



Expte.: R-05/2017

ACUERDO 14/2017, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don R.B.P., en su nombre y en el de tres profesionales más, contra la adjudicación por parte de “Navarra de Suelo y Vivienda, S.A. (NASUVINSA)” del contrato para la Redacción de proyecto y dirección de obra de la rehabilitación integral del edificio sito en C/ Compañía 3 de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de agosto de 2016 “Navarra de Suelo y Vivienda, S.A, (NASUVINSA)” publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la Redacción de proyecto y dirección de obra de la rehabilitación integral del edificio sito en C/ Compañía 3 de Pamplona.

SEGUNDO.- Adjudicado el contrato el día 18 de enero de 2017, sin que conste la fecha de la notificación, don R.B.P., en su nombre y en representación de don R.M.M., don E.P.R.y don J.J.I., que habían presentado una oferta conjunta en la licitación del contrato, interpone una reclamación en materia de contratación pública el día 3 de febrero de 2017. Dicha reclamación se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que de acuerdo con las condiciones reguladoras del contrato obtendría 15 puntos la oferta que proyectase más metros cuadrados útiles destinados a vivienda (los espacios exteriores que se hubieran planeado computarían al 50%) y las demás ofertas obtendrían los puntos de acuerdo con una regla de tres. Asimismo, se preveía otorgar puntuación a las ofertas con viviendas accesibles a usuarios en silla de ruedas con una escala de 1 punto (25% viviendas accesibles) a 5 puntos (100% viviendas accesibles).

b) Que la propuesta del adjudicatario ha obtenido la máxima puntuación por la superficie útil de las viviendas (15 puntos) y, a la vez, ha obtenido 5 puntos por ofertar el 100% de las viviendas accesibles.

Considera que teniendo en cuenta las condiciones que marca el Documento Básico DB SUA 9 del Código Técnico de la Edificación, resulta imposible obtener la máxima puntuación en la superficie útil de las viviendas ofertando el 100% de las viviendas accesibles, puesto que la aplicación de la norma técnica implica una serie de requisitos y exigencias tales que merman la superficie útil final de las viviendas, siempre que se respete la geometría definida en los planos del edificio proporcionados en el pliego y en la propia normativa urbanística (PEPRI y otros).

c) Que se ha presentado esta reclamación porque la entidad adjudicadora no le ha permitido consultar las ofertas presentadas por otros licitadores y menos la oferta que ha resultado adjudicataria.

En consecuencia, solicita que se revoque la adjudicación del contrato y se realice una nueva valoración de los aspectos relativos a los puntos de superficie y a las viviendas accesibles.

TERCERO.- Con fecha 8 de febrero de 2017, NASUVINSA aporta la documentación del contrato y presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Respecto a las puntuaciones otorgadas, aporta un estudio elaborado una vez presentada la reclamación justificando las puntuaciones otorgadas a la oferta ganadora y a la del reclamante.

b) Que siendo NASUVINSA un mero detentador (sic) de las ofertas que son propiedad de los licitadores y al no prever el pliego la posibilidad de revisión, solicitó permiso a los licitadores, obteniendo únicamente el permiso de 5 licitadores de un total de 12.

La solicitud de permiso era necesaria para no vulnerar los derechos de propiedad intelectual y, en su caso, de datos personales, siguiendo una recomendación formulada en un caso similar por el Defensor del Pueblo de Navarra.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A.” es una sociedad pública del Gobierno de Navarra, que es una Administración Pública sometida a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP).

Conforme a lo previsto en el artículo 2.1 e) de la LFCP, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de las entidades sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la norma (que satisfagan fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y que la Administración pública tenga influencia dominante sobre ellas), como es el caso de “NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A.”, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP, de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado

cuando se recurran los actos de exclusión de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO. La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato; motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas, debemos abordar, en primer término, la relativa al acceso y consulta de las ofertas presentadas por el resto de licitadores participantes en el procedimiento de contratación, especialmente la del adjudicatario del contrato, puesto que la imposibilidad de acceso a las mismas ha determinado, según expone el reclamante, la interposición de la presente reclamación; constituyendo, además, una de las pretensiones formuladas a través de la acción de impugnación ejercitada.

Sobre este extremo indica la entidad contratante que no es propietaria de la documentación presentada por los licitadores, sino mera detentadora de las ofertas, ya que sus propietarios – los licitadores – las han depositado a los meros efectos de que sean evaluadas en orden a la resolución del procedimiento; por ello, y teniendo en cuenta que el pliego regulador no contemplaba dicha posibilidad, al objeto de no vulnerar los derechos de propiedad intelectual y en su caso de protección de datos personales, solicitó autorización de todos ellos; permiso que obtuvo únicamente de cinco de los doce licitadores admitidos consultados.

En atención a las alegaciones en tal sentido formuladas por las partes, este Tribunal debe analizar si resulta ajustado a derecho la negativa de la entidad contratante al acceso, por parte del reclamante, a determinada información contenida en el expediente de licitación, concretamente a las ofertas presentadas por el resto de licitadores participantes en el procedimiento y, especialmente, a la formulada por el adjudicatario.

El derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 CE. La remisión constitucional se concreta en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, al regular los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, contempla en su apartado d) el relativo al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico. Esta norma jurídica específicamente reconoce, en su artículo 53.1.a), a los interesados en el procedimiento administrativo de que se trate – condición ésta que reúne el licitador que participa en un procedimiento de adjudicación – el derecho “*A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos*”.

Sentado lo anterior, debe repararse en que el procedimiento de adjudicación es un procedimiento especial y que, como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 40/1996, de 22 de julio, en relación con la vista de un expediente, prima la aplicación de la normativa de contratación pública sobre la de procedimiento administrativo, en atención a su carácter supletorio.

En consecuencia, partiendo del derecho de los licitadores a acceder a la documentación obrante en el expediente de contratación – comprensiva de las ofertas presentadas en el seno del procedimiento -, el alcance y ejercicio de dicho derecho de acceso debe definirse conforme a la normativa sobre contratación pública que resulte de aplicación.

El artículo 21 de la LFCP, regulador de los principios rectores de la contratación, consagra entre los principios esenciales en materia de contratación pública, el principio de transparencia de los procedimientos, que se manifiesta – tal y como ha puesto de relieve este Tribunal, entre otros, en su Acuerdo 50/2014, de 16 de diciembre – tanto en la publicidad de las licitaciones como en el acceso a aquella información que permita que los licitadores puedan hacer revisar aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

El artículo 52.1 del mismo cuerpo legal, relativo a las proposiciones de los interesados, indica que “1. *Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador. 2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración (...).*”

Esta disposición no implica que una vez finalizada la licitación pública, pueda facilitarse la vista de toda la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 51 adelanta que “*Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a protección de información confidencial no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores*”, y en su artículo 21 determina que “1. *Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada*

por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”. Añadiendo el artículo 22.3 que “Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación”.

Es decir, la norma comunitaria permite que las legislaciones internas definan la cuestión relativa al acceso al expediente por parte de los licitadores, reconociendo que la confidencialidad constituye un derecho de los licitadores e incidiendo, eso sí, en la necesidad de respetar las obligaciones en materia de publicidad y de información a los licitadores; por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad e información; y ello por cuanto, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia UE de 21 de septiembre de 2016 “(...)De la jurisprudencia resulta que las ofertas presentadas por los licitadores en una licitación pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la protección de los intereses comerciales, debido, en particular, a los elementos económicos y técnicos que contienen las ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 y T-532/10, EU:T:2013:38, apartado 95). (...)Esta restricción es inherente al objetivo de las normas de la Unión en materia de contratos públicos que se basa en una competencia no falseada. Para alcanzar dicho objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”.

Por su parte, el artículo 23 de la LFCP establece que *“1. Las entidades sometidas a la presente Ley Foral no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que hayan facilitado los licitadores y contratistas, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos hayan designado como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.*

2. Será condición esencial del contrato la obligación del contratista de 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, las entidades contratantes, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato podrán eximir al contratista de esta obligación cuando no lo estimen conveniente.

La misma obligación de sigilo alcanzará a las entidades sometidas a la presente Ley Foral y al personal a su servicio que intervenga en estos procedimientos”.

De la regulación transcrita se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva y, por ende, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, en ningún caso puede extenderse a la totalidad de la misma. Dicho en otros términos, si no media esa declaración, la regla es que deberá permitirse el examen de la documentación presentada por los licitadores concurrentes, en consonancia con el derecho de acceso que reconoce el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Cabe preguntarse, en este sentido, si en los supuestos como el que nos ocupa en los que el licitador, en el momento de presentar su oferta, y como parte de ésta, no ha señalado qué documentos de los aportados en la misma considera confidenciales asiste al resto de licitadores derecho acceder a la totalidad de la oferta por él formulada, o si, por el contrario, el órgano de contratación debe realizar una valoración sobre tal carácter de la que pudiera resultar una limitación a tal acceso. Resultando que, en estos supuestos, el órgano de contratación viene obligado a realizar, en cada caso, una ponderación de los intereses en conflicto, de que la puede resultar lícito restringir

determinada información contenida en las distintas ofertas, y ello por cuanto como se expresa en la Sentencia del TJUE de 29 de enero 2013, el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, y *para alcanzar dicho objetivo es preciso que las entidades adjudicadoras "no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos, por lo que éstos deben poder comunicar a las entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de contratación sin miedo a que éstas comuniquen a su vez a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores"*.

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008, que, al hilo de lo anterior, concluye que el organismo *"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 en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. 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"*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid en su informe 6/2016, de 12 de septiembre, sobre confidencialidad de las proposiciones, señala que *"4.- La norma no puede especificar qué documentos concretos de un determinado licitador pueden ser divulgados, pues ello varía dependiendo de cada contrato y de cada licitador, por lo que, si el licitador ha señalado expresamente como confidenciales determinados documentos, no podrán ser divulgados por el órgano de contratación, sin*

que este carácter pueda hacerse extensivo de forma genérica a la totalidad de la documentación presentada.

En el supuesto de que el licitador no haya especificado qué documentos tienen carácter confidencial, el órgano de contratación deberá determinar la documentación que puede ser divulgada, tanto documentación administrativa como económica y técnica, sin que proceda hacer públicos aquéllos documentos que considere que pueden afectar a secretos comerciales o técnicos de la empresa, de forma que puedan comprometer su competitividad frente a terceros, en especial la documentación relativa a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en su caso.

5.- En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su “Informe 15/2012, de 19 de septiembre. Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación”, en el que concluye que el órgano de contratación ha de buscar el equilibrio adecuado entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia y el derecho de defensa de un licitador descartado, sin que resulte procedente que la confidencialidad pueda extenderse a toda la propuesta del licitador, debiendo el órgano de contratación determinar la documentación de la empresa adjudicataria que no se corresponde con aspectos confidenciales, justificándolo en el expediente, y dar vista del expediente, a solicitud de los interesados, con las condiciones y límites indicados.

Igualmente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su “Informe 11/2013 de 26 de julio. El carácter confidencial de determinada información facilitada por los licitadores o por los candidatos en el procedimiento de selección y de adjudicación de los contratos”, concluye que la confidencialidad, con carácter general, hace referencia a la documentación facilitada por los empresarios para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, debiendo determinarse por las empresas la documentación con tal carácter, sin que resulten admisibles las declaraciones genéricas al respecto. Se concluye asimismo que: “Los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que pueda afectar a la competencia leal entre empresas tiene carácter confidencial. También es susceptible de ser declarada como confidencial aquella

información que tiene un gran valor para las empresas o supone un activo de importancia porque es consecuencia de inversiones en investigación, de conocimientos adquiridos por la experiencia o porque tiene un valor estratégico especial frente al resto de candidatos o de licitadores o representa una determinada forma de gestión empresarial”. Por último, concluye que la confidencialidad no puede vulnerar los principios de publicidad y transparencia.

6.- Por lo expuesto, corresponde al órgano de contratación la búsqueda del equilibrio entre los intereses del adjudicatario y el resto de licitadores, a fin de hacer compatibles los distintos principios de la contratación pública, respetando los derechos de las diferentes partes participantes en el procedimiento”.

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

SEXTO.- Sentado lo anterior, este Tribunal viene entendiendo de manera reiterada (por ejemplo en nuestros Acuerdos 41/2016, 38/2014, 50/2014) que en el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia en su vertiente relativa al derecho de acceso a la información, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. De este modo, debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que solicita el acceso, y el que se opone al mismo; pues ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad.

En esta línea la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, señaló que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes; añadiendo que el conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso; y concluyendo que corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad, y que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores.

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

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

poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción, y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.

Por esta razón, este Tribunal ha declarado repetidamente, por ejemplo, en el Acuerdo 38/2014, de 14 de agosto, que esta obligación (y correlativo derecho del licitador) de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta técnica, sino únicamente a aquellos aspectos de la misma que formen parte de la estrategia empresarial del licitador y, en particular, a los secretos técnicos o comerciales. Y ello es así porque este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, de forma que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En definitiva, tal y como señalamos en el citado Acuerdo, en estos casos, la entidad adjudicadora deberá determinar la parte de la oferta a la que afecta el deber de confidencialidad, motivándolo en el expediente y concediendo audiencia a la licitadora afectada, de forma que pueda motivarse adecuadamente la adjudicación y respetarse a la vez en lo posible el principio de transparencia y el de tutela judicial efectiva; debiendo, en consecuencia, determinar aquella documentación de la proposición que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado.

En el caso concreto que nos ocupa, consta en el expediente que la entidad contratante, ante la petición de acceso al resto de proposiciones realizada por la reclamante, solicitó autorización de los interesados a los efectos de su puesta de manifiesto, indicando en dicha solicitud que *“mediante el presente correo les solicitamos expresa autorización para mostrar a otros concursantes el contenido de su propuesta técnica, comunicándoles que en caso de no obtener respuesta la entenderemos denegada”*; por este motivo, y ante la falta de respuesta a tal solicitud de

varios licitadores participantes en el procedimiento, entre ellos el adjudicatario, no facilita el acceso a las proposiciones por ellos presentadas.

Pues bien, la decisión en tal sentido adoptada por la entidad contratante no resulta ajustada a derecho, toda vez que en ningún caso debe entenderse que la falta de autorización expresa para mostrar las ofertas a otros participantes implica y habilita la negativa al acceso, sino todo lo contrario; debiendo, en su caso, realizar la labor de analizar que partes de las ofertas pueden resultar confidenciales en atención a la concurrencia de los motivos antes citados para no divulgar tal información, sin que quepa, en ningún caso, vetar en tales términos el acceso a la totalidad de la oferta presentada por los licitadores. Y ello máxime cuando la cláusula 30 del pliego de condiciones reguladoras de la contratación, determina que *“Los licitadores al presente concurso aceptan expresamente y de manera voluntaria que se dé transparencia institucional a todos los datos derivados de los procesos de licitación, adjudicación y ejecución hasta su finalización”*, de forma que todos los licitadores, habiendo consentido el pliego, aceptan someterse al régimen de transparencia establecido para las entidades públicas, que incluye el acceso a las ofertas de los otros licitadores, con el límite establecido en el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero y 23 LFCP.

La entidad contratante justifica la decisión en tal sentido adoptada en el hecho de que es mera detentadora de las ofertas, ya que sus propietarios –los licitadores- las han depositado a los meros efectos de que sean evaluadas en orden a la resolución del procedimiento; motivo por el cual, y con objeto de no vulnerar los derechos de propiedad intelectual y en su caso de protección de datos personales, procedió a solicitar la citada autorización. Estos argumentos no resultan admisibles habida cuenta que suponen, de plano, el desconocimiento del derecho del que son titulares los interesados en el procedimiento administrativo a acceder y obtener copia de los documentos contenidos en los mismos reconocido en el artículo 53.1.a) LPACAP, además de apartarse de la obligación de transparencia reconocida en la cláusula 30 del pliego y que en su condición de ley del contrato – por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999- resulta vinculante y de obligada observancia tanto para la entidad

contratante como para los licitadores que han participado en el procedimiento; no resultando tampoco procedente motivar la limitación, y mucho menos total, de acceso en argumentos tan genéricos como una eventual vulneración del derecho a la propiedad intelectual y de protección de datos personales, que por los términos en que está formulada tal justificación, no merece ser tenida en consideración.

Así pues, lo cierto es que el órgano de contratación debió, ante la falta de respuesta de algunos licitadores a la autorización para acceder a sus proposiciones, realizar un esfuerzo suficiente para delimitar qué partes de la documentación técnica-especialmente de la presentada por el adjudicatario, eran realmente confidenciales, y no podían ser consultadas. Al no haberlo hecho ha vulnerado el derecho de acceso a información suficiente para interponer una reclamación debidamente fundada. De hecho, precisamente la consulta de la documentación por el recurrente puede producir el efecto inverso al esperado, pues puede el recurrente encontrar justificada la decisión administrativa, y decidir no interponer recurso alguno. Sin embargo, el hecho de no poder contrastar la decisión tomada por el órgano de Contratación, como ha sucedido y expresamente señala el escrito de interposición de la reclamación, ha obligado al licitador a interponer la misma; motivo por el cual, procede la estimación del motivo de impugnación en tal sentido formulado.

A mayor abundamiento, tal y como se ha expuesto anteriormente, el conocimiento de las características de las ofertas presentadas puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso; circunstancia que viene condicionada, al propio tiempo, por la motivación contenida en el propio acto de adjudicación del contrato.

En este sentido, el artículo 200 LFCP establece – al regular la información a los candidatos y licitadores y comunicación de la decisión de adjudicación – que “1. *Las entidades contratantes informarán a los candidatos y licitadores, cuanto antes y por escrito, de las decisiones que hayan adoptado en los procedimientos de licitación, incluidos los motivos de renuncia a un contrato ya licitado.(...) 3. Adoptada la decisión de adjudicación, en el plazo de 15 días se enviará a los licitadores una comunicación*

que deberá contener una exposición sucinta de las características y ventajas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o de las empresas seleccionadas para el Acuerdo marco, con indicación de la fecha de término del periodo de suspensión señalado en el apartado anterior y los datos necesarios para una eventual interposición de una reclamación en materia de contratación pública. En el caso de aquellos licitadores que hubieran sido inadmitidos, se incluirá además en dicha comunicación, las causas de la misma. 4. Quedan exceptuados de la obligación de comunicación, previo informe de la Junta de Contratación Pública, determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición cuya difusión pudiera obstaculizar la aplicación de las Leyes, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de las empresas o la competencia leal entre ellos”. Precepto que contiene una relación concreta de los aspectos que debe comprender, en todo caso, la notificación con el fin de permitir al licitador excluido o al candidato descartado interponer la reclamación de manera lo suficientemente fundada; de manera que el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada en la medida en que contenga tales aspectos, siendo así que, de lo contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, generándole una indefensión y provocando reclamaciones indebidas.

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 2016/163263, de 5 de agosto, razona que *“el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes), por lo que, en la medida en que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto de adjudicación del contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación”*. Añadiendo que, será la reclamante quien deberá, en su caso explicitar cuales son los extremos de su impugnación para los que dicho acceso se revela imprescindible, y, previo análisis de la motivación contenida en el acto de

adjudicación notificado y de la documentación en él contenida, deberá valorarse si resulta o no debidamente justificada la necesidad de dicho acceso a los efectos de interponer una reclamación útil y debidamente fundada.

Pues bien, examinado el expediente remitido a este Tribunal por la entidad contratante, resulta que únicamente constan el acta de puntuación de la propuesta técnica, comprensiva exclusivamente de las puntuaciones asignadas a las distintas ofertas sin información adicional alguna ni informe de valoración que las sustente, y el acta de apertura del sobre económico y adjudicación, con la puntuación total obtenida, indicando qué licitador resulta adjudicatario del contrato y que se procede a comunicar a los licitadores el resultado por conducto telemático; sin aportar al expediente remitido el acto de notificación de la adjudicación del contrato a los interesados a los efectos de verificar si el mismo reúne los requisitos que, en cuanto a la motivación suficiente para poder interponer, en su caso, una reclamación exige el artículo 200 LFCP. Omisión que no sólo no desvirtúa, sino que abunda en las manifestaciones de la reclamante en el sentido de que con la información facilitada no ha sido posible comprobar la apropiada valoración de las ofertas, viéndose, en consecuencia, afectado su derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la información necesaria para la interposición de una reclamación útil y eficaz.

Así pues, debe reconocerse que el reclamante no ha podido tener un acceso suficiente al expediente de contratación, lo que significa que la presente reclamación no ha podido fundarse debidamente; circunstancias que determinan que deban retrotraerse las actuaciones al momento de puesta de manifiesto del expediente, debiendo el órgano de contratación dar vista del expediente al reclamante en la parte de las ofertas técnicas de los licitadores cuyo acceso no ha permitido, especialmente del adjudicatario, no incursas en confidencialidad pronunciándose especialmente al efecto, con objeto de posibilitar que el reclamante interponga un recurso eficaz; no resultando procedente que este Tribunal se pronuncie respecto del resto de los argumentos esgrimidos en el escrito de reclamación, toda vez que los mismos podrán, en su caso, ser reiterados en una posterior reclamación, si tras la vista del expediente en las condiciones citadas, la reclamante considera oportuna su interposición.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don R.B.P., en su nombre y en el de tres profesionales más, contra la adjudicación por parte de “Navarra de Suelo y Vivienda, S.A, (NASUVINSA)” del contrato para la Redacción de proyecto y dirección de obra de la rehabilitación integral edificio sito en C/ Compañía 3 de Pamplona, sin emitir pronunciamiento en este momento en relación con las restantes pretensiones de las partes, conforme a lo expresado en los fundamentos anteriores.

2º. Notificar este acuerdo a don R.B.P., a “Navarra de Suelo y Vivienda, S.A, (NASUVINSA)”, y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 7 de abril de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.