenciones sean realizadas por terceros distintos a Agenor, acreditará la disposición de las licencias, autorizaciones y acreditaciones necesarias para poder realizar dichas intervenciones, incluida la coordinación en Riesgos Laborales conforme a las directrices legales vigentes”*, tal y como señala el informe técnico, en las prescripciones técnicas del Pliego se contemplan una serie de intervenciones que son realizadas por terceros distintos al adjudicatario, ya que a veces el equipo tiene que ser reparado por el Servicio Técnico Oficial, dada la dificultad de la operación. La Mesa admitió estas colaboraciones porque los puntos 5.2, 5.3 y 5.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas exigen al adjudicatario el mantenimiento de los equipos, por sí mismos o por medio de los Servicios Técnicos Oficiales. Por tanto, esto no supone recurrir a subcontrataciones, ya que es un servicio que debe ser prestado únicamente por el fabricante.

También indica que la adjudicataria hace referencia a la subcontratación en el punto 2.5.7 de su oferta, al señalar que llevará a cabo *“formación técnica para el personal de la contrata y usuarios avanzados del SNS-O en el programa informático de gestión de mantenimiento GIM por parte de la empresa TCMAN (Propietaria y desarrolladora del software)”*. De nuevo el motivo es rechazado por el órgano de contratación, ya que indica que la adjudicataria sólo hace referencia al modo en que llevará a cabo una prescripción exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que en su punto 6.7 expresa *“correrá por cuenta de la contrata la formación y promoción técnica del personal a su cargo, así como de todos los gastos derivados”*. Esto no implica subcontratación alguna de prestaciones accesorias, ya que es una condición técnica que debe tener el personal que lleve a cabo el mantenimiento.

En tercer lugar, respecto a la exclusión por vulnerar las exigencias del Pliego sobre la documentación que debe contener el sobre B al anticipar información correspondiente al sobre C, el SNS-O indica que lo que consta en la oferta de la adjudicataria es que su propuesta pretende *“asegurar el correcto funcionamiento del equipamiento mediante la realización de tareas técnicas preventivas, correctivas y predictivas necesarias para minimizar el número de paradas como consecuencia de averías o funcionamiento incorrectos. El objetivo es la disponibilidad total”*. El Pliego, al recoger la documentación a presentar en el sobre B, no permite incluir en el mismo información sobre criterios que proceda valorar con fórmulas objetivas, excluyéndose a quienes lo hagan.

Sin embargo, el SNS-O no considera esto como un dato de carácter objetivo que haga presuponer que la oferta que vaya a incluir en el sobre C es del 100%, lo entiende como una declaración de intención, y cita el informe técnico emitido al efecto, *“tener como objetivo la disponibilidad total de los equipos arreglados debería ser la intención de todos los licitadores. Por otro lado, una disponibilidad del 100% de los aparatos en funcionamiento es una realidad imposible a nivel técnico”*. Rechaza que pueda considerarse un dato objetivo que evidencie datos a incluir en el sobre C, siendo desproporcionada una exclusión por este motivo, ya que la exclusión debe tener carácter restrictivo, ser fundada y motivada y basarse en un incumplimiento flagrante y evidente del Pliego como ley del contrato. Además, destaca que sólo afecta a 5 puntos de los 51 puntos otorgables mediante fórmulas.

En consecuencia, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea solicita se tengan por formuladas las alegaciones presentadas, y se desestime la reclamación interpuesta por “ASIME, S.A.” contra la Resolución 292/2019, de 2 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

DUODÉCIMO.- El día 10 de mayo de 2019, “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.” presenta alegaciones al amparo del artículo 126.5 de la LFCP, dentro del plazo previsto de tres días hábiles, como adjudicataria.

En primer lugar, respecto a la vulneración de los requisitos de confidencialidad e indefensión causada por el órgano de contratación, alega que presentó con su oferta declaración de confidencialidad respecto de aquellos extremos que afectaban a sus legítimos intereses, por formar parte de su estrategia comercial, y que posteriormente en fecha 12 de abril respondió al requerimiento de aclaraciones del órgano de contratación, declarando confidenciales los puntos 0, 2, 3 y 4 de su oferta, resolviendo el mismo mediante Resolución 401/2019, y señala que si la reclamante no está de acuerdo puede interponer recurso de alzada ante el Consejero de Salud del Gobierno de Navarra.

En defensa de la confidencialidad de su oferta, alega el Acuerdo 98/2018, de 2 de octubre, de este Tribunal, destacando que *“debe salvaguardarse aquella documentación que revista carácter confidencial, por constituir éste un derecho de los licitadores”*, y *“el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad”*.

También alega la Resolución nº 273/2018, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que indica que *“no podemos olvidar que el interés del mantenimiento de secretos comerciales, de datos personales o de propiedad intelectual por parte de la empresa adjudicataria, también es legítimo y resultado amparado por la Ley”*. Asimismo, señala que el requisito de que la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos son confidenciales, no puede entenderse como que el TRLCSP establece un momento preclusivo para la declaración de confidencialidad, sino que se trata de residenciar la iniciativa para la declaración de confidencialidad en la persona del licitador.

La adjudicataria considera que las actuaciones del órgano de contratación han sido muy diligentes y respetuosas con el artículo 54 de la LFCP, al no exhibir los documentos declarados confidenciales conforme al artículo 54 de la misma.

Solicita, por tanto, que se desestime la alegación de la reclamante.

En segundo lugar, sobre la vulneración de los pliegos respecto a la subcontratación, la adjudicataria defiende que conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no está permitida la subcontratación del objeto del contrato, que es el servicio de mantenimiento de los equipos médicos de los centros dependientes del SNS-O y el mantenimiento técnico legal de las instalaciones generales del CHN, pero conforme al artículo 107 LFCP se admite la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, si se cumplen determinados requisitos.

De este modo, continúa señalando que el Pliego de Prescripciones Técnicas, en sus puntos 5.2, 5.3 y 5.4, determina la posibilidad de realizar los mantenimientos por sí mismos o por los servicios técnicos oficiales. En consecuencia, la adjudicataria alega que en su oferta se limita a comprometer el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigibles en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para que la prestación objeto del contrato sea ejecutada en términos óptimos, por lo que no subcontrata ninguna prestación objeto del contrato sino prestaciones aledañas a la ejecución del contrato, permitidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Entiende, por tanto, que lo que cuestiona la reclamante son servicios auxiliares que comprenden tareas instrumentales respecto de la prestación objeto del contrato. Pone como ejemplo la adjudicataria si se puede considerar que una compañía que presta el servicio de limpieza subcontrata el suministro de la lejía y los guantes, o estos elementos son consustanciales al cumplimiento del objeto principal del contrato. En este sentido cita la Resolución 92/2016, de 26 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que señala que el subcontrato es un contrato *“mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal”*, pero *“no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación”*.

En consecuencia, considera acreditado que no ha determinado en su oferta la subcontratación de elementos esenciales del objeto principal del contrato, sino únicamente y en aplicación del Pliego de Prescripciones Técnicas alude a la posibilidad de recurrir a terceros para dar cumplimiento a elementos instrumentales de las prestaciones objeto del contrato. Solicita por tanto la desestimación de esta alegación.

En tercer lugar, respecto a que se han vulnerado las exigencias sobre documentación del sobre B relativo a criterios de valoración sometidos a juicio de valor, indica que en su oferta técnica se compromete a *“asegurar el correcto funcionamiento del equipamiento mediante la realización de tareas técnicas preventivas, correctivas y predictivas necesarias para minimizar el número de paradas como consecuencias de averías o funcionamiento incorrectos. El objetivo es la disponibilidad total”*.

Destaca que ni se expresa ni se determina un porcentaje concreto, únicamente se indica la voluntad de alcanzar un objetivo, que es de imposible cumplimiento puesto que estas tareas siempre requieren paradas que minimizan la disponibilidad de los equipos, y que en el sobre 3 no ofrece una disponibilidad del 100% sino del 98% de los equipos críticos y del 95% de los equipos no críticos.

Se apoya en la Resolución nº 5/2019, de 14 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, que afirma que hay que analizar las circunstancias de cada caso concreto, y comprobar que esa actuación realmente vulnere el secreto y haya podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

Cita el dictamen 670/2013, de 11 de julio, del Consejo de Estado: *“Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres*

abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”. Solicita, igualmente, la desestimación de la alegación de la reclamante.

En cuarto lugar, alega que el órgano de contratación ha cumplido escrupulosamente todos los procedimientos establecidos en los pliegos, respetando los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

Por último, hace referencia a la doctrina del pliego como ley del contrato, que resulta de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para el particular, y destaca que los pliegos de la convocatoria no fueron recurridos por la reclamante, por lo que los ha aceptado en todo su contenido.

Concluye solicitando que se desestimen las pretensiones de la reclamación interpuesta por “ASIME, S.A.”.

DECIMOTERCERO.- El día 3 de junio de 2019, dentro del plazo otorgado por este Tribunal, “ASIME, S.A.” presenta alegaciones ante las actuaciones realizadas con posterioridad a la interposición de la reclamación especial.

En primer lugar, destaca la insuficiente motivación de la declaración de confidencialidad por parte de “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”, que entiende acreditada por el hecho de que en fecha 11 de abril el SNS-O le requiriera para que aclarase qué partes son confidenciales y cuáles no, “*ya que no queda claro en su declaración de confidencialidad incluida en el sobre B de la oferta*”, así como que se motivara adecuadamente la confidencialidad porque ésta “*se extiende a partes esenciales de la oferta, dejando solo fuera de la declaración documentación poco relevante*”.

Además, señala que en la respuesta de “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.” a dicho requerimiento para que motive la confidencialidad, el único argumento que utiliza es la “*especial sensibilidad*”, lo que no da respuesta al requerimiento del SNS-O al no motivar adecuadamente la confidencialidad y contradice el apartado 7.4 del Pliego, que exige que deben indicarse expresamente los motivos que justifican la consideración de confidenciales. Considera también vulnerado el artículo 54 LFCP, al incumplirse las obligaciones en materia de transparencia, publicidad e información.

Cita la Resolución n° 184/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que indica que “*para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad [...] es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial*”.

En segundo lugar, reclama que el SNS-O, en su Resolución 401/2019, de 25 de abril, tampoco motiva suficientemente la declaración de confidencialidad de los puntos solicitados por “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”. Señala que se ciñe a lo manifestado por la mercantil, reproduciendo su declaración y resolviendo sin otro tipo de motivación que la alegada por la adjudicataria, que también es insuficiente. Se apoya en la Resolución 1014/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que exige “*un esfuerzo de explicación que sea suficiente para transmitir las razones por las que se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas [...] 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*”.

Finalmente, se reitera en la vulneración del Pliego respecto a la subcontratación y la vulneración de las exigencias sobre documentación del sobre B relativo a criterios de valoración sometidos a juicio de valor, lo que supondría una ineludible causa de exclusión.

En consecuencia, solicita que se dicte resolución conforme al suplico de su reclamación especial en materia de contratación pública presentada el día 12 de abril y se declare nulo el acuerdo de adjudicación, con exclusión de la licitadora “AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A.”, y se orden la retroacción del procedimiento para que el órgano de contratación adjudique el contrato a “ASIME, S.A.”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopten los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre los que se encuentra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 122.1 de la LFCP.

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

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia, y de los criterios de adjudicación aplicados, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Tal y como hemos expuesto en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, con fecha 29 de mayo de 2019, desde la Secretaria de este Tribunal se ha informado a la reclamante del hecho de que la entidad contratante en el expediente remitido correspondiente a la reclamación interpuesta incorpora la Resolución 401/2019, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se resuelve la declaración de confidencialidad de la oferta presentada por la

adjudicataria del contrato, así como la documentación que sirve de base a la misma; advirtiéndose expresamente que en la medida en que dichos documentos corresponden a actuaciones realizadas con posterioridad a la interposición de la reclamación especial y son actos susceptibles de impugnación a través de esta concreta vía, se confiere trámite de alegaciones sobre tales concretos extremos. Resultando que, con fecha 3 de junio de 2019, la reclamante presenta, dentro del plazo conferido al efecto, y a la vista de la documentación referida, escrito de alegaciones en el que, entre otras cuestiones, se opone a la declaración de confidencialidad objeto de la Resolución identificada.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe advertir que el trámite de alegaciones conferido trae causa de que siendo uno de los motivos de impugnación alegados por la reclamante la negativa al acceso a la oferta, este Tribunal ha comprobado que no sólo no consta en el expediente la justificación de la notificación de tal acto administrativo -dictado con posterioridad a la interposición de la reclamación- a la reclamante, sino que en el mismo se indican erróneamente los medios de impugnación de que éste es susceptible; y ello habida cuenta que se indica que contra la citada Resolución y, por ende, frente a la declaración de confidencialidad que constituye su objeto cabe recurso de alzada ante el Consejero de Salud, sin realizar mención alguna a la posibilidad de combatirla mediante la interposición de reclamación especial en materia de contratación pública.

Siendo esto así, lo cierto es que el artículo 122.2 LFCP determina que “*Son susceptibles de impugnación, los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato*”; añadiendo el artículo 124.3 del mismo texto legal que “*La reclamación especial deberá fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos: (...) c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados (...)*”. Resultando, en consecuencia, que la declaración de confidencialidad constituye un acto administrativo susceptible de ser impugnado a través de la esta vía especial.

Sentado lo anterior, como se ha dicho, el texto de la Resolución identificada no indica la posibilidad de impugnación a través de esta concreta vía; defecto predicable de la notificación de dicho acto que ha determinado la sustanciación del citado trámite de alegaciones en orden a evitar cualesquier atisbo o indicio de indefensión en el curso del presente procedimiento de reclamación.

No obstante, debemos advertir que el citado trámite se confiere a los únicos efectos de posibilitar la formulación de alegaciones ceñidas al extremo relativo a la declaración de confidencialidad; motivo por el cual no procede atender el resto de cuestiones que la reclamante manifiesta en el escrito presentado correspondientes al resto de motivos de impugnación esgrimidos en el escrito de interposición.

Así las cosas, debemos comenzar analizando las alegaciones formuladas sobre tal declaración de confidencialidad, relativas a su insuficiente motivación, dada la incidencia que una eventual estimación de tal motivo tiene en el conjunto de la reclamación interpuesta. Efectivamente, este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al en el que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde la resolución sobre la confidencialidad declarada por la licitadora, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) del mismo cuerpo legal. La retroacción, caso de proceder, determinará la improcedencia de analizar el resto de motivos de impugnación, puesto que éstos podrán ser, en su caso, reiterados si se interpone nueva acción de impugnación tras la adopción de la resolución sobre la confidencialidad de forma ajustada a derecho.

SEXTO.- Según hemos anticipado anteriormente la primera cuestión sometida a la consideración de este Tribunal es la insuficiente motivación de la Resolución

401/2019, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea, por la que se resuelve la declaración de confidencialidad de la oferta presentada por la adjudicataria del contrato de referencia, generadora de indefensión aducida por la reclamante.

Centrados así los términos del debate, debemos recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 LFCP *“Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”*. Precepto que garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura en la forma prevista en el artículo 97 del mismo cuerpo legal; ahora bien, una vez consumada tal fase del procedimiento de licitación, las limitaciones al acceso de los interesados a datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los supuestos expresamente previstos en dicha normativa.

En particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 54 LFCP que, al regular la confidencialidad y sigilo, dispone que *“1. Los poderes adjudicadores sometidos a esta ley foral no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que haya facilitado quien licita, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos designen expresamente como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. En todo caso, la declaración de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, publicidad e información que debe darse a cada participante.*

Quien licite no podrá extender la declaración de confidencialidad a toda su propuesta. En caso de que lo haga, corresponderá al órgano de contratación determinar motivadamente aquella documentación que no afecta a secretos técnicos o comerciales.

2. El contratista deberá guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de aquellos datos de los que tenga conocimiento con ocasión de su ejecución. No obstante, el órgano de contratación, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato podrá eximir al contratista de esta obligación cuando lo estime conveniente.”

El carácter confidencial de las ofertas, tal y como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 184/2018, de 23 de febrero, “(...) *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 nº 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.”

Se ha señalado también, finalmente, que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación (...).”

Cabe advertir que el propio artículo 54.1 LFCP pone de manifiesto que el derecho a la confidencialidad de la documentación incorporada a las ofertas no se configura como un derecho absoluto, sino que -además de los condicionantes que para su ejercicio prevé el mismo precepto- viene limitado por el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y publicidad que la propia normativa impone a los poderes adjudicadores y por el derecho de acceso a la documentación que conforma el

propio expediente de contratación del que son titulares quienes han participado en el procedimiento de licitación y que reviste carácter esencial en orden a una eventual impugnación del resultado del mismo.

En la ponderación ente el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación contenida en la oferta, se revela como fundamental la motivación de la decisión de no autorizar el examen de determinados documentos, resultando claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores. Siendo esto así, como razona la Resolución anteriormente citada, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 54 LFCP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial; justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter.

Así las cosas, hay que partir del principio conforme al cual en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. A estos efectos, conforme a la obligación de confidencialidad prevista en el artículo 54 LFCP, habremos de valorar si se ha justificado adecuadamente por el órgano de contratación que la documentación cuyo acceso ha sido denegado a la reclamante afecta a secretos técnicos o comerciales o se corresponde efectivamente con aspectos confidenciales de la oferta.

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 1/2016, de 12 de enero, señala que el principio de transparencia, reconocido en la Directiva 2014/24/UE, y que rige durante todas las fases del procedimiento de licitación (Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99), tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (Sentencia del TJUE, Sala Quinta, de 16 de abril de 2015 -asunto C-278/14-) o, dicho en otros términos, controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 4 de diciembre de

2003 -asunto C448/01-). Desde esta perspectiva, parece claro que el derecho de consultar la documentación obrante en el expediente y, en particular, las proposiciones de los licitadores concurrentes a la licitación, o los informes técnicos incorporados al expediente, es consecuencia necesaria del mencionado principio de transparencia. En cuanto al alcance de la obligación de confidencialidad impuesta a los órganos de contratación respecto de la información proporcionada por los licitadores concurrentes en el procedimiento de licitación, que puede entrar en concurrencia con el principio de transparencia y, en particular, con el derecho de defensa de los licitadores que no han resultado adjudicatarios y que, en tal sentido, opera como límite al derecho de acceso por parte de los licitadores a la información obrante en el expediente, la Resolución 1014/2017, de 27 de octubre, del mismo órgano revisor, en relación con las situaciones de conflicto entre ambos derechos -derecho de acceso a la información y derecho a la no divulgación de la información confidencial- destaca las siguientes conclusiones:

- Ante la situación de conflicto entre los dos derechos apuntados, debe buscarse el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

- La información cuya confidencialidad se preserva se ciñe a aquella que, dentro de la que haya sido proporcionada por el licitador, haya sido expresamente calificada por éste como confidencial, de manera que las empresas licitadoras quedan vinculadas por la propia declaración de confidencialidad que efectuaron al formular su oferta.

- La vinculación a la declaración de confidencialidad no alcanza al órgano de contratación, que debe examinar las ofertas presentadas y decidir qué partes de las mismas son verdaderamente confidenciales y cuales otras pueden ser revisadas por el resto de licitadores, en orden a la formulación de un recurso fundado. Debe tenerse en cuenta que la materia genuinamente confidencial son los secretos técnicos o comerciales, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias (en este sentido, JCCA de Aragón, Informe 15/2012, de 19 de septiembre).

- No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen a la totalidad de la oferta de manera indiscriminada, pudiendo considerarse las mismas abusivas.

En esta línea la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, señaló, a este respecto, las siguientes consideraciones: *“1º) La adjudicación del contrato está sujeta, en todo caso, a los principios de publicidad y transparencia que se manifiestan no sólo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta y descartar las restantes. 2º) 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. 3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que debe añadirse, a juicio de este Tribunal, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación, tal y como ha sucedido en el caso que aquí nos ocupa. En todo caso, el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración del licitador sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores, de forma motivada”*.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones este Tribunal - por todos, Acuerdo 106/2018, de 17 de octubre- donde, recogiendo la doctrina citada, advertimos que es obligado el pronunciamiento del órgano de contratación que, en un ejercicio de búsqueda del necesario equilibrio entre el principio de transparencia y la salvaguarda del de confidencialidad, motive y justifique adecuadamente el sacrificio de uno u otro, siempre desde la consideración de que la confidencialidad queda limitada a la *“estrategia empresarial del licitador y, en particular, a los secretos técnicos o comerciales”*.

Así pues, se debe identificar 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. Además, el principio de publicidad y transparencia propio de la contratación pública exige que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea, como antes concluimos, la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción. Por ello, 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.

La Sentencia del TJCE (Sala 3ª) de 14 febrero 2008 declara que la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes y, en particular, la entidad adjudicadora. Igualmente afirma que *"Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo"*. Siendo evidente que dentro de la oferta técnica puede haber elementos protegidos por la excepción de confidencialidad, no lo es menos que, asimismo, puede y debe haber otros que no lo estén. Teniendo en cuenta esta doctrina, el órgano de contratación debe realizar un esfuerzo suficiente para delimitar qué partes de la documentación técnica del licitador era realmente confidencial; de no hacerlo, se vulneraría el derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado, limitando el derecho de defensa del licitador y causándole una patente y evidente indefensión.

Cabe advertir que el pronunciamiento relativo a la declaración de confidencialidad debe estar, como se ha dicho, motivado. La motivación exige un esfuerzo de explicación que sea suficiente para transmitir las razones por las que 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.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, considerando que la declaración de confidencialidad formulada por los licitadores no vincula al órgano de contratación, resulta admisible que, a requerimiento de éste, la empresa licitadora declare o concrete la confidencialidad con posterioridad a la presentación de su oferta, máxime cuando ello deriva de la necesidad de que se expliciten las razones de la declaración inicialmente formulada. Si bien anticipamos ya que debe darse la razón a la reclamante en lo que se refiere a la insuficiente de justificación de la apreciación de la confidencialidad por parte del órgano de contratación.

Efectivamente, la motivación de la Resolución 401/2019, de 25 de abril, por la que se resuelve la solicitud de declaración de confidencialidad de las ofertas y se limita el acceso solicitado a la oferta de la adjudicataria, se realiza por remisión al informe que sobre tal extremo, emite el Servicio de Infraestructuras del Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea; resultando, en este sentido, que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto al contenido de los actos administrativos establece que *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*, precepto que no hace sino reconocer la validez de lo que la Jurisprudencia ha denominado motivación *“in aliunde”* de los actos administrativos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2003 razona así al respecto: *“(…) la posibilidad de que la motivación venga a ser sustituida por el hecho de que se incorporen al expediente administrativo los correspondientes informes, como ha ocurrido en el presente caso”*. Acude, en definitiva, aunque no lo manifieste expresamente, a la motivación *“in aliunde”*, es decir, a *“la aceptación de informes o dictámenes obrantes en el expediente procediendo en los acuerdos de*

que se trate debido a la unidad orgánica de los expedientes, y a la interrelación existente entre sus distintas partes, considerados como elementos integrantes en un todo, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones”, aceptada dicha motivación por reiterada jurisprudencia de esta Sala -así, por todas, sentencia de 15 de febrero de 1991- a la que también ahora nos acogemos”.

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

En consecuencia, tal motivación in aliunde será suficiente en la medida en que el informe al que se remita contenga información suficiente sobre las concretas razones por las que la documentación cuyo acceso no se facilita tiene afección sobre determinados secretos técnicos o comerciales o se corresponde, de manera efectiva, con aspectos confidenciales de la oferta.

Siendo esto así, el informe del Servicio de Infraestructuras pone de manifiesto que *“debe limitarse la consideración de confidencialidad en la(s) ofertas técnicas, a los documentos que sí responden a aspectos de organización y métodos de trabajo, desarrollados por la empresa, que contienen parte de su estrategia empresarial y que hacen que su oferta tenga singularidades que pueden dar diferencias entre la competencia”*. No obstante lo cual, asume íntegramente la declaración de confidencialidad realizada por la adjudicataria – declaración que, dicho sea de paso, comprende toda la oferta técnica salvo el apartado 1 “Objetivos y Política Empresarial” (páginas 9 a 13) y el 5 “Anexo Certificados de Colaboración” (páginas 124 a 126), afectando, en consecuencia, a la práctica totalidad de la misma (118 páginas de las 126

de extensión de la oferta técnica) – y ello, según indica, “*dada la especial sensibilidad que reviste para la compañía (...) entendiendo la unidad gestora que estos puntos contienen datos de su estrategia empresarial y que además, no suponen diferencias significativas en cuanto a la parte declarada confidencial por otros licitadores*”; sin realizar consideración adicional alguna sobre las razones que determinan la conclusión en tal sentido alcanzada.

La motivación ofrecida por el órgano de contratación, por remisión al informe antes citado, es ciertamente escueta indicando, exclusivamente y con carácter genérico, que tales datos o documentos forman parte de la estrategia empresarial de la licitadora, por tratarse de documentos que responden a aspectos de organización y métodos de trabajo desarrollados por la empresa, sin referir razón o consideración adicional alguna que concrete y justifique por qué cada documentación señalada como confidencial forma parte de tal estrategia empresarial y, por tanto, conforme a lo dispuesto en la LFCP no puede ser divulgada por los poderes adjudicadores, como tampoco lo hace la adjudicataria en la declaración de confidencialidad aportada; sin que resulte admisible como tal justificación el hecho de que el resto de licitadoras hayan realizado una declaración de confidencialidad de alcance similar. Por esto se debe concluir que con ello se ha vulnerado el derecho de acceso a información suficiente para interponer una reclamación especial debidamente fundada, limitando el derecho de defensa del licitador y causándole indefensión; vicio formal que por ello debe considerarse invalidante del acuerdo de adjudicación.

En consecuencia, procede estimar la reclamación en este punto, siendo lo procedente que el órgano de contratación se pronuncie de manera motivada acerca de la confidencialidad alegada por la adjudicataria, valorando razonadamente la posible concurrencia de razones para apreciar dicha confidencialidad en cuanto a cada uno de los distintos apartados de su oferta que dicha licitadora ha declarado como confidenciales.

En definitiva, y conforme al vicio apreciado, procede estimar parcialmente la reclamación sin entrar a analizar el resto de motivos de impugnación alegados y pretensiones ejercitadas, anulando el acto de adjudicación y reponiendo las actuaciones a fin de que, en cuanto al acceso al expediente solicitado por el licitador aquí

reclamante, se emita una resolución suficientemente fundada acerca de la eventual apreciación de la existencia de aspectos confidenciales en la oferta de la adjudicataria.

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 en materia de contratación pública interpuesta por doña M.J.C.S., en nombre y representación de “ASIME, S.A.”, frente a la adjudicación del contrato “*OB20/2018 Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”, convocado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, anulando el acto objeto de impugnación, con retroacción de las actuaciones del procedimiento a fin de que, en cuanto al acceso al expediente solicitado por la reclamante, se emita una resolución suficientemente fundada acerca de la eventual apreciación de la existencia de aspectos confidenciales en la oferta de la adjudicataria, dando vista del contenido que de la misma resulte a la reclamante, con carácter previo a la nueva notificación del acto de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a “ASIME, S.A.”, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y acordar su publicación en la página 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, 11 de junio de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.