



Recurso nº 839/2023

Resolución nº 925/2023

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de julio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Becker Mantecón, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de servicios de “*Creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología 5G (CDAP 5G DEF)*”, con expediente referencia 2022/SP03032001/00000523, tramitado por el Ministerio de Defensa y financiado con cargo a los Fondos NextGeneration-UE: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Previa motivación de la necesidad del contrato, el órgano de contratación, la Secretaría de Estado de Defensa aprobó el expediente y los pliegos rectores de la licitación del contrato sujeto a regulación armonizada para la creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología TG, sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado de 28.925.600 €.

La licitación fue enviada para su anuncio y publicada en el DOUE el 2 de febrero de 2023 y tanto el anuncio como los pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 4 de febrero del presente, señalando como fecha para la presentación de proposiciones hasta las 12:00 horas del día 22 de febrero de 2023.



Tras las modificaciones del pliego publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de febrero de 2023 quedó señalado como plazo para la presentación de proposiciones hasta las 12:00 horas del día 6 de marzo de 2023.

Segundo. El procedimiento de adjudicación siguió los trámites que prescribe la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/34/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), propios del procedimiento abierto, con tramitación electrónica y seguido por los trámites de urgencia, con los siguientes CPV:

48000000 - Paquetes de software y sistemas de información.

32522000 - Equipo de telecomunicaciones.

48800000 - Sistemas y servidores de información.

64200000 - Servicios de telecomunicaciones.

72600000 - Servicios de apoyo informático y de consultoría.

Tercero. Al procedimiento abierto, según obra en el certificado expedido desde la Plataforma de Contratación del Sector Público, presentaron sus proposiciones, las siguientes empresas:

- TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA S.A.U., y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. (UTE).

- VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

Cuarto. El 8 de marzo de 2023 se celebró el acto de apertura y calificación administrativa del expediente 2022/SP03032001/00000523 para la creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología 5G (DAP 5G DEF), subsanándose en tiempo y forma por parte de la licitadora VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., tras requerimiento por parte del órgano de contratación, y



se procedió a la valoración y comprobación de la documentación recibida por la mesa de contratación el 17 de marzo de 2023, tal y como figuran en las correspondientes actas. Asimismo, se aporta informe de apertura generado electrónicamente por la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Quinto. Reunida la mesa de contratación el día 22 de marzo del presente se procede a la apertura del sobre nº 2, en relación con los criterios basados en juicios de valor, entregándose al vocal técnico para su correspondiente evaluación la documentación aportada por los licitadores hasta ese momento admitidos.

Asimismo, se aporta informe de apertura generado electrónicamente por la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La mesa de contratación en el acta levantada hace constar que esta licitación, tiene clasificación en grado reservado, por lo que, además de toda la documentación expedida por la Plataforma de Contratación del Sector Público, las correspondientes entradas y salidas de documentación han quedado registradas por el registro del Punto de Control OTAN de DIGENECO.

Sexto. Con fecha el 29 de marzo se requiere a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., solicitud de aclaración sobre la documentación recibida en el sobre nº 2 indicándose dirección para recogida y entrega de documentación, este requerimiento de aclaración, se vuelve practicar el 30 de marzo modificándose la dirección de entrega y recogida.

Los requerimientos de aclaración mencionados, solicitados tras la apertura de la oferta técnica (sobre nº 2) indicaban que *“Se informa de la solicitud de aclaración de aspectos relativos a la documentación presentada por ustedes tras la apertura de la oferta técnica. Debido a la clasificación en grado RESERVADO del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del expediente, no es posible trasladar el contenido de dicha cuestión a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público que pudiera transcribir o hacer referencia a contenidos reflejados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT)”*.

Séptimo. Enviada la documentación de la oferta técnica de las licitadoras a la unidad responsable del contrato, ésta con fecha 12 de abril de 2023 emite el informe técnico de



valoración de ofertas mediante el cual se determina el incumplimiento de ciertos requisitos obligatorios previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, además de detallarse que con las aclaraciones aportadas por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., no se ha podido verificar el cumplimiento de otros requisitos técnicos, también obligatorios de los que se solicitó aclaración.

Mediante el mencionado informe se determina que la oferta de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contraviene lo previsto en PPT y por ende se entiende que se debe rechazar. El informe cuenta con un anexo con información clasificada denominado "*Informe de valoración de la oferta presentada y aclaraciones solicitadas a Vodafone España S.A.U*" aclarando la relación de requisitos obligatorios a los que no se da cumplimiento, así como la justificación técnica.

Octavo. La mesa de contratación, una vez recibido el mencionado informe técnico de valoración, concluye por unanimidad excluir a la licitadora VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. por incumplimiento de requisitos técnicos obligatorios previstos en el pliego de prescripciones técnicas.

Este acuerdo de exclusión se notifica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 13 de abril del presente.

Noveno. Disconforme la representante de una de las empresas excluidas, VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con el acuerdo de exclusión, con fecha 24 de abril de 2023 formalizó en sede electrónica el recurso especial en materia de contratación que se siguió en este Tribunal con el nº 558/2023, instando su estimación con anulación del acuerdo de exclusión. Fruto de este recurso se dictó la Resolución nº 593/2023, de 18 de mayo con el siguiente fallo:

«Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.B.M. en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento de contratación para la "Creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología 5G (CDAP 5G DEF)", licitado por el Ministerio de Defensa (expediente 2022/SP03032001/00000523)».



Décimo. Ahora VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. formaliza el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato a favor de la UTE TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. – TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de junio de 2023.

Undécimo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio traslado a la otra licitadora concurrente para que, por un plazo de cinco días, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniese. El 30 de junio del presente la adjudicataria bajo la denominación de UTE TSOL TME CDAP5G ha presentado sus alegaciones suplicando la inadmisión del recurso por falta de legitimación y subsidiariamente, su desestimación.

Duodécimo. Por Acuerdo de este Tribunal de 22 de junio de 2023 dictado de conformidad con el artículo 58.1 b) del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se consideró que no se aprecia *prima facie* la concurrencia de las causas de inadmisibilidad establecidas en la LCSP, sin perjuicio de lo que disponga la resolución del recurso.

Además, este Acuerdo dispuso mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. La recurrente, presentó su proposición en la licitación del contrato de suministro sujeto a regulación armonizada para la creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología 5G (CDAP 5G DEF), del que quedó excluida en la fase de evaluación de su oferta técnica, por



lo que más adelante hemos de analizar si goza de legitimación al amparo del artículo 48 de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además el acto recurrido, la adjudicación, es un acto definitivo susceptible de revisión ex artículo 44.2, c) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, esto es dentro del plazo especial de diez días naturales por tratarse de un contrato financiado con cargo a Fondos NextGeneration-UE, al dirigirse el recurso frente la adjudicación del contrato.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto–Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del Real Decreto–Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Quinto. A juicio de la recurrente, concurren los siguientes vicios sobre el acto de adjudicación que se impugna.

1. Sobre la indefensión producida por falta de acceso al contenido de la oferta de la adjudicataria.

A tal efecto la defensa de VODAFONE invoca que:

«En fecha 9 de junio de 2023 mi representada solicitó acceso al expediente de contratación, y, en particular, al contenido de los sobres 1, 2 y 3 de la oferta de la adjudicataria. Tal solicitud fue aceptada por el órgano de contratación fijando el día 15 de junio de 2023 para dicho trámite (un día antes del vencimiento del plazo para la interposición del recurso).»

Se adjunta la solicitud y la contestación como DOCUMENTOS 4 y 5.



En el acto de vista al expediente, sin embargo, el órgano de contratación no remitió el acceso a ningún aspecto de la documentación contenida en el sobre nº 2 de la oferta de la adjudicataria, justificado por:

“... la existencia de una DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD Y PROTECCIÓN DEL DATOS por parte del adjudicatario donde se indica que la documentación es propiedad de Telefónica, tiene carácter confidencial y no podrá ser objeto de reproducción total o parcial, tratamiento informático ni transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, registro o cualquier otro”».

Con invocación de la interpretación que este Tribunal ha dado al artículo 133 de la LCSP la defensa de la recurrente esgrime 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, en cualquier caso. Por lo tanto, es al órgano de contratación al que le corresponde hacer una declaración expresa sobre las manifestaciones de confidencialidad de los licitadores, en la que ponderará los intereses en juego, la transparencia, el derecho a la confidencialidad y el derecho de defensa.

(...).

Por lo expuesto, venimos a solicitar al TACRC el acceso a dicha documentación, al amparo del artículo 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, que dispone que: (...)»

2. Sobre la existencia de vicios de nulidad en el acto de adjudicación del contrato. A este respecto VODAFONE considera que también ha de ser excluida la oferta de la UTE adjudicataria, pues está incurso en los mismos incumplimientos del PPT por los que ella fue excluida de la licitación, confirmada dicha exclusión por la Resolución de este Tribunal nº 593/2023, de 18 de mayo y pendiente de un recurso contencioso-administrativo.



De esta guisa expone que:

«la oferta de la adjudicataria habría incurrido en misma infracción por la que fue excluida la oferta de VODAFONE.

Según se señala en la Resolución 593/2023, del TACRC de 18 de mayo de 2023 (que se adjunta como DOCUMENTO 7) el motivo principal de la exclusión de mi mandante en el procedimiento fue, en esencia, que VODAFONE, en el sobre nº 2, hizo manifestaciones expresas que suponían el incumplimiento de dos requisitos del PPTP, según la motivación del acto de exclusión:

“Del estudio de la información aportada por el licitador, en la oferta presentada, y tras las aclaraciones, se ha podido verificar que esta NO cumple con la conformidad de los requisitos técnicos obligatorios descritos en el PPT. Contraviniendo al PPT en los requisitos obligatorios en la oferta presentada: 5GLAB_R146 y 5GLAB_R153».

Este motivo de exclusión trae causa de la referencia expresa al empleo de un determinado sistema, y que tal incumplimiento sería igualmente aplicable a la UTE adjudicataria, por lo que debería haber sido excluida igualmente del procedimiento.

Por todo ello, y con petición expresa de acceso al expediente en esta sede de recurso especial en materia de contratación, suplica la estimación del recurso y, por ende, la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato, con exclusión de la UTE adjudicataria.

Sexto. En contra, el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal y suscrito por el Subdirector General de Gestión Económica de DIGENECO, con fecha 21 de junio del presente, se opone a la anulación del acuerdo de adjudicación pretendida por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y defiende la legalidad de la misma.

De forma previa, señala el informe que existen obstáculos materiales que impiden entrar en el fondo del asunto, primero porque la recurrente vuelve a insistir en su exclusión y ya fue decidida por este Tribunal en la Resolución nº 593/2023, de 18 de mayo pendiente de un recurso contencioso-administrativo, ante lo cual despliega sus efectos la institución de “litispendencia”, y segundo, opone la falta de legitimación activa de la recurrente pues su



exclusión le impide obtener una ventaja en esta licitación, dado que nunca alcanzaría la posición de adjudicataria.

En cuanto al fondo del asunto, el informe remitido por el órgano de contratación se opone a las dos alegaciones de la recurrente. A saber:

1. Sobre la vulneración de su derecho de defensa en el acceso al expediente versus el deber de confidencialidad del artículo 133 de la LCSP.

Pues bien, el órgano de contratación considera que tuvo acceso puntual al expediente y de le dio la información necesaria, no acogida al deber de confidencialidad y subraya que:

«Respecto al comentario de que “el carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado” hay que destacar que ambos licitadores (tanto la UTE adjudicataria como Vodafone) presentan exactamente igual la documentación relativa al sobre nº2, constando de 5 documentos al principio de los cuales (en todos ellos) figura la referencia de que dicho documento lo califican como “reservado” (comercial), haciendo alusión al carácter que dicha información técnica posee para las licitadoras. Además de esa referencia en la introducción de los documentos la UTE adjudicataria exponía un sello o membrete en el encabezado y pie de cada página con el literal de “reservado” (comercial). Y en el sobre nº3 de la adjudicataria aparecía de nuevo esa referencia a los documentos del anterior sobre, para incidir sobre la confidencialidad de los mismos.

Es decir, tanto VODAFONE S.A.U como la UTE adjudicataria exponen una declaración al inicio de los documentos donde marcan el carácter reservado (comercial) al tratarse de información sensible y la prohibición de revelar a terceros.

En cuanto a 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, en cualquier caso” el órgano de contratación se limita a



considerar que, cumpliendo el principio de transparencia, la justificación de la viabilidad es correcta y ha sido aceptada por los técnicos, y la información no puede publicarse pues es relativa a secretos empresariales que, de desvelarse, podrían acarrear un perjuicio a la empresa ya que dicha información puede suponer una ventaja competitiva al tratarse de información con valor estratégico o competencial.

Por tanto, ante la solicitud al TACRC de la documentación de la adjudicataria este Órgano de Contratación quiere dejar constancia de la clasificación de esa documentación por parte de la empresa como “reservada” en cada uno de los documentos que se encuentran en el sobre nº2».

2. Sobre los vicios de nulidad del acto de adjudicación por estimar que la UTE adjudicataria también incumple las exigencias del PPT. El informe del órgano de contratación niega así esta alegación de la recurrente:

«Además, indican la que consideran que es la solución aportada por la adjudicataria, según sus informaciones; de la que aseguran que también incumple el requisito, y debería haber sido excluida del procedimiento. Dichos párrafos no se reproducen en su integridad por tratarse de información que figura en el PPT con el nivel de clasificación como RESERVADO, llama especialmente la atención que el licitador en su recurso utilice esa información y la haga pública de forma manifiesta. Ante su solicitud de poder aludir a información del PPT considerada RESERVADA en la presentación de un recurso, en su solicitud de acceso a documentación de fecha 9 de junio de 2023, este Órgano de Contratación no solo no ha dado el consentimiento para desclasificar esa documentación (facultad de la que carece) si no que en el documento que la recurrente firmó en la retirada de la documentación expresamente se indicó que “El Ministerio de Defensa no autoriza la comunicación y publicación de aspectos del PPT que tengan la consideración de clasificados como reservados”.

Por otra parte, se hace alusión a una característica técnica de un requisito obligatorio RESERVADO (que no se va a reproducir por el motivo citado anteriormente), que supondría el incumplimiento de los requisitos obligatorios: 5GLAB_R146 y 5GLAB_R153. No obstante, el requisito 5GLAB_R146 no hace referencia a esta característica técnica,



sino a un incumplimiento técnico de otra índole, detallado y argumentado en el informe elaborado por la vocal técnico».

A juicio del órgano de contratación, no se tratan de las mismas ofertas, la de la recurrente y la de la adjudicataria y los informe técnicos obrantes en el procedimiento por los que se examinaron ambas, son claros en el sentido de excluir la de la recurrente y admitir la de la UTE adjudicataria.

En fin, solicita la desestimación del recurso y subraya la actuación entorpecedora de la aquí recurrente.

Séptimo. Expuestas las posturas de las partes, hemos de comenzar analizando la falta de legitimación de la recurrente denunciada por el órgano de contratación y por la adjudicataria en las alegaciones presentadas en tiempo y forma.

Al confirmarse su exclusión por Resolución de este Tribunal nº 593/2023, ello puede provocar su falta de legitimación activa para promover la impugnación de la adjudicación, pues excluida del procedimiento, no podrá alzarse con la adjudicación del contrato, ni aun si esta licitación quedase desierta, pues es potestad discrecional del órgano de contratación iniciar o no otra nueva licitación.

Pese a la doctrina de este Tribunal citada entre otras, en la Resolución nº 921/2022, de 21 de julio, hemos de analizar el impacto del Auto del TJUE de 16 de marzo de 2023 que reconoce el concepto de interesado para estos casos, en los que se encuentra *subiudice* el acuerdo de exclusión y dado que se ha interpuesto recurso contra la Resolución de este Tribunal nº 593/2023 por carecer de firmeza procede sin más entrar en el fondo del asunto.

Octavo. Gran parte del recurso de VODAFONE se centra en la indefensión que a su juicio, le ha causado el órgano de contratación por no permitirle el acceso integro al expediente de licitación, reiterando además su derecho de acceso en vía de este recurso por mor de lo dispuesto en el artículo 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.



Entrando ya en el fondo del asunto, una vez expuestas en sede de antecedentes las posiciones de las partes, hemos de partir en el análisis de la cuestión planteada del artículo 133 de la LCSP, que transcribimos a continuación:

«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.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el



conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo».

Sentado lo anterior, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. Así, en la Resolución 616/2019, citada en la nº 926/2020 señalamos:

«A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) 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)».

De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor como garantía del derecho a recurrir.

Como hemos visto, este Tribunal ha venido señalando que 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. En este sentido, no sirve que toda la oferta sin excepción se decrete como confidencial, sino los extremos que sobre la misma sí que concurren dichas circunstancias de secretos técnicos o comerciales.

En contra de lo expresado por la recurrente VODAFONE, el informe del órgano de contratación concreta cómo se ha operado en este derecho de acceso a la oferta de la adjudicataria para subrayar cuanto sigue:

«En su solicitud de documentación se pedía acceso a la documentación de los sobres nº1, nº2 y nº3 de la adjudicataria. Y, según se recoge en el archivo de retirada de documentación, se les facilitó toda la documentación del sobre nº 1 y la oferta económica y matriz de trazabilidad que se encontraban en el sobre nº3, ya que dichos documentos de su oferta no se encontraban clasificados como “reservado” (comercial) por parte de la empresa. Los documentos que se encontraban en el sobre nº2 de la adjudicataria sí que aparecían con dicha clasificación por lo que no se facilitaron.

Respecto al comentario de que “el carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor



estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado” hay que destacar que ambos licitadores (tanto la UTE adjudicataria como Vodafone) presentan exactamente igual la documentación relativa al sobre nº2, constando de 5 documentos al principio de los cuales (en todos ellos) figura la referencia de que dicho documento lo califican como “reservado” (comercial), haciendo alusión al carácter que dicha información técnica posee para las licitadoras. Además de esa referencia en la introducción de los documentos la UTE adjudicataria exponía un sello o membrete en el encabezado y pie de cada página con el literal de “reservado” (comercial). Y en el sobre nº3 de la adjudicataria aparecía de nuevo esa referencia a los documentos del anterior sobre, para incidir sobre la confidencialidad de los mismos.

Es decir, tanto VODAFONE S.A.U como la UTE adjudicataria exponen una declaración al inicio de los documentos donde marcan el carácter reservado (comercial) al tratarse de información sensible y la prohibición de revelar a terceros.

En cuanto a 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, en cualquier caso” el órgano de contratación se limita a considerar que, cumpliendo el principio de transparencia, la justificación de la viabilidad es correcta y ha sido aceptada por los técnicos, y la información no puede publicarse pues es relativa a secretos empresariales que, de desvelarse, podrían acarrear un perjuicio a la empresa ya que dicha información puede suponer una ventaja competitiva al tratarse de información con valor estratégico o competencial.

Por tanto, ante la solicitud al TACRC de la documentación de la adjudicataria este Órgano de Contratación quiere dejar constancia de la clasificación de esa documentación por parte de la empresa como “reservada” en cada uno de los documentos que se encuentran en el sobre nº 2».

Por otro lado, hemos señalado en reiteradas ocasiones que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada



por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación.

En la presente licitación, la oferta técnica de las dos licitadoras concurrentes, tanto la de la UTE adjudicataria como la propia de la recurrente, se encuentran dentro de dichos parámetros de confidencialidad, y el órgano de contratación valora y aprecia el secreto empresarial como motivo para denegar el acceso. Por otra parte, no puede prosperar la alegación sobre la indefensión invocada y sin que, procede la apertura del acceso al expediente en esta sede, pues prueba de la inexistencia de indefensión es la extensa argumentación empleada por la impugnante.

Por todo ello, debe concluirse que no se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente por parte del órgano de contratación, por lo que no resulta procedente acudir al trámite contemplado en el artículo 29 del Real Decreto 814/2015, debiendo desestimar en este punto la solicitud efectuada, como también las alegaciones vertidas en este sentido.

Noveno. Por último, otra argumentación de la recurrente para sostener su pretensión de anulación de la adjudicación es que, a su juicio, la oferta de la UTE adjudicataria incurre en los mismos incumplimientos del PPT que se aquejaron a su oferta y que conllevó su exclusión confirmada por este Tribunal en la Resolución nº 593/2023 y pendiente ahora de un recurso contencioso-administrativo.

La solución que oferta la UTE TSOL TME CDAP5G no utiliza los mismos protocolos, tal y como se detalla y desarrolla en el DOCUMENTO 3; documento que amplía el documento de aclaraciones (Código de documento: 2022-1776454-0009, Versión 1, 03/04/2023) presentado ante el requerimiento del órgano de contratación de 29 de marzo, y en el que se acreditaba, con el nivel de detalle solicitado, el cumplimiento de aquellos requisitos del PPT objeto de aclaración.



En el mencionado documento de aclaraciones consta —entre otras respuestas de aclaración— un anexo XV con un apartado 4.9 donde ya se clarificaba este asunto y se constataba el cumplimiento expreso del requisito.

Pues bien, tal y como expone el órgano de contratación, la UTE TSOL TME CDAP5G en su solución, con el fin de dar cumplimiento a todos los requisitos, y en contra de las suposiciones no fundamentadas de la recurrente, ofrece una solución que no utiliza estos protocolos estándar, sino protocolos propietarios sustitutivos como se detalla en el documento 3.

En relación con la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas y de sus requisitos y límites, hemos dicho en nuestra Resolución 822/2017, de 22 de septiembre (citada en la nº 598/2022), que:

«Este Tribunal ha tenido oportunidad de sentar doctrina en relación con el incumplimiento del PPT como causa de exclusión (por todas, recientemente en la Resolución 690/2017, de 27 de julio):

En cuanto a nuestra doctrina sobre el contenido y alcance del PPT en relación al PCAP, y sobre el incumplimiento de los pliegos como causa de exclusión de la licitación, hemos señalado lo siguiente: en cuanto a la naturaleza del PPT tenemos declarado reiteradamente (por todas Resolución 836/2015, de 18 de septiembre) que el PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y en lo que se refiere a la licitación, los documentos a presentar por los licitadores, la forma y contenido de las proposiciones, así como los criterios para la adjudicación, por orden decreciente de importancia, y su ponderación (artículos 115.2 del TRLCSP y 67.2.h, e, i, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre —RGLCAP—) mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a y 3 del RGLCAP).



De ello resulta que es al PCAP y no al PPT al que corresponde especificar los criterios de adjudicación, su valoración, y los documentos que han de presentarse a la licitación, teniendo cualquier prescripción referida a tales extremos que se contenga en el PPT carácter meramente complementario de lo señalado en el PCAP, debiendo interpretarse siempre lo contenido en el PPT sobre tales extremos conforme a lo establecido en el PCAP, dando preferencia a lo dispuesto en éste sobre aquel, y en caso que se produzca una contradicción insalvable entre uno y otro, ateniéndose exclusivamente a lo establecido en el PCAP. Ahora bien, esta naturaleza del PPT no significa en modo alguno que no quepa la exclusión de las ofertas que, en determinados casos, no se adecuan a lo establecido en él.

(...).

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. En cuanto al informe de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, hemos señalado reiteradamente que es un acto discrecional sujeto a la doctrina jurisprudencia de la discrecionalidad técnica.

Sobre este punto, hemos señalado en reiteradas ocasiones que nuestro examen debe constreñirse a ciertos aspectos aledaños al núcleo de la decisión, como la competencia, el procedimiento, la ausencia de arbitrariedad o de error manifiesto en la valoración



(Resoluciones 176/2011, 189/2011, 257/2011, 269/2011, 282/2011, 296/2011, 33/2012, 51/2012, 80/2012, 261/2012, 2/2013, 36/2013, 42/2013, 107/2013, 168/2013, 325/2013, 549/2013, 13/2014, 437/2014, 519/2014, 276/2015, 435/2015, 446/2016 entre otras). Hemos asumido así la doctrina del Tribunal Supremo, que ha dejado sentado que el núcleo técnico de las decisiones adoptadas por los órganos administrativos especializados en materias como los procedimientos selectivos o la adjudicación de contratos es inaccesible al control jurisdiccional, que debe ceñirse a los aspectos externos a aquél antes aludidos como los elementos reglados (SSTS, Sala III, de 20 de marzo de 2012 —Roj STS 1874/2012—, 9 de enero de 2013 —Roj STS 217/2013— y 9 de abril de 2014 —Roj STS 1507/2014—).

De lo expuesto se colige, primero, que la exclusión de un licitador por el incumplimiento de un requisito técnico debe interpretarse de manera restrictiva, presumiéndose que la oferta cumple con los pliegos de prescripciones técnicas y, segundo, que la valoración sobre el cumplimiento efectuado por el órgano de contratación está protegida por el principio de discrecionalidad técnica».

Proyectada esta doctrina sobre nuestro supuesto, se observa que el órgano de contratación no advirtió en la oferta de la UTE adjudicataria los incumplimientos que se denuncian por la recurrente, ni que estos fueran claros y expresos, por lo que frente a la versión parcial y subjetiva de la impugnante ha de prevalecer el juicio técnico y debidamente motivado obrante en el expediente en el que se acepta la oferta técnica de la adjudicataria.

Por todo lo cual,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Becker Mantecón, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de servicios de “*Creación e implantación del Centro de Desarrollo, Adiestramiento y Pruebas para Operaciones Militares en Ciberdefensa con tecnología 5G (CDAP 5G DEF)*”, con expediente referencia



2022/SP03032001/00000523, tramitado por el Ministerio de Defensa, por considerar dicha adjudicación conforme a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES