

ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

Fecha y hora de celebración

5 de julio de 2024 a las 09:00:00

Lugar de celebración

Salón de Plenos

Asistentes

SECRETARIA

Dña. Elena del Río Diéguez, TAG

PRESIDENTE

D. MANUEL ANDRADAS RECIO, CONCEJAL

VOCALES

VOCAL JURÍDICO D. Javier Chiva Ibáñez, Secretario

VOCAL INTERVENCIÓN Dña. MARIA PILAR GUTIERREZ HENARES, Vicesecretaria-Interventora

VOCAL Dña. Raquel Coronado Sanz, Oficial Mayor

Orden del día

Único. Dar contestación al escrito presentado por Suma Social y Servicios, S.L. con número de registro de entrada y fecha 2024-E-RE-2101 25/06/2024 12:35, sobre la confidencialidad de su oferta.

Antecedentes:

1. Con número de registro de entrada y fecha 2024-E-RE-1424 30/04/2024 10:22, la mercantil OBOLO, S.C.A., a la vista del Informe de valoración de las memorias presentadas, de fecha 26 de abril de 2024 de las puntuaciones ponderadas en los bloques valorados como criterios subjetivos, obteniendo la mayor puntuación la empresa Suma Social, solicita a este Ayuntamiento: Acceso al expediente de contratación 305/2024 del Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Marchamalo.
2. A la vista del escrito presentado por Suma Social y Servicios, S.L. con número de registro de entrada y fecha 2024-E-RE-2101 25/06/2024 12:35, en el que:

“EXPONE

AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 305/2024. PRESTACION SERVICIO AYUDA A DOMICILIO AYUNTAMIENTO DE MARCHAMALO Que esta parte, en su condición de licitadora del procedimiento en cuestión, presentó su oferta designando la misma como confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Que no obstante lo anterior, se ha tenido conocimiento de que se ha divulgado el contenido íntegro de la memoria proyecto de la oferta presentada por la entidad que represento, la cual había sido designada como confidencial en el momento de presentar nuestra oferta, incumpléndose de forma flagrante lo dispuesto en el citado artículo 133 de la Ley 9/2017, la cual impone la prohibición al órgano de contratación de divulgar la información designada como confidencial en el momento de presentar nuestra oferta, y que incluía secretos técnicos, comerciales, así como al resto de aspectos confidenciales con contenido que puede ser utilizado por la competencia. Por todo lo anterior, interesa a esta entidad, a los efectos de defender sus legítimos derechos, tener acceso al expediente o documentación que haya podido formar la voluntad del órgano de contratación, relativa a la divulgación del contenido íntegro de la memoria- proyecto de la oferta presentada por la entidad que represento, el procedimiento seguido, y las resoluciones que se hayan podido emitir al efecto.

SOLICITA

Que teniendo por presentado este escrito, y por efectuadas las manifestaciones contenidas en el cuerpo del mismo, previos los trámites legalmente previstos, se acuerde conforme a lo solicitado, y en consecuencia, se nos de acceso al expediente o documentación que haya podido formar la voluntad del órgano de contratación o sus órganos o servicios auxiliares, relativa a la divulgación del contenido



íntegro de la memoria- proyecto de la oferta presentada por la entidad que represento, el procedimiento seguido, y las resoluciones que se hayan podido emitir al efecto.”

Por parte de los Servicios Técnicos Municipales, se revisan las actuaciones realizadas, así como la documentación aportada por la mercantil Suma Social y Servicios, S.L en el sobre B a través de la Plataforma de Contratación del Estado, y acto seguido se convoca a la Mesa de Contratación dándoles traslado del asunto a tratar.

Reunida la Mesa de Contratación, la Secretaria de la misma explica que una vez revisada la documentación presentada por Suma Social y Servicios, S.L., en el sobre B de su oferta, en la PCSP, se ha constatado que junto con la Memoria, la licitadora había presentado otros dos documentos, uno de ellos declarando “que los documentos y datos presentados dentro del Proyecto de organización y gestión del servicio son confidenciales”, y lo justifica diciendo que “se trata de información técnica y comercial de la sociedad y no debe ser conocida por otros licitadores o sociedades”, y que por error, no se abrió, ni se puso en conocimiento de esta Mesa, y en consecuencia no se tuvo en cuenta a la hora de comprobar la confidencialidad de dicha memoria, y tomar la decisión de dar acceso de la misma a OBOLO S.C.A. También se pone en conocimiento de la Mesa, que representantes del Ayuntamiento ya han mantenido una reunión previa con el representante de Suma Social y Servicios, S.L., para explicarle lo ocurrido, pidiéndole disculpas por el error cometido.

En vista de todo lo expuesto, esta Mesa acuerda por unanimidad:

Primero.- Reiterar a Suma Social y Servicios, S.L., nuestras disculpas, habiéndose tomado la decisión de dar acceso a su Memoria sin haber tenido en cuenta el Documento de Confidencialidad, ya que por error, no fue abierto junto con la memoria al abrir el sobre B de la Oferta.

Segundo.- Una vez leída la Cláusula de Confidencialidad presentada por Suma Social y Servicios, S.L., y que dice: “*Que los documentos y datos presentados dentro del Proyecto de organización y gestión del servicio son confidenciales. Justificación: Se trata de información técnica y comercial de la sociedad y no debe ser conocida por otros licitadores o sociedades.*”, esta Mesa sostiene que, de conformidad con la numerosa doctrina sobre esta cuestión pergeñada en distintas resoluciones de nuestros tribunales de recursos contractuales, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las Cláusulas de Confidencialidad no pueden declararse sobre la totalidad del documento, y deben justificar y fundamentar debidamente las causas por las cuales son confidenciales; así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha ido generando un cuerpo de doctrina que puede verse extractada en su reciente **Resolución de 17 de octubre de 2022 (Resolución nº 1363/2022)** señala las siguientes consideraciones:

- El carácter confidencial de la documentación no puede declararse 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 o entidad contratante decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018, de 19 de enero).
- 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, de 23 de septiembre).
- La confidencialidad sólo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016, de 20 de mayo).

Argumenta el Tribunal:

"En primer lugar, 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 relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el "conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación".

En la **resolución 343/2015 se dice:** *"A estos efectos, este Tribunal considera que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil".*

En la **Resolución 62/2012** el Tribunal concluyó que *"puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado".* En definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso pueda invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, esta Mesa de contratación no puede admitir la confidencialidad tal y como Suma Social y Servicios, S.L. expone en su escrito, ya que la misma hace referencia de forma genérica a: *los documentos y datos presentados dentro del Proyecto*, sin hacer referencia a secretos técnicos y/o comerciales; y en cuanto a la justificación, se limita a decir que: *Se trata de información técnica y comercial de la sociedad y no debe ser conocida por otros licitadores o sociedades*, sin justificar de modo alguno las razones en las que se fundamenta.

La Mesa evidentemente, si hubiese advertido dicho escrito, lo habría tenido en cuenta, y le habría requerido a dicha empresa, que justificase y fundamentase qué partes de la documentación presentada consideraba confidencial de acuerdo a todo lo expuesto, detallado y fundamentado anteriormente.

También entiende la Mesa, que el informe de valoración de las Memorias elaborado por los Servicios Sociales del Ayuntamiento contenía datos e información de cada uno de los cuatro proyectos presentados por los licitadores que va más allá de las características generales de las ofertas que se valoraban, como no podía ser de otra manera, valoración cuyo contenido era accesible para todos los licitadores. Esto choca con la pretensión de cualquier licitador de limitar el acceso a la totalidad de la Memoria de su proyecto, dado que esa pretensión impediría que los licitadores pudieran contrastar ese informe con la documentación en la que se ha basado para su emisión, que es el proyecto presentado por cada licitador.



Esta mesa, así mismo, recuerda a los licitadores que en ningún caso deben hacer un uso indebido del contenido de las memorias, debiéndose ser utilizado exclusivamente para su consulta, a los únicos efectos de un posible recurso en calidad de licitadores.

Por todo ello, esta Mesa eleva al órgano de contratación que solicite a SUMA SOCIAL Y SERVICIOS, S.L., (de cara a poder apreciar el perjuicio ocasionado al haber dado visibilidad al resto de licitadores de la Memoria presentada en su Oferta), que concrete, justifique y fundamente de acuerdo con los criterios fijados por los tribunales, qué parte o partes de su Proyecto son confidenciales.

Yo, como Secretaria, certifico con el visto bueno del Presidente

Dña. Elena del Río Diéguez
SECRETARIA

D. Manuel Andradas Recio.
PRESIDENTE

