

RECURSO.- 11/2021
RESOLUCIÓN N.º.- 15/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 30 de marzo de 2021.

Visto el escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación en nombre y representación de la mercantil ATECH BPO, S.L.U (en adelante ATECH) contra la adjudicación del **Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYOT+CEMS)**, Expte. 2020/001183, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de **Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYOT+CEMS)**, así como el PCAP y el PPT, que regirían la licitación, expediente 2020/000829 tramitado por el Servicio de PARTICIPACIÓN Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla.

El citado contrato tiene una duración de 4 años, prorrogable 1 año, y su valor estimado asciende a 9.675.110,60 euros (IVA excluido).

En sesión celebrada en fecha 9 de octubre de 2020, la Mesa de Contratación califica positivamente la documentación presentada en el Sobre 1 de las empresas concurrentes, a saber: KONECTA BTO, S.L., ATECH BPO, S.L.U. y SERVINFORM S.A., procediendo a la apertura del Sobre nº 2 (criterios evaluables mediante juicios de valor), remitiendo su contenido a los técnicos a fin de que realizaran la valoración.

Con fecha 3 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación acordó excluir a KONECTA BTO, S.L., por no superar el umbral mínimo de la valoración de las ofertas técnicas establecido en los pliegos, y procedió a la apertura del Sobre nº 3 (criterios de valoración objetivos) presentado por las dos licitadoras que continuaron en la licitación.

El 5 de noviembre de 2020 se emite, por parte de la Jefa del Servicio de Participación Ciudadana, el "Informe técnico de valoración de los criterios cuantificables automáticamente (sobre nº 3)". Dicho Informe atribuye las puntuaciones correspondientes a los criterios de valoración objetiva nº 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Tal y como se extrae de las ofertas y del referido Informe, los valores consignados por ATECH BPO, S.L. en su proposición económica en los criterios 5, 6, 7 y 8 (entendidos como mejoras ofertadas por encima de los mínimos exigidos en los pliegos, de acuerdo con el modelo de proposición económica previsto en el Anexo III) superaban el umbral máximo establecido en los pliegos, por lo que se le asignó la puntuación correspondiente que resultaba de aplicar la fórmula tomando como importes ofertados, a efectos de valoración, los umbrales máximos, conforme a lo previsto en el apartado 7 del Anexo I del PCAP.

En el criterio nº 8, ATECH BPO, S.L. indicó en su oferta un valor de 99 %, el Informe de valoración interpretó que la oferta estaba hecha en valores absolutos, no en términos de incremento, por lo que tomó porcentaje de mejora ofertado por la licitadora un 14%, correspondiente a la diferencia entre el 99% indicado en su proposición y el 85% exigido como mínimo en el Anexo I del PCAP.

Asumiendo las valoraciones realizadas en el Informe técnico de 5 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación en su sesión de 10 de noviembre de 2020, resuelve:

PRIMERO.- Clasificar por orden decreciente y a los efectos previstos en el art. 150.1 de la LCSP las proposiciones presentadas atendiendo a los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo I de los PCAP:

Nº ORDEN	LICITADOR	CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR	CRITERIOS NO SUJETOS A JUICIO DE VALOR	TOTAL
1	SERVINFOR, S.A.	39,10	23,59	62,69
2	ATECH BPO, S.L.	24,30	37,96	62,26

A la vista de lo anterior, en fecha 11 de noviembre de 2020, ATECH BPO, S.L. presentó un escrito ante la Mesa de Contratación mostrando su disconformidad con la valoración de su oferta en lo que respecta al criterio nº 8. En dicho escrito, ATECH BPO, S.L. sostiene que el 99% ofertado es el "incremento del porcentaje mínimo del 85% de encuestas de satisfacción", conforme a lo establecido en el apartado 7 del Anexo I del PCAP y, por tanto, que se debía corregir la puntuación que se le había otorgado, habida cuenta que se había tomado en consideración una mejora del 14% sobre el 85% exigido como mínimo, en lugar de atender a una mejora del 99% sobre ese mínimo.

Tras la presentación del referido escrito, se elaboró un segundo Informe técnico en fecha 11 de noviembre, asumiendo el planteamiento de ATECH BPO, S.L. y corrigiendo la valoración respecto del referido criterio nº 8. Como resultado de dicha corrección, ATECH BPO, S.L. obtendría una puntuación total de 62,86 puntos, frente a los 62,69 puntos que corresponderían a SERVINFORM.

En sesión celebrada el 12 de noviembre de 2020 la Mesa de Contratación, a la vista del Informe técnico de fecha 11 de noviembre de 2020 y del escrito presentado por ATECH BPO, S.L., requirió a los técnicos *“a fin de que se informe acerca de los valores tomados como referencia para la aplicación de la fórmula asignada a los criterios 5, 6, 7 y 8 del Anexo I del PCAP”*

En fecha 16 de noviembre de 2020, SERVINFORM, presenta un escrito ante la Mesa de Contratación poniendo de manifiesto que la mercantil ATECH BPO, S.L. había cometido un error al confeccionar su oferta en el Sobre nº 3, error consistente en que ATECH BPO, S.L. había indicado en su proposición para los criterios nº 5, 6, 7 y 8 el valor total de las prestaciones comprometidas (es decir, el mínimo exigido en los pliegos más la mejora ofertada) y no el valor correspondiente a las mejoras ofertadas para cada criterio, conforme a lo establecido en el modelo del Anexo III del PCAP, considerando que de entenderse como mejoras o incrementos sobre el mínimo, serían inasumibles, inviables e incluso por lo que respecta al criterio 8, absurdas, solicitando que se procediera, conforme a un criterio homogéneo a ambos licitadores, a la corrección de la puntuación asignada a ATECH BPO, S.L., en virtud de lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAP”), que regula la rectificación de errores materiales.

En respuesta al requerimiento realizado por la Mesa de Contratación, en esa misma fecha 16 de noviembre, la Jefa del Servicio de Participación Ciudadana emite un nuevo Informe técnico, en el que se explica forma pormenorizada la metodología de valoración de los criterios nº 5, 6, 7 y 8 aplicada en los informes técnicos anteriores, de 5 y 11 de noviembre de 2020.

El informe de 16 de noviembre aclara y manifiesta que en el Informe de 5 de noviembre, por lo que al criterio 8 respecta, *“ el valor que se ha tomado como referencia ha sido 14%, correspondiente a la diferencia entre el 99% ofertado y el 85% exigido como mínimo en el Anexo I del PCAP”*, añadiendo que *“ La razón de seguir un criterio distinto respecto a los anteriores, ha sido la de considerar la imposibilidad de cumplir el licitador el porcentaje del 184%, resultante de la suma del ofertado al mínimo exigido”*

En sesión celebrada en fecha 17 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación, *“A la vista de las distintas posturas, mantenidas tanto por los licitadores como por la propia unidad tramitadora en los informes emitidos, la Mesa entiende que los términos en los que aparecen formulados los criterios 5, 6, 7 y 8 del Anexo I y el modelo de oferta (Anexo II) ha inducido a la empresa ATECH BPO S.L. a la presentación de una oferta inviable”*, por lo que resuelve *“ Proponer al Órgano de Contratación el desistimiento del presente procedimiento dado que la propia redacción del pliego ha inducido a la empresa ATECH BPO S.L. a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterios 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de saciedad fijados en los mismos, lo que determina la inviabilidad de su oferta, quedando sin efecto lo propuesto por la Mesa en sesión celebrada con fecha 10 de noviembre”*

Por Resolución de la Teniente de Alcalde Delegada de Igualdad, Educación, Participación Ciudadana y Coordinación de Distritos, de 19 de noviembre 2020, de conformidad con la propuesta realizada por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, en su sesión celebrada el día 17 de noviembre, se resuelve el desistimiento del procedimiento de contratación 2020/000829, tramitado para la adjudicación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas

Municipales (AYTO+CEMS), *“al entender que la redacción del pliego ha inducido a la empresa ATECH BPO, S.L. a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterios 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de saciedad fijados en los mismos, lo que determina la inviabilidad de su oferta”*

Con fecha 20 de noviembre de 2020, se aprueba el expediente y los Pliegos para la nueva licitación del Servicio de referencia, Expte. 2020/001183, publicándose anuncio de licitación y Pliegos el día 23 posterior.

Con fecha 9 de diciembre, por parte del Registro General, se traslada a este Tribunal recurso interpuesto con fecha 4 de diciembre, por la mercantil SERVINFORM, contra el Desistimiento de la licitación del expediente 2020/000829, tramitado para la adjudicación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), acordado por Resolución de 19 de noviembre, de conformidad con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación. Al citado recurso corresponde el número 38.

El mismo día se traslada a este Tribunal, recurso interpuesto por la misma mercantil, contra el Anuncio y los Pliegos del Expte. 2020/001183, correspondiéndole al mismo, el número 39.

Con fecha 10 de diciembre, este Tribunal tiene conocimiento de la interposición por parte de ATECH BPO, S.L.U., de dos recursos especiales en materia de contratación:

- Recurso contra el Anuncio y los Pliegos del Expte. 2020/001183, correspondiéndole al mismo, el número 40.
- Recurso contra el Desistimiento de la licitación del expediente 2020/000829, atribuyéndose a éste el número 41.

Mediante Resolución 44/2020, este Tribunal desestima los recursos presentados por las mercantiles ATECH y SERVINFORM, en relación con la contratación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), Expedientes 2020/000829 y 2020/001183, tramitados por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos QUINTO y SEXTO de la citada Resolución.

SEGUNDO.- En sesión celebrada el día 18 de diciembre de 2020 se procedió por la Mesa a la apertura de los sobres-archivos electrónicos nº 2 (documentación acreditativa de los criterios de valoración sujetos a juicio de valor) de las empresas concurrentes a la licitación 2020/001183,, acordando remitir las actuaciones a los técnicos competentes para valorar las ofertas en relación a los criterios explicitados como funcionalidades de los servicios de atención ciudadana y entorno tecnológico, solución técnica, medición y control, plan de contingencia, modelo de gestión del servicio y propuesta de optimización del servicio, según lo indicado en los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rigen la presente contratación.

Con fecha 5 de enero la Mesa de Contratación, a la vista del informe técnico de fecha 4 de enero de 2021 en el que se valoran de los criterios sujetos a juicio de valor, instó a la unidad tramitadora a efectos de aclarar la asignación de puntos en algunos de dichos criterios.

En cumplimiento de lo requerido por la Mesa, la unidad tramitadora emite el 7 de enero, nuevo informe que refunde el anterior, completándolo e incorporando aclaraciones para una mejor comprensión de la puntuación asignada a cada uno de los criterios.

El mencionado informe establece la siguiente propuesta de asignación de puntos:

	CRITERIO 1	CRITERIO 2	CRITERIO 3	CRITERIO 4	CRITERIO 5	CRITERIO 6	TOTAL
ATECH BPO	11	7.1	3.5	6	7	3	37.60
GDA	0	4.2	1	4	1.5	0.5	11,20
KONECTA	3	5.7	2.5	4	4	6	25.20
SERVIFORM	12	7.8	5	7	8	7	46.80

Vista la valoración asignada a las ofertas presentadas y de conformidad con lo señalado en el art. 146.3 de la LCSP, se procede a la apertura del archivo electrónico-sobre 3 de las ofertas correspondientes a las entidades que se señalan, al haber superado el umbral de 24,50 puntos establecido como mínimo en el Anexo I del PCAP, con el siguiente resultado:

	CRITERIO 7	CRITERIO 8	CRITERIO 9	CRITERIO 10	CRITERIO 11	CRITERIO 12	CRITERIO 13 A	CRITERIO 13 B	TOTAL
ATECH BPO	7,27	9,00	9,00	9,00	4,50	5,00	2,00	2,00	47,77
KONECTA	4,59	5,40	4,32	6,52	5,00	5,00	2,00	2,00	34,83
SERVIFORM	7,64	9,00	9,00	9,00	5,00	5,00	2,00	2,00	48,64

Comprobado, según señala el Acta, que ninguno de los licitadores incurre en valores anormales de acuerdo con los parámetros señalados en el Anexo I del PCAP, de conformidad con lo señalado en el art. 150 de la LCSP, se adopta por la Mesa, la siguiente RESOLUCIÓN :

PRIMERO.- Excluir de la licitación a la empresa GESTIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A.U, al no haber superado umbral de 24,50 puntos en el conjunto de criterios sujetos a juicio de valor (criterios 1, 2, 3, 4, 5 y 6), tal y como establece el Anexo I de los PCAP.

SEGUNDO.- Clasificar por orden decreciente y a los efectos previstos en el art. 150.1 de la LCSP las proposiciones presentadas atendiendo a los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo I de los PCAP:

	CRITERIOS SUBJETIVOS	CRITERIOS OBJETIVOS	TOTAL
SERVIFORM	46.80	48.64	95.44
ATECH BPO	37.60	47.77	85.37
KONECTA	25.20	34.83	60.03

TERCERO.- Requerir al licitador clasificado en primer lugar para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación señalada en el PCAP y Anexo I.

CUARTO.- Una vez presentada la documentación en términos de aceptación, deberá adjudicarse el contrato en los términos establecidos en el art. 150.3 de la LCSP al licitador clasificado en primer lugar conforme a lo acordado en el apartado primero.

QUINTO.- En caso de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo legalmente establecido, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a recabar la misma documentación al siguiente licitador conforme al art. 150.2 de la LCSP.”

Con fecha 22 de enero de 2021, se presenta escrito en nombre y representación de la empresa ATECH BPO, SLU, licitadora en dicho expediente, por el que se solicita acceso y copia del contenido de diversa documentación obrante en el expediente de contratación “a los efectos de valorar la presentación de recurso especial en materia de contratación cuando se produzca la resolución de adjudicación del contrato”. En concreto, la documentación de la que solicita vista y copia es la que a continuación se relaciona:

- 1) Sobre nº1 “Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos” presentada por la entidad SERVIFORM, SA.
- 2) Sobre nº2 “Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. (Criterios 1, 2, 3, 4, 5 y 6)” presentada por la entidad SERVIFORM, SA.
- 3) Sobre nº 3.- “Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática. (Criterios 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13)”, presentada por la entidad SERVIFORM, SA.
- 4) Informes completos de los técnicos de la unidad tramitadora de valoración del Sobre 2
- 5) Informes completos de la Mesa de valoración del Sobre 2.
- 6) Todos los informes o comunicaciones de la Mesa y los técnicos de la unidad tramitadora relativos a la licitación del presente expediente.
- 7) Documentación presentada por SERVIFORM, SA previa a la adjudicación, requerida por la Mesa en el acta de 11 de enero de 2020 de acuerdo a las cláusulas 10.4 del PCAP y Anexo I.

Mediante Resolución de fecha 12 de febrero de 2021, se efectúa por el órgano de contratación la clasificación de las proposiciones y la adjudicación del contrato, siendo objeto de publicación en la Plataforma de Contratación el día 13 de febrero.

Con fecha 17 de febrero de 2021, iniciado el plazo de interposición de recurso especial en materia de contratación (art. 50 LCSP), se presenta nuevo escrito, en nombre y representación de la empresa ATECH BPO, S.L.U., por el que reitera lo solicitado el 22 de enero, así como señala que de forma previa a la presentación de recurso especial en materia de contratación, y de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público solicita acceso y copia de:

- 1) Todos los informes, resoluciones, oficios, comunicaciones, y en general, toda la documentación preparatoria del expediente de Contratación.

- 2) Sobre nº1 "Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos" presentada por la entidad SERVIFORM, S.A.
- 3) Sobre nº2 "Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. (Criterios 1, 2, 3, 4, 5 y 6)" presentada por la entidad SERVIFORM, S.A.
- 4) Sobre nº 3.- "Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática. (Criterios 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13)", presentada por la entidad SERVIFORM, S.A.
- 5) Informes completos de los técnicos de la unidad tramitadora de valoración del Sobre 2
- 6) Informes completos de la Mesa de valoración del Sobre 2.
- 7) Todos los informes o comunicaciones de la Mesa y los técnicos de la unidad tramitadora relativas a la licitación del presente expediente

Con fecha 18 de febrero de 2020, a la vista del informe emitido por la Unidad Tramitadora del expediente, la Teniente de Alcalde Delegada de Igualdad, Educación, Participación Ciudadana y Coordinación de Distritos resuelve declarar la confidencialidad en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Declarar la confidencialidad de la documentación contenida en el sobre nº2 de las ofertas presentadas por los licitadores SERVIFORM, SA y ATECH BPO, SLU en el expediente de contratación del servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), expediente 2020/001183.

SEGUNDO.- Declarar la confidencialidad de la siguiente documentación presentada por la empresa SERVIFORM, SA con carácter previo a la adjudicación por poder concurrir intereses legítimos de la empresa y afectarse la competencia leal entre empresas y derechos de carácter personal de terceros:

- Acreditación de la solvencia técnica y económica: certificados de buena ejecución si bien sólo los emitidos por servicios prestados a sujetos privados no comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCSP.

- Precontrato suscrito con operador de telecomunicaciones debidamente registrado en la CMT.

- Acreditación documental de la disponibilidad de los medios personales: la relación de personas, sus títulos académicos, informes de vida laboral, certificados de idiomas, certificados de experiencia y diplomas de formación.

TERCERO.- Estimar la solicitud formulada por la empresa ATECH BPO, SL de acceso en lo relativo a la documentación contenida en el sobre nº3 (Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática) de la oferta presentada por la empresa SERVIFORM, SA.

En relación a la solicitud de acceso y copia de los informes completos de los técnicos de la unidad tramitadora de valoración del Sobre 2, informes completos de la Mesa de valoración del Sobre 2, todos los informes o comunicaciones de la Mesa y los técnicos de la unidad tramitadora relativas a la licitación del expediente de contratación, los informes emitidos por la unidad tramitadora así como las actas de las sesiones de la Mesa de contratación relativos al expediente, han sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público accesible a todos los licitadores

permitiendo el medio de la publicación la obtención de copia, por lo que dicho acceso y petición de copia debe entenderse que ya ha podido ser realizado por el solicitante.

En cuanto al resto de documentación solicitada, sin perjuicio de la declarada confidencial conforme al apartado primero de la presente Resolución, no queda acreditada por el solicitante la instrumentalidad respecto de la fundamentación del recurso especial en materia de contratación, así como tampoco queda justificado el carácter imprescindible de la obtención de copia para ejercer su derecho de defensa.

El 23 de febrero de 2020 comparecen en las dependencias del Servicio de Participación Ciudadana los representantes de ATECH BPO, S.L.U., para la vista de la documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática. (Criterios 5, 6, 7, 8, 9, 10), presentada por la entidad SERVINFORM, S.A.

TERCERO.- Con fecha 8 de marzo se recibe en el correo del Tribunal aviso de interposición de Recurso especial en materia de contratación, por la representación de la mercantil ATECH, contra la adjudicación del contrato. El escrito de interposición tiene entrada en el Registro General del ayuntamiento de Sevilla el día 8 de marzo.

Por parte del Tribunal se da traslado del recurso a la Unidad tramitadora, solicitando copia del expediente de contratación, e informe, de acuerdo con lo establecido en el art. 56 de la LCSP. Con fecha 12 de Marzo se recibe informe en relación con la cuestión relativa a la confidencialidad y el derecho de acceso. Con fecha 16 del mismo mes se completa la documentación y el informe remitido.

Con fecha 19 de marzo, se recibe escrito de KONECTA BTO, en el que se comunica la no intención de presentar alegaciones en relación al recurso especial interpuesto por ATECH. En la misma fecha, se reciben alegaciones remitidas por SERVINFORM, oponiéndose a los argumentos y pretensiones esgrimidos por la recurrente y defendiendo la adjudicación del Contrato a su favor.

Mediante Resolución número 13/2021 del Tribunal de 19 de marzo de 2021, se concedió a la recurrente un plazo de 5 días hábiles, a fin de que pudiera completar, en su caso, el recurso, efectuándose tal complemento mediante escrito presentado el día 26 de marzo de 2020.

De la ampliación del recurso se dio traslado al órgano de contratación que emitió nuevo informe en el que se ratifica en sus argumentaciones y concluye la desestimación del recurso.

Con fecha 30 de Marzo, se comunica al Tribunal la intención de no presentar alegaciones manifestada por Konecta BTO, S.L.U. En la misma fecha se recibe escrito de Alegaciones suscrito por la representación de SERVINFORM, S.A., en el que se reiteran en las alegaciones realizadas en el escrito de fecha 19 de marzo de 2021.

Procede, en consecuencia, la resolución del recurso planteado, reiterando las consideraciones que, en relación con algunos de los aspectos recurridos, se analizaron en la resolución por la que se concedió la ampliación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

Por lo que respecta a la **legitimación**, conforme al artículo 48 de la LCSP, las recurrentes se encuentran legitimadas.

En cuanto al **plazo de interposición**, de acuerdo con el art. 50 de la LCSP, se estima cumplido.

En relación al **ámbito objetivo**, hemos de analizar si han sido interpuestos contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que

concurrir las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta, básica y principalmente, como sigue:

.- La resolución de adjudicación "lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de ATECH BPO (arts. 39.1 LCSP y 47.1.a LPAC)", entendido que, "la Sociedad interpuso recurso contencioso-administrativo contra la referida Resolución del TARCAS (Resolución desestimatoria 44/2020) y, asimismo, solicitó la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la referida resolución, pese a lo cual, (...) El órgano de contratación continuó la tramitación de la segunda Licitación, incurriendo en graves irregularidades procedimentales. (...) A pesar de las advertencias expresas realizadas por esta parte ante el órgano de contratación acerca de la necesidad de que se abstuviera cautelarmente de realizar actos de ejecución tendentes a la continuación de la segunda Licitación del Servicio, el órgano de contratación ha continuado con la tramitación de la licitación, hasta su adjudicación"

.- Infracción del art. 151.2 LCSP, defendiendo que "la adjudicación del Contrato se ha producido sin ofrecer la información necesaria que permita interponer un recurso especial suficientemente fundado", habida cuenta de que no se han publicado todos los informes de valoración, habiéndose, además, denegado el acceso al expediente, con infracción de lo dispuesto en los artículos 52 y 133 de la LCSP.

Sobre la base de las anteriores argumentaciones, se solicita al Tribunal que:

.- Estime el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del Contrato a SERVIFORM.

.-Anule la resolución de adjudicación de 11 de febrero de 2021 por la que se adjudique el Contrato a SERVIFORM.

.- Subsidiariamente, acuda a las facultades previstas en el artículo 52.3 de la LCSP y conceda a la Sociedad acceso al expediente de contratación con carácter previo al trámite de alegaciones para que pueda completar el recurso.

En el escrito de ampliación, presentado el 26 de marzo, se reitera la alegación de infracción del art. 52.3, "el informe de 4 de enero de 2021 y las aclaraciones formuladas en 5 de enero", su relación con el de 7 de enero y la publicación extemporánea de ambos. Como nueva alegación, manifiesta la vulneración del art. 326.5 de la LCSP, "por cuanto la Jefa del Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, que participó en la redacción de la documentación técnica del expediente, ha suscrito, como "técnico competente", los informes de 4 y 7 de enero de 2021.", solicitando al Tribunal:

i Acuerde conceder a la Sociedad acceso al expediente de contratación completo, concediéndole un plazo de diez (10) días para que pueda completar su recurso especial en los términos del artículo 52.3 de la LCSP.

i (ii) Tenga por formuladas y valore las presentes Alegaciones para estimar el recurso especial en materia de contratación formulado contra la adjudicación del Contrato a SERVIFORM S.A.

i (iii) En consecuencia, anule la resolución de adjudicación de 11 de febrero de 2021 por la que se adjudica el Contrato a SERVIFORM S.A.

CUARTO.- Por lo que respecta a la continuación del procedimiento, al amparo de la Resolución 44/2020 de este Tribunal, "pese a la pendencia la resolución de la medida cautelar de suspensión de la Resolución del TARCAS interesada por la Sociedad ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ", hemos de recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.2 LCSP, la resolución del recurso especial será directamente ejecutiva, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse contra la misma.

Considera, sin embargo el recurrente que la Administración no debería dar ejecución material a la Resolución impugnada hasta tanto no recaiga resolución judicial sobre la petición de medida cautelar y ello porque en caso de ejecución, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que cita, se privaría a la recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva que comprende también el derecho a la tutela cautelar.

Como señalaba el Tribunal de recursos andaluz, (Resolución 144/2018), si bien es cierto que, a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, los tribunales de justicia han señalado en diversas ocasiones que, hallándose pendiente una contienda judicial y habiéndose deducido en ella solicitud de suspensión de la ejecución del acto recurrido sin que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado aún sobre tal solicitud, la Administración no puede proceder a la ejecución de sus actos, ello lo ha sido con relación a actos sancionadores o cuya ejecución podía ocasionar un perjuicio inmediato e irreversible, haciendo con ello inútil o estéril el ulterior pronunciamiento judicial sobre la medida cautelar interesada.

No obstante, como en aquél caso ocurriera, estas notas no son predicables de la resolución del recurso especial y en concreto, de la Resolución 44/2020 de este Tribunal por la que, tras la desestimación de los recursos 38 a 41, se procede a la continuación de la licitación, Expte. nº 2020/001183, y ello, por cuanto la nueva

resolución finalizadora del procedimiento de adjudicación que adoptara el órgano de contratación en cumplimiento de la citada Resolución siempre es susceptible de nuevo recurso especial, y, en su caso, de ulterior recurso contencioso-administrativo, no impidiéndose en modo alguno, por mucho que se procediera a su inmediata ejecución, el debido ejercicio de la función de control y revisión por la jurisdicción-contencioso administrativa. En el sentido expuesto, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 109/2012, de 9 de mayo).

Es más, como concluía el Tribunal andaluz, el criterio expuesto sobre inaplicación del efecto suspensivo a la resolución del recurso especial adoptada por los Órganos administrativos de recursos contractuales hasta la resolución del incidente cautelar planteado contra la misma en un procedimiento judicial, resultaba confirmado incluso *“a la luz del régimen transitorio que vino a disponer la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para las Comunidades Autónomas mientras las mismas no regulasen el órgano independiente de resolución de recursos contractuales -como al efecto venía a hacer la citada norma legal para la Administración General del Estado a través de la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- y continuara el órgano de contratación resolviendo el recurso especial contra los actos contractuales dictados en su ámbito.*

En tal sentido, la disposición transitoria segunda, apartado d) de la citada norma legal, bajo el título “Régimen supletorio para las Comunidades Autónomas”, señalaba que “Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.”, (previsión que recogió la D.T 7ª TRLCSP 3/2011)

Así pues, por disposición legal, operaba la suspensión de la ejecutividad de las resoluciones del recurso especial dictadas en el ámbito de las Comunidades Autónomas mientras, en dicho ámbito, siguiese resolviendo el recurso el órgano que hasta entonces venía haciéndolo, en lugar de hacerlo un órgano independiente en cumplimiento del mandato previsto en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, - comúnmente conocida como Directiva de recursos- modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, cuyo artículo 2.8 prevé, además, que los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

Quiere ello decir que, una vez constituido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, (...) la disposición transitoria mencionada de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dejó de ser aplicable, cobrando plena vigencia a partir de la puesta en funcionamiento de este Tribunal la regla general de ejecutividad de la resolución del recurso especial, y ello pese al eventual recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma y aun cuando el órgano judicial no haya decidido sobre la medida cautelar de suspensión, en su caso, solicitada.”

Al hecho de la creación y existencia de un órgano específico e independiente en el Ayuntamiento de Sevilla a tales fines, conforme al art. 46.4 de la LCSP, hemos de añadir que la actual Ley de Contratos no incorpora la previsión de la D.T. 7ª de la norma anterior, por lo que como conclusión de cuanto antecede, en el supuesto aquí

examinado no puede estimarse la alegación sobre la inexecución de la resolución 44/2020 de este Tribunal hasta la resolución firme del incidente cautelar de suspensión promovido en vía contencioso-administrativa.

El carácter ejecutivo que la LCSP confiere a las Resoluciones de los recursos especiales en materia de contratación supone, pues, que éstas despliegan su eficacia en todo caso, salvo que el órgano jurisdiccional competente, de conformidad con las previsiones sobre tutela cautelar contenidas en la LJCA, acuerde una medida de suspensión de efectos. No siendo el caso, la mera solicitud de adopción de medida cautelar ante el órgano jurisdiccional, no puede tener, *per se*, efectos suspensivos.

A mayor abundamiento, conviene destacar que, a la fecha de la presente Resolución, consta a este Tribunal el dictado por la Sala de AUTO denegatorio de la medida cautelar solicitada.

Así pues, siendo ejecutiva la Resolución, procede abordar si, a la vista de las actuaciones practicadas por el Servicio de Participación Ciudadana, se han producido o no las infracciones alegadas por la recurrente.

QUINTO.- Por lo que respecta a la denunciada infracción del art. 151.2 LCSP, defendiendo que “la adjudicación del Contrato se ha producido sin ofrecer la información necesaria que permita interponer un recurso especial suficientemente fundado”, habida cuenta de que no se han publicado todos los informes de valoración, hemos de traer a colación la reiterada doctrina sobre motivación (Tribunal Central 711/2018, 81/2018, 130/2018... Andalucía 238/2016, Madrid 41/2014, Sevilla 41/2019, 1/2020 o 13/2020), así como la distinción entre la motivación del acto y la motivación de la notificación del mismo (Central 1187/18, Sevilla 5/2013).

Como señalábamos en las Resoluciones 13/2020 y 4/2019, con alusión a la 5/2013, o 48/2019, en relación con *“La necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado. Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.*

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro

anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.(en este sentido, entre otras, se pronuncian las Resoluciones nº 16/2012 y 48/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el Acuerdo 2/2012, de 16 enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

El cumplimiento del deber de motivación que a la Administración corresponde exige la puesta en conocimiento de los interesados de aquella información que les permita ejercitar con garantía sus derechos de defensa, de ahí la necesidad de que si tal información no se deriva del propio acuerdo de adjudicación, se acompañe la notificación de éste de todos aquéllos informes que le sirven de fundamento, y que constituyen, como ya se ha dicho y viene siendo aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, su motivación "in aliunde".

Ahora bien, resulta necesario efectuar la oportuna distinción entre la motivación de la adjudicación, propiamente dicha, y la motivación de la notificación de aquella.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

"30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato."

La cuestión que se plantea es de vital importancia en materia de contratación pública puesto que de la motivación de los criterios de adjudicación depende el control que posteriormente pueden efectuar los tribunales y proporciona información a los licitadores sobre los criterios que han motivado la adjudicación de la administración, cumpliendo así los principios de transparencia y evitando actuaciones arbitrarias de la administración. La motivación se vuelve trascendental y como señala la STS de 13 de julio de 1984: «lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *sit pro ratione voluntas*, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte». En este sentido se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, Informe 1/2011, de 12 de enero, señalando que en la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación.

En esta línea de distinción entre motivación del acto y d motivación de la notificación, se manifestaba el Tribunal Central, Resolución 1187/18, señalando que *“ Por lo que se refiere a la motivación de la notificación y el acto de adjudicación, ya hemos señalado reiteradamente (por todas Resolución 239/2011), que la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de modo que la falta de motivación de la notificación es por completo diferente de la motivación del acto notificado, de manera que éste puede estar suficiente y adecuadamente motivado sin estarlo su notificación.”*

En el caso que nos ocupa, como ocurriera en el examinado en la citada Resolución 5/2013, las razones determinantes de la decisión adoptada por el órgano de contratación en orden a determinar el adjudicatario del contrato, aparecen reflejadas en la documentación incorporada al expediente. Así, en los informes de valoración técnica de aparecen debidamente reflejados los criterios objeto de valoración, los aspectos de las ofertas valorados en cada uno y la puntuación atribuida a los mismos. Estos informes aceptados por la Mesa de contratación sirven para considerar suficientemente motivado el acto de adjudicación.

No obstante, en cuanto a la notificación de la adjudicación practicada, se constata que, efectivamente, no consta en la Plataforma, a la fecha de interposición del recurso, la publicación de dos informes:

- el de 4 de enero, si bien aparece publicado el de fecha 7 de enero, que según consta en el expediente, refunde el de 4 de enero, siendo el último el que de hecho sirve de fundamento a la propuesta de clasificación y adjudicación efectuada por la Mesa, y al propio acuerdo adoptado por el órgano de contratación.

- el relativo al criterio “Solución Técnica”

En consecuencia ha de concluirse que aun figurando en el expediente unas actuaciones de valoración suficientemente motivadas que fueron soporte de la decisión adoptada y constando que la publicación y notificación practicada no recogía la información que preceptivamente debe contener conforme a la LCSP, aquella notificación no resulta conforme con lo dispuesto en dicho texto legal, en lo que al criterio “Solución Técnica” se refiere.

Ahora bien, la notificación es un acto distinto del acto notificado que actúa como condición de eficacia de aquél. De la documentación incorporada al expediente no se deriva que el acto de adjudicación esté insuficientemente motivado, por lo que, si bien la notificación del mismo ha sido realizada incorrectamente, no concurre causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación.

Tampoco se aprecia que concurra falta de motivación en los informes de valoración de las ofertas, por lo que, conforme al *petitum* del recurso, procedería la remisión al recurrente de los informes omitidos, los cuales, no obstante, constan ya publicados, con fecha 9 y 11 de marzo, respectivamente, por lo que no se estimó el acceso a los mismos en sede del Tribunal, aunque sí, dada la posibilidad de ampliación del recurso en relación con dicho criterio, cuya valoración motivada es conocida con posterioridad, el recurrente ha tenido oportunidad de alegar frente a los mismos, no haciendo, sin embargo alusión alguna al respecto en el complemento al recurso presentado.

SEXTO.- En cuanto a la denegación del acceso al expediente, con infracción de lo dispuesto en los artículos 52 y 133 de la LCSP, y consiguiente plazo adicional para completar alegaciones, el artículo 52 de la LCSP, garantiza, como hemos tenido ocasión de reseñar en diversas Resoluciones (Véase la Resolución 15/2020 021/2020, por citar las más recientes), el acceso al expediente con el objeto de que los licitadores puedan en su caso, interponer el recurso especial en materia de contratación con todos los elementos de juicio necesarios para la defensa de sus intereses, con el límite de la declaración de confidencialidad prevista en la propia LCSP.

La cuestión se reguló, asimismo en los artículos 16 y 29.3, del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Conforme a lo dispuesto en la normativa de referencia, el presupuesto previo para el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal es que, solicitado aquél en el momento procedimental oportuno al órgano de contratación, se le hubiera denegado injustificadamente, (en este sentido se manifiestan los Tribunales de MADRID 300/2018, ANDALUCÍA 212/18 o CASTILLA Y LEON 75/18) y sin que ello paralice en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

Se prevé así en el art. 52, el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal con posterioridad a la adjudicación, que es el acto impugnado, y dentro del plazo de interposición del recurso especial, circunstancias éstas que no concurren en el caso del acceso solicitado el 22 de enero. Sí entraría en las previsiones del art. 52 el solicitado con fecha 17 de febrero, si bien, no concurre denegación de acceso injustificada por el órgano de contratación, constatándose que la empresa ha podido examinar el expediente con excepción de la documentación que ha sido declarada confidencial.

El órgano de contratación no ha denegado el acceso al expediente a la empresa recurrente, sino que, por el contrario, tal acceso se ha producido, si bien, se han omitido del examen del expediente aquellos documentos de la oferta que las empresas calificaron de confidenciales, y tras su análisis y justificación, fueron declarados como tales en la Resolución de fecha 18 de febrero de 2020, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento 814/2015 y 52 de la LCSP (En esta línea, Resoluciones 654/2019 del Tribunal Central y Resolución 320/2020 del Tribunal de Andalucía).

No concurriendo pues el presupuesto previo y determinante para el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal, debe por ello denegarse la solicitud de acceso en la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación. Cuestión distinta es la relativa a si la confidencialidad debe extenderse o no a los documentos que se indican, (Resolución 654/2019 del TACRC y Resolución 75/2018 del Tribunal de Castilla León)

A mayor abundamiento, y como señalaba el Tribunal andaluz en la Resolución 320/2020, *“Cuestión distinta es que ORANGE no esté conforme con la vista facilitada por el órgano de contratación ni con el acuerdo sobre confidencialidad de dicho*

órgano de 27 de febrero de 2020, pero lo que es incuestionable y consta en el citado acuerdo es que la confidencialidad no alcanzó finalmente a la totalidad de la oferta y que el órgano de contratación -en contra de lo señalado en el recurso- sí analizó la documentación señalada por VODAFONE como confidencial y la justificación esgrimida por dicha entidad para, previo el informe oportuno del servicio correspondiente, determinar el alcance de la confidencialidad de su oferta y acordar el acceso respecto al resto. Tales extremos obran en el reiterado acuerdo de 27 de febrero que no ha sido expresamente combatido ni puede ser objeto de examen por este Tribunal quien, a la vista del recurso interpuesto, tan solo ha de analizar si se cumplen los postulados del artículo 52 de la LCSP para dar vista en sus oficinas”, también en el caso allí examinado, “ La propia recurrente declaró también confidencial toda su proposición técnica y el órgano de contratación actuó respecto a ella en los mismos términos que lo hizo con la de VODAFONE; (...). Por tanto, ORANGE no puede esgrimir vulneración de su derecho de acceso con base en la extensión de la confidencialidad declarada por VODAFONE, cuando su proceder ha sido el mismo y con él habría impedido igualmente el acceso que ahora invoca como infringido.”

En su Resolución 1413/2019, destacaba el Tribunal Central que *“Es necesario aclarar con carácter previo que tal acto (acto del órgano de contratación por el que éste declara confidenciales determinados documentos), ajeno y posterior al procedimiento de licitación no es por sí susceptible de impugnación, pues ni anticipa ni integra el acto de adjudicación que es el verdadero objeto del recurso.*

Así el examen de la validez de los actos del órgano de contratación no es parte del recurso especial en materia de contratación, sino un trámite previo al examen de la motivación de aquel, pues dicho acto solo tiene incidencia en el recurso si tal restricción pone en evidencia la imposibilidad por dicha causa de interponer el recurso con expectativas de éxito, porque el recurrente no dispone de los elementos de juicio mínimos y necesarios para ello.

Es por ello que el artículo 52 de la LCSP establece la obligación de dar acceso al expediente al interesado con carácter previo a la interposición del recurso, o incluso ya interpuesto éste si así lo solicita el recurrente, puesta de manifiesto que es obligatorio de “sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley”.

Considera el recurrente que “el órgano de contratación no ha puesto a disposición de los licitadores toda la documentación relativa a la valoración de las ofertas, lo que impide a esta parte conocer toda la información necesaria para interponer recurso especial “suficientemente motivado”. Según relata “ATECH BPO no ha tenido acceso a la documentación que ha determinado la adjudicación del Servicio a SERVIFORM. Vulneración de los art. 52 y 133 LCSP y de la doctrina contractual que interpreta el derecho de acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. Indefensión.

En primer lugar, en su resolución de 18 de febrero de 2021, el órgano de contratación ha declarado, motu proprio, la confidencialidad de determinada documentación presentada por SERVIFORM sin que conste, en ningún caso, que dicha entidad hubiera declarado previamente esta como confidencial (vid. DOC. 20). Concretamente, el órgano de contratación, al considerar que podían “concurrir intereses legítimos de la empresa y afectarse la competencia leal entre empresas y derechos de carácter personal de terceros” declaró confidencial la siguiente

documentación: "certificados de buena ejecución"; "precontrato suscrito con operador de telecomunicaciones debidamente registrado en la CMT"; y "Acreditación documental de la disponibilidad de los medios personales".

Con esta declaración, el órgano de contratación está impidiendo a este licitador comprobar si la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos presentada por el adjudicatario se ajusta a las disposiciones del PCAP y dicho impedimento se ha realizado en detrimento de otras decisiones que hubieran permitido modular la denegación del acceso al expediente y la confidencialidad, tales como: la anonimización de datos, la puesta a disposición de la información pero sin obtención de copias, etc.

La decisión del órgano de contratación es contraria a Derecho en la medida en que no consta que SERVIFORM hubiera declarado la misma como confidencial ni que, a raíz de la solicitud de acceso formulada por ATECH BPO, el órgano de contratación le hubiera consultado tal extremo a SERVIFORM".

En el escrito de ampliación, se reitera la citada vulneración del art. 52, solicitando nuevamente el acceso al expediente y nuevo plazo para completar el recurso.

El órgano de contratación, por su parte, reitera en el informe al recurso y en el emitido en relación con la ampliación de éste, las consideraciones que sobre este particular fueron realizadas en el informe de 18 de febrero de 2020, que destacaba el carácter meramente instrumental del derecho de acceso previsto en el art. 52, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación, no siendo imprescindible dar vista más en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso, trayendo a colación las Resoluciones del Central números 741/2018, 616/2019, 166/2019, 144/2020 o 656/2020 y la doctrina sobre el asunto mantenida por el citado Tribunal, aplicando la cual, desestima la solicitud de acceso argumentando el no acceso a algunos de los documentos y concretando el acceso a otros, como sigue:

"En cuanto a la documentación contenida en el Sobre nº1 (Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos) presentada por la entidad SERVIFORM, SA, consta de declaraciones emitidas por esta empresa, cuya calificación ya fue realizada por la Mesa de Contratación en sesión de 18 de diciembre de 2020, admitiéndola a la licitación, no acreditándose la causa por la se precisa dicho acceso (y copia) para fundar su recurso en relación con la motivación de la adjudicación acordada. Como señala la Resolución nº 316/2017 "Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución nº 248/2015 el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello, añadimos ahora, como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho de acceso, necesidad que en este caso no ha sido alegada ni cabe deducir de las demás circunstancias que resultan del expediente".

Al respecto de la documentación contenida en el sobre nº 3 (Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática. Criterios 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13), presentada por la entidad SERVIFORM, SA, el resultado de las ofertas realizadas por los licitadores ha sido objeto de publicación por medio de la publicación de la rectificación del acta de la Mesa de Contratación del 8 de enero de 2021, publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2 de febrero de 2021, en la que se refleja la transcripción de

los datos correspondientes a la apertura del Sobre nº3 y de las magnitudes ofertadas por cada empresa en relación a cada uno de los criterios, por lo que dicha información es de público conocimiento para los licitadores, no obstante lo cual, no teniendo carácter confidencial y constituir una de las bases que han determinado la adjudicación del contrato, procedería el acceso a dicha documentación.

Sobre la solicitud de acceso y copia de “todos los informes, resoluciones, oficios, comunicaciones, y en general, toda la documentación preparatoria del expediente de contratación”, los informes de los técnicos de la unidad tramitadora de valoración del Sobre 2, informes completos de la Mesa de valoración del Sobre 2, todos los informes o comunicaciones de la Mesa y los técnicos de la unidad tramitadora relativas a la licitación del presente expediente. Por una parte, los informes emitidos por la unidad tramitadora así como las actas de las sesiones de la Mesa de contratación relativos al expediente y las resoluciones, tanto de inicio como de aprobación del expediente y de adjudicación, que permiten conocer los motivos que llevan a la adjudicación del contrato a favor de la empresa SERVIFORM, SA, han sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público accesible a todos los licitadores, por lo que dicho acceso debe entenderse que ya ha podido ser realizado por el solicitante permitiendo incluso el medio de la publicación la obtención de copia.

El resto de documentación solicitada “informes, resoluciones, oficios, comunicaciones, y en general, toda la documentación preparatoria del expediente de contratación” no se identifica de manera concreta ni se justifica que es necesario para la articulación de su defensa, debiendo reiterarse aquí la publicación de todos los informes, actas de la Mesa de Contratación y Resoluciones que han servido de fundamento a la adjudicación del contrato.

TRES. En cuanto a la solicitud de acceso y copia del Sobre nº2 (Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Criterios 1, 2, 3, 4, 5 y 6) presentada por la entidad SERVIFORM, SA. Hay que plantear la relación entre la obligación del órgano de contratación de poner de manifiesto el expediente para la preparación del recurso especial con los límites de confidencialidad establecidos en la propia Ley. Así, el art. 133 de la LCSP dispone que los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Las empresas SERVIFORM, SA y ATECH BPO, SL han designado la confidencialidad de la documentación contenida en el Sobre nº2 presentado por cada una de ellas. En el apartado 7 del Anexo I de los PCAP que rigen la licitación, se indican los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor y que se corresponden con la documentación a incluir en el Sobre nº2, que en resumen son criterio 1 “Funcionalidades”; criterio 2 “Solución técnica”; criterio 3 “Medición y control”; Plan de Contingencia (criterio 4) Modelo de gestión del servicio (criterio 5) y Propuesta de optimización del servicio (criterio 6). La elaboración de tales propuestas pueden entenderse como una identificación expresa de metodologías y/o estrategias propias respecto de los elementos a valorar, cuya definición por parte de los empresarios va a ser determinante de sus posibles ventajas competitivas y técnicas en relación con la ejecución del servicio.

La naturaleza de la información contenida en la documentación descrita puede ser determinante del hecho de que su puesta de manifiesto a otros licitadores supusiera un quebranto de esa labor propia de cada licitador, ya que implican una labor intelectual y de tipo organizativa, de índole técnica y metodologías que son propias del empresario que las elabora, pudiendo encontrarnos en el supuesto contemplado en el párrafo primero in fine del art. 133.1 LCSP.

A este respecto la Resolución nº 196/2016 del TACRC, dictada en el recurso 114/2016, señala lo siguiente: “La doctrina considera información confidencial a los efectos que venimos enjuiciando aquella que afecte a secretos técnicos o comerciales, como por ejemplo la documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber (...).

También es confidencial aquella información que afecta a aspectos confidenciales, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o la competencia leal entre empresas, como los secretos técnicos o comerciales, las propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias (Acuerdo TACP Aragón 10/2015).” Asimismo refiere que “cabe recordar que la jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como 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. La confidencialidad deriva de la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, de modo que, como señala el acuerdo del TACP Madrid 106/2015 los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada por los licitadores son los siguientes:

- 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 y
- d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia.”

Entendiéndose que la documentación aportada por las empresas licitadoras en el Sobre nº2 puedan estar incluidas en el supuesto de hecho descrito por la jurisprudencia como ha quedado expresado, y que la declaración de confidencialidad no alcanza a la totalidad de la oferta presentada, tal y como exige la LCSP en su art. 133.1, pudiendo considerarse que aquella documentación es manifestación de los conocimientos adquiridos y propios del empresario, determina que, ante una eventual contraposición entre el derecho de acceso a la documentación y la confidencialidad de las propuestas técnicas de las empresas, a la vista de todo lo expuesto, en aplicación del artículo 133 de la LCSP, procedería que por el órgano de contratación fuera declarado el carácter confidencial de la documentación arriba relacionada de las empresas indicadas, procediendo en consecuencia la denegación del acceso a la contenida en el Sobre nº2 de la oferta presentada por SERVIFORM, SA por parte de ATECH BPO, SLU.

Debe reseñarse nuevamente la Resolución nº 741/2018 del TACRC cuando señala que “Según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses.”

CUATRO. Finalmente, la empresa ATECH BPO, SLU solicita la documentación presentada por SERVIFORM, SA previa a la adjudicación, requerida por la Mesa en el acta de 11 de enero de 2020 de acuerdo a las cláusulas 10.4 del PCAP y Anexo I. La empresa SERVIFORM, SA, junto con la documentación requerida ha presentado escrito por el que “viene a designar como confidencial la siguiente documentación, que se identifica atendiendo a los epígrafes de la documentación requerida mediante oficio de 11 de enero de 2021:

- En relación con el epígrafe nº 3 “Acreditación de la solvencia técnica y económica” designamos confidencial los certificados de buena ejecución, que se aportaron en fecha 18 de enero de 2021.
- En relación con el epígrafe nº 8 “Precontrato suscrito con un operador de telecomunicaciones

debidamente registrado en la CMT”, designamos como confidencial el Precontrato con MASVOZ y el Registro de MASVOZ en la CMT, que se aportaron en fecha 27 de enero de 2021.

- En relación con el epígrafe nº 9 “Acreditación documental de que dispone de los medios personales”, designamos como confidencial la relación de personas, los títulos académicos, los informes de vida laboral, los certificados de idiomas, los certificados de experiencia, los diplomas de formación y los carnés de conducir, que se aportaron en fecha 27 de enero de 2021.

- En relación con el epígrafe nº 10 “Cronograma plan de formación continua de 70 horas” designamos como confidencial la planificación de cursos y criterios, que se aportaron en fecha 27 de enero de 2021.

En materia de la confidencialidad que pueda afectar a este tipo de documentación, la jurisprudencia se ha manifestado en diversas ocasiones: así el TACRC en Resolución 403/2020 señaló que “la tercera cuestión que contiene el recurso es que la declaración de confidencialidad abarca una documentación que no puede ser declarada como tal, porque es imprescindible para conocer la solvencia del adjudicatario, con cita de la resolución de este tribunal recaída en Resolución 916/2015. Sin embargo, el criterio seguido en dicha resolución avala la restricción en el acceso en supuestos como el presente. En primer lugar, se indica que la confidencialidad, con carácter general, no puede afectar a la solvencia, y, singularmente, a la relación de trabajos tomados en consideración. Esta afirmación se matiza, en segundo lugar, mediante la distinción entre clientes públicos y clientes privados. La confidencialidad no podría abarcar los suministros prestados a los sujetos públicos. La única duda podría suscitarse respecto de los servicios prestados a particulares, pues los datos sobre la clientela, en determinadas circunstancias, se han entendido comprendida en el secreto de empresa (cfr.: Auto TJCE de 30 de marzo de 1982 –C-236/81-).”

Asimismo el TACRC señala en su Resolución 916/2015 que “La declaración de confidencialidad (...) no vincula al órgano de contratación, que debe comprobar si los extremos que los empresarios han señalado como tales merecen dicha calificación (cfr.: Resoluciones 516/2015, 46/2015, 710/2014) y, al mismo tiempo, asegurar el equilibrio entre los intereses en conflicto, esto es, entre el derecho al secreto de la información comercial o técnica relevante y el derecho a la defensa de los competidores que no han resultado adjudicatarios (cfr.: Resoluciones 131/2015, 119/2015, 863/2014, 710/2014, 45/2013). Los principios expuestos son proclamados en la Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 14 de febrero de 2008 (asunto C-450/06): “51 De lo anterior se desprende que, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trata que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. 52 El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, Mobistar, C-438/04, Rec. p. I-6675, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo. 53 Para ello, el organismo responsable de los procedimientos de recurso debe poder disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales (véase, por analogía, la sentencia Mobistar, antes citada, apartado 40).54 Habida cuenta del perjuicio extremadamente grave que podría resultar de la comunicación irregular de determinada información a un competidor, el referido organismo debe, antes de comunicar

dicha información a una de las partes litigantes, dar al operador económico de que se trate la posibilidad de alegar el carácter confidencial o de secreto comercial de aquélla (véase, por analogía, la sentencia AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, antes citada, apartado 29).”

Consecuentemente, cabría declarar la confidencialidad de los certificados de buena ejecución si bien sólo los emitidos por servicios prestados a sujetos privados no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCSP, así como por similares razones el precontrato suscrito con un operador de telecomunicaciones debidamente registrado en la CMT por tratarse de un contrato del licitador con un tercero dentro de sus relaciones comerciales. En este sentido la empresa SERVIFORM, SA justifica la confidencialidad por afectar a la estructura y organización de una empresa y su gestión financiera y a sus relaciones con proveedores y, en definitiva, su know-how, fruto de su experiencia, tratándose de información cuya divulgación a los competidores supondría un grave quebranto y pérdida de valor para la empresa en cuestión, en términos de competencia y ventajas competitivas La empresa SERVIFORM, SA declara la confidencialidad de la acreditación documental de que dispone de los medios personales, designando como confidencial la relación de personas, los títulos académicos, los informes de vida laboral, los certificados de idiomas, los certificados de experiencia, los diplomas de formación y los carnés de conducir, que se aportaron en fecha 27 de enero de 2021 por aplicación de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Efectivamente, la documentación aportada en relación a los medios personales contiene información relativa a datos de carácter personal de terceras personas cuyo conocimiento es preciso por la Administración en el marco de la tramitación del procedimiento de contratación, pero su puesta de manifiesto a terceros podría vulnerar la protección de tales datos al estar esos terceros identificados en la documentación aportada por SERVIFORM, SA, por lo que procedería la declaración de su confidencialidad.

Por último en cuanto a la declaración de confidencialidad del cronograma de la formación no puede entenderse que este documento reúna las características que permitan atribuirle tal condición por ser la plasmación en un cuadro de lo exigido por los pliegos de prescripciones técnicas ni contener información que pueda comprometer secretos comerciales o la competitividad de la empresa.

Finalmente en cuanto al acceso y copia del resto de documentación presentada por la empresa SERVIFORM, SA con carácter previo a la adjudicación del contrato, tampoco se concreta por la empresa ATECH BPO, SLU su relación con la eventual impugnación de la adjudicación del contrato, reproduciéndose aquí los argumentos señalados en el apartado UNO de este informe en relación con la documentación contenida en el Sobre nº1 de la empresa adjudicataria.”

A la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, como señalábamos en la Resolución 13/2021, hemos de partir en nuestro análisis de las previsiones legales al respecto. En este sentido, y conforme a lo dispuesto en el artículo 133.1 de la LCSP :

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores. El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios

dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

Sobre la aplicación del precepto, se han pronunciado los diversos órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, como de hecho ha puesto de manifiesto el recurrente, con cita de diversas resoluciones al respecto. Del análisis de la doctrina forjada al efecto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales (Resol. 461/2019, 654/2019, 68/2016 del TACRC, y tal declaración debe ser sobre aspectos concretos, no sobre la totalidad de una proposición (Resolución del Tribunal Central 15/2016, de 3 de marzo, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 183/2015 y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 39/2015)

- 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”. 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.”(Central, resolución nº 196/2016, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 106/2015)

- 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.(Central 166/2019)

- del artículo 133.1, que viene a reproducir el artículo 21.1 de la Directiva 2014/24/UE, como antes lo hiciera el artículo 140.1 TRLCSP respecto del artículo 6 de la Directiva 2004/18/CE, se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar

reserva y, por lo tanto, 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, como por lo demás ya recoge expresamente la LCSP (Central 1413/19). 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 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno, y ello porque si la obligación de reserva se establece en salvaguardia de intereses particulares (el secreto técnico o comercial), sólo cuando el titular de los mismos reclama su protección por medio de la cláusula de confidencialidad, cabe que el órgano de contratación la acuerde.

- para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores en favor del deber de confidencialidad, es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial. (Resolución Central nº 58/2018 de 19 de enero).

-en todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018 y 166/2019).

- en el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado y es el órgano de contratación quien debe analizar y resolver motivadamente qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales (Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón)

- en aras de la necesaria transparencia y para evitar indefensión, debe prevalecer la posibilidad de comprobar si se cumple con lo preceptuado por el pliego, ya que siempre es posible una disociación o método de anonimización que impida la identificación de las personas físicas afectadas, conforme al artículo 15 de la propia Ley de Transparencia 19/2013.

- el acto del órgano de contratación por el que éste declara confidenciales determinados documentos, o parte de los mismos, es, ajeno y posterior al procedimiento de licitación, y no es *per se*, susceptible de impugnación, pues ni anticipa ni integra el acto de adjudicación que es el verdadero objeto del recurso. El examen de la validez de los actos del órgano de contratación no es parte del recurso especial en materia de contratación, sino un trámite previo al examen de la motivación de aquel, pues dicho acto solo tiene incidencia en el recurso si tal restricción pone en evidencia la imposibilidad por dicha causa de interponer el recurso con expectativas de éxito, porque el recurrente no dispone de los elementos de juicio mínimos y necesarios para ello. (Central 1413/19, AND. 320/20)

- el derecho de acceso del artículo 52 de la LCSP no justifica un acceso general y absoluto, debiendo estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho

acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos en la actuación del órgano de contratación, sin plantear principio alguno de prueba de que pueda haber sido realizada de modo incorrecto. El interés legítimo en el acceso exige un presupuesto lícito y razonable para su ejercicio, no pudiendo pretenderse el acceso solo para hacer comprobaciones sin que del relato de los antecedentes resulte indicio alguno que abone la existencia de una posible irregularidad que pudiera justificar sacrificar el interés del ofertante en el secreto de los datos de su oferta.” (Central 498/2016 y 710/2016, Andalucía 329/2016, 118/201, OARK 50/2019)

En las propias Resoluciones a que hace referencia el recurrente, se establece que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, debiendo éste analizar y resolver qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales.

Como señala el Informe 15/2012 citado, el carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores, debiendo tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

Los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación vienen señalando, como criterios generales que no son confidenciales la oferta económica (la apertura es pública), los certificados de cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social y, en general, los informes que ya consten en registros de acceso público (Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 710/2016).

Por el contrario, son confidenciales, como regla general, las informaciones no accesibles al público y los datos empresariales que afecten a los intereses legítimos y a la competencia desleal (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 10/2015); el listado de clientes de los servicios prestados a particulares; los listados de trabajadores; la titulación académica y experiencia profesional protegida por la normativa de protección de datos personales (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 21 de septiembre de 2016, Asunto Secolux, T-363-14 y, entre otros, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 81/2005, salvo que haya disociación de datos, o la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 196/2016), salvo que sea necesario en el supuesto de subrogación laboral.

En el caso objeto de análisis en la Resolución 654/2019 del Tribunal Central, no se encontró en el expediente decisión en la que el órgano de contratación haya motivado por qué deba otorgarse a tales documentos el carácter de confidenciales, denegando con ello su examen. Tampoco la notificación del acuerdo, *“solo aparece una mención en el acta nº 21 de 22 de mayo de 2019, donde se limita a recoger que la Junta de Contratación deniega el acceso a los documentos, mas sin formular análisis alguno en los términos que exige la doctrina de este Tribunal antes citada. Ahora bien, habiendo*

concluido que se ha producido una situación de indefensión derivada de una denegación de acceso a determinados documentos, inmotivada y no ajustada a Derecho, esto es, una infracción del ordenamiento jurídico”, aun así , el Tribunal se plantea si dicha la infracción debe o no anular el acuerdo de adjudicación, esto es, si estamos ante una indefensión material o meramente formal y no invalidante, concluyendo que “ la denegación indebida del acceso a un documento del expediente no constituye causa suficiente para anular un acto ajeno a dicha denegación, aunque esté relacionado con el mismo. La denegación, al fin y al cabo, es posterior al acuerdo de adjudicación y no influye en la toma de decisión y formación de voluntad del órgano de contratación al dictar el acto impugnado. Por otro lado, también se ha de tomar en consideración la presunción de validez de los actos administrativos, la intrascendencia de las irregularidades formales no invalidantes, así como los principios de conservación y los límites a la extensión de la nulidad que se recogen en los artículos 39.1, 48, 49 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Principios que impedirían anular un acto por el solo motivo que lo sea otro dictado, en el mismo expediente, con posterioridad a la fecha en la que se dictó el primero, y que, aunque guarden relación, ambos actos sean autónomos o independientes uno de otro. Es preciso examinar también, de acuerdo con lo expuesto, si los motivos de impugnación alegados en el recurso, que se pretenden fundar en los documentos a los que se ha denegado el acceso, constituyen un motivo para acordar la nulidad del acuerdo de adjudicación, tal y como es solicitado en el suplico del recurso. Así, señala la recurrente que una de las empresas que se constituye en la UTE adjudicataria, en concreto SERBATIC, no cumple con lo previsto en los Pliegos para el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y gestión medioambiental. Existirían indicios que así lo avalan (...)

En la Resolución 166/2019, el tribunal Central concluyó que “a la vista de la decisión adoptada por el órgano de contratación es posible concluir que éste actuó dentro de los márgenes establecidos. Efectivamente, la declaración de confidencialidad no alcanza a toda la oferta, sino únicamente a la parte relativa a la oferta técnica. (...). Por otra parte, como se ha dicho, el derecho de acceso al expediente es un derecho instrumental al de tutela judicial efectiva y por tanto el ejercicio de aquél solo puede entenderse conectado a éste. En el presente caso, el informe de valoración de las ofertas era más que suficiente para conocer los motivos y razonamientos que han llevado al órgano de contratación a asignar los puntos entre los licitadores, por más que dicha asignación no resulte concurrente con la que considera admisible el ahora recurrente, sin que por éste se haya señalado qué concretos aspectos de dicha documentación habría sido necesario examinar para poder formular el recurso. Además, debe señalarse que el mismo recurrente declaró también confidencial la totalidad de su oferta, supuesto similar al ya examinado en la resolución de este Tribunal 927/2018 a cuyo contenido debemos remitirnos: “la recurrente ha hecho lo mismo, por lo que no puede pretender que constituya infracción legal lo que el mismo ha hecho, así como que la información puesta a disposición de la entidad reclamante en la notificación de la adjudicación en la que se incorpora la totalidad del informe técnico de valoración y la extensión del informe que este Tribunal ha podido comprobar en el que se detallan cada uno de los criterios objeto de valoración en cada una de las ofertas, es suficiente para concluir que no se ha producido a la empresa recurrente indefensión; si bien denuncia las limitaciones impuestas por la entidad contratante para acceder en su integridad al expediente, no concreta aquellos aspectos de la información denegada que pudieran haberle impedido la formulación una

reclamación eficaz y útil. En conclusión, la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente. Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de impugnación.”

En el caso que nos ocupa, observamos que:

1º.- La empresa adjudicataria, en contra de lo alegado por la recurrente, ha solicitado la declaración de confidencialidad, consignado las razones por las que efectúa su petición, la cual, como ocurría en el supuesto analizado en la Resolución 166/2019 por el Tribunal Central, no alcanza a toda la oferta.

2º.- El propio recurrente, declara la confidencialidad de su Sobre nº 2.

3º.- Se ha efectuado por el órgano de Contratación, según consta en los informes emitidos, un examen de la documentación presentada por las empresas, las partes que han señalado como confidenciales y la justificación y argumentos que esgrimen para ello, concluyéndose con la adopción del correspondiente acuerdo al efecto, no pudiendo entenderse que el órgano de contratación haya hecho dejación de sus funciones, constando en el expediente que existe un acuerdo al respecto, adoptado, previo análisis por los técnicos de la documentación presentada y motivado en el informe emitido por éstos, constando en el expediente, Diligencia de personación de representantes de la recurrente en las dependencias del Servicio de Participación Ciudadana, firmada por éstos y en la que se hace constar su acceso al expediente de Contratación, con fecha 23 de febrero.

4º.- el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente, sin que en el recurso se plantee oposición alguna a la valoración contenida en el informe de 7 de enero.

En la Plataforma de Contratación, consta a fecha de hoy la publicación tanto de las Actas de la Mesa de Contratación, como de los Informes de valoración de las ofertas, pudiendo concluirse, que el órgano de Contratación actuó dentro de los márgenes establecidos, teniendo en cuenta, además, el carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso.

Considera este Tribunal que los informes de valoración de las ofertas son suficientes para conocer los motivos y razonamientos que han llevado al órgano de contratación a asignar los puntos entre los licitadores, sin que por éste se haya señalado qué concretos aspectos de dicha documentación habría sido necesario examinar para poder formular el recurso. Además, reiteramos, en cuanto a la oferta Técnica (Sobre 2), que el mismo recurrente declaró también confidencial gran parte de su oferta, por lo que se concluye que *“ la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y*

claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente. Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de impugnación.” (Resoluciones Central 166/2019 y 927/2018).

En efecto, en los Informes técnico de valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor (Sobres 2) , de los que ya dispone la recurrente y que sirven de fundamento y motivación a la propuesta de la Mesa y a la adjudicación efectuada por el Órgano de Contratación, contienen el detalle de la valoración, y se estiman razonados y acordes con los parámetros de discrecionalidad técnica, consignándose en el mismo motivación que se considera suficiente para conocer las razones y argumentos determinantes de la puntuación otorgada, permitiendo formular recurso , sin embargo el recurrente no cuestiona la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor por presunto desconocimiento de la oferta, debido a la confidencialidad, si bien, lo cierto es que el Informe técnico de valoración expresa la motivación y razones determinantes de la puntuación obtenida.

A la vista de lo expuesto, y en relación a en qué medida la denegación de acceso tiene incidencia en el recurso y si tal restricción pone en evidencia la imposibilidad por dicha causa de interponer el recurso con expectativas de éxito, porque el recurrente no disponga de los elementos de juicio mínimos y necesarios para ello, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y el necesario equilibrio entre los principios de transparencia y confidencialidad, este Tribunal concluye en relación al acceso a los distintos documentos, que, debiendo ampararse el derecho de acceso en un interés legítimo que exige un indicio o presupuesto lícito y razonable de incorrección o falta de ajuste a la legalidad de la actuación de la Administración, a quien corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos previos y, sólo tras ello, efectuar la adjudicación, no pudiendo el acceso del art. 52 obedecer, a un mero deseo de búsqueda de defectos en la actuación del órgano de contratación, y no quedando concretado ni argumentado en el recurso dicho interés en relación a los documentos a los que no se ha accedido, disponiendo en estos momentos de los informes de valoración oportunos, constando ya publicados todos los informes y las actas de la Mesa , no procede el acceso en sede de este Tribunal, si bien y conforme al *petitum* del recurso, el recurrente ha podido completar su recurso en relación a la información de la que ha tenido conocimiento con posterioridad a la interposición de éste, esto es: informe de valoración del criterio “Solución Técnica”, así como el mencionado informe de 4 de enero, sin que ni en el recurso inicial, ni en la ampliación, se haga alegación alguna en contra de la valoración realizada, que en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, supone una diferencia de 9.2 puntos, y un total, sumando la diferencia de puntuación en criterios automáticos, de 10.07 puntos menos que la adjudicataria.

Efectivamente tanto el informe de 4 de enero como el de 7 de enero y el relativo al criterio “Solución Técnica”, de 29.12.2020, han sido publicados y estaban a disposición del recurrente a la fecha de la ampliación del recurso, habiéndose publicado, como señalábamos en la Resolución 13/2021 y reconoce el recurrente, el 9 de marzo el Informe de valoración del criterio “Solución Técnica”, y el 11 de marzo el informe primero de valoración del resto de criterios sujetos a juicio de valor, el cual fue objeto de ampliación, quedando refundido en el de 7 de enero, conocido *ab initio* por el recurrente y emitido conforme a lo acordado por la Mesa el 5 de enero, “ *que se aclaren diversos aspectos contenidos en el informe técnico de valoración*”, observándose que el informe de 7 de enero se limita a ampliar la redacción del de 4 de

enero en lo que atañe al Resúmen que justifica o motiva la puntuación otorgada en cada criterio, a fin de proporcionar mayor información a la Mesa, sin alterar la puntuación obtenida, pero consignando, con mayor detalle la motivación de ésta. Así, se observa que, frente a la mención *“aportan un valor adicional y redundan en una mejor prestación”*, se amplía la explicación relativa a los aspectos que aportan mayor valor adicional y redundan en una mejora de la prestación, concretándose éstos y, en definitiva, ampliándose la redacción y explicación, sin alterar el fondo.

SÉPTIMO.- En cuanto al alegado desconocimiento de las concretas aclaraciones de carácter técnico requeridas por la Mesa de Contratación en la sesión de 5 de enero, en relación al informe de 4 de enero y que dieron lugar al de 7 de enero, hemos de recordar que la Mesa, en el ejercicio de sus funciones, puede solicitar los informes que estime oportunos (Art. 146, 150.1 y 157.5), a fin de formar su voluntad y tener un adecuado conocimiento de las circunstancias, observándose, como hemos precisado anteriormente que la aclaración parece obedecer a la intención, como constata el informe emitido por el órgano de contratación, de ampliar el detalle de la motivación para una mejor comprensión de la puntuación asignada, sin que ésta se alterara.

Por lo que respecta a la infracción del artículo 326.5, amén del hecho de que lo ahora alegado fue conocido con anterioridad a la interposición del recurso, pues tanto los Pliegos, como las Actas de la Mesa y el informe de 7 de enero estaban publicados, sin que nada se alegara al efecto en el recurso planteado, por lo que no cabría su admisión en este momento, una vez transcurrido el plazo para recurrir, no consta en las Actas que la Jefa de Servicio de Participación Ciudadana formara parte de la Mesa que conoció la tramitación del expediente de referencia, debiendo, asimismo, tenerse en cuenta, como el propio artículo señala, lo dispuesto en la D.A. Segunda de la LCSP para las Entidades Locales.

A la vista de lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de la mercantil ATECH BPO, S.L.U contra la adjudicación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), Expte.2020/001183, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 LCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso – administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES