

**Recurso 83/2014
Resolución 89/2014**

Resolución 89/2014, de 18 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Johnson & Johnson, S.A., contra la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de 20 de octubre de 2014, de adjudicación del acuerdo marco con varios adjudicatarios, del suministro de tiras reactivas para determinación de glucemia y cetonemia con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 25 de junio de 2014 se aprueba el expediente de contratación para la celebración de un acuerdo marco con varios adjudicatarios de suministro de tiras reactivas para determinación de glucemia y cetonemia, con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud, así como la apertura del procedimiento de adjudicación.

El anuncio de licitación se publica el 28 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 8 de julio en el Boletín Oficial de Castilla y León y el 9 de julio en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo.- En dicha licitación presentó oferta la empresa recurrente, Johnson & Johnson, S.A.

Tercero.- El 10 de noviembre de 2014 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León un escrito presentado por D. Nuno Miguel Vicente de Aráujo Lomba, en representación de Johnson & Johnson, S.A., en el que interpone recurso especial contra la resolución de adjudicación citada y solicitó, además, la suspensión del procedimiento. Consta que el interesado anunció la interposición del recurso al órgano de contratación.

El recurrente funda su recurso en la falta de motivación de la notificación de la resolución de adjudicación, y en la improcedencia de la declaración de confidencialidad sobre la totalidad de la oferta realizada por licitadores que han resultado adjudicatarios del acuerdo marco.

Cuarto.- El 17 de noviembre de 2014 se recibe en este Tribunal el expediente de contratación y el informe del órgano de contratación.

Quinto. - Admitido a trámite el referido recurso con el número 83/2014, la Secretaría del Tribunal da traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho, sin que conste que hayan hecho uso de este trámite.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la empresa ahora recurrente concurrió a la licitación. El artículo 42 del TRLCSP atribuye la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación "a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". Consta acreditada igualmente la representación con la que actúa la empresa.

La Resolución impugnada es un acto recurrible, ya que se trata de un contrato de los previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP, y la impugnación se dirige contra un acto de los enumerados como recurribles en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

3º.-La presentación del recurso se ha efectuado dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la notificación del acuerdo de adjudicación, al que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP.

4º.- El régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación del contrato en cuestión (a tenor de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares -en adelante PCAP- y dada la fecha de su licitación) está constituido por el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Sobre la cuestión planteada, conviene recordar que el artículo 1 del TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que ésta se ajuste al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido el artículo 139 del TRLCSP, incardinado en el capítulo I del título I del libro III de la Ley, relativo a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las cláusulas y condiciones por las que se rige la contratación y éstas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En este sentido, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*.

Por otra parte deben considerarse, entre otros preceptos, el artículo 115.2 del TRLCSP, según el cual "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo". En consonancia con el anterior, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone: "Las proposiciones de los interesados deberán

ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna". Por su parte, el artículo 116.1 del TRLCSP, referido a los "Pliegos de Prescripciones Técnicas", prevé la aprobación por el órgano de contratación de "las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley"; y, en relación con esta previsión, el artículo 68.1.a) del RGLCAP se refiere, como mención mínima del PPT, a "Las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato". Finalmente, el artículo 117.2 del TRLCSP contiene, en relación con ellas, una concreción de los principios de igualdad y no discriminación, al señalar que "Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia".

De lo expuesto se extrae que el PCAP que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley. Además, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los PPT o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Las prescripciones técnicas constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación y son, por tanto, de obligado cumplimiento para el licitador.

A) En cuanto al fondo del asunto, el recurrente denuncia en primer lugar la falta de motivación de la adjudicación.

Conviene recordar que la adjudicación del contrato está sujeta a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP), que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la motivación de la adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad y permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para poder, en su caso, impugnar el acto de adjudicación.

Al tenor del artículo 151.4 del TRLCSP, es preciso que la notificación a los licitadores recoja los elementos determinantes de la adjudicación del contrato a una determinada oferta, los motivos concretos en los que se basan las puntuaciones otorgadas a cada licitador y una comparativa entre las ofertas presentadas en la que se justifique suficientemente la adjudicación del contrato a favor de una de ellas.

Sin embargo, no se exige que la motivación del acto sea exhaustiva, sino que basta con una fundamentación somera de los criterios seguidos para su adopción, a fin de que los licitadores puedan tener conocimiento cabal de los motivos por los que se ha adjudicado el contrato a un licitador, de las razones que justifican la desestimación del resto de ofertas y, en su caso, de las causas de exclusión, al objeto de permitirles ejercitar de manera fundada los recursos que procedan a través de un recurso eficaz y útil; de lo contrario, se ocasionaría indefensión a los interesados.

En el presente caso se aprecia una falta de motivación suficiente en la notificación de la adjudicación. Sin embargo, la empresa recurrente ha tenido conocimiento del contenido del informe técnico, al que se remite la notificación de la adjudicación, tal y como consta en el Acta de 16 de octubre, en el que constan de un modo detallado las puntuaciones obtenidas por los licitadores, los motivos concretos en los que se basan las puntuaciones otorgadas. Podemos, por lo tanto, concluir, que no se ha producido indefensión material al licitador, pues éste ha conocido con suficiente detalle la información necesaria para la interposición de un recurso fundado contra la adjudicación.

En la notificación de la adjudicación aparece consignado el precio ofertado por cada uno de los licitadores, mientras que el informe técnico comprende la descripción de los productos ofertados, esto es, el nombre del producto y su referencia y la forma de presentación, así como el medidor y su referencia. Dicho informe realiza una valoración del cumplimiento de las características técnicas y una valoración del criterio dependiente de un juicio de

valor (cuya puntuación máxima es de un punto), valoración que aparece descrita con suficiente detalle y debidamente motivada, y en la que el interesado ostenta un punto, la máxima puntuación. Por lo tanto, ha tenido un conocimiento adecuado de las puntuaciones que se han otorgado por los diversos criterios de valoración.

B) En segundo lugar el recurrente denuncia la falta de acceso a las ofertas del resto de licitadores.

En el presente asunto el recurrente señala que solicitó el acceso al expediente, a fin de examinar las ofertas técnicas presentadas por las restantes empresas que han resultado adjudicatarias del acuerdo marco. Asimismo indica que la declaración de una oferta como confidencial en su integridad no se ajusta a la regulación prevista para proteger los secretos comerciales de los licitadores y debe tenerse por no hecha.

Al respecto el artículo 145.2 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...)". De esta forma se garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública, si bien, una vez adjudicado el contrato y, por lo tanto, consumada la licitación, las limitaciones de los interesados al acceso de datos relativos a la adjudicación sólo procede en los casos expresamente previstos en el artículo 153 del TRLCSP.

El citado artículo establece que "El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)".

El artículo 140.1 del TRLCSP, al regular la confidencialidad como disposición directiva de la adjudicación de los contratos de las Administraciones

Públicas, establece lo siguiente: "Sin perjuicio de las disposiciones de 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 éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas".

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 del TRLCSP) señala:

»1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

»2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso".

»3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad".

Tras esta afirmación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa trae a colación la obligación de adecuada notificación de la adjudicación, a los efectos de que los interesados puedan conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación. Y, en relación con ello, la Junta Consultiva afirma que "la exigencia de motivación de la resolución de adjudicación, incluso en la forma más amplia que prevé el artículo 137.1, cuando lo soliciten los interesados, solo puede ser interpretada en el sentido de que si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el

expediente e incluso tomar notas respecto de él (...)” Finaliza el dictamen con las siguientes conclusiones:

“1. La obligación de confidencialidad regulada en el artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público sólo puede ser exigida respecto de aquellos extremos que hayan sido expresamente indicados por el licitador.

»2. La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.

Tal y como indica la Resolución 417/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “Tampoco es admisible, en ningún caso, que la declaración de confidencialidad efectuada por los licitadores abarque a la totalidad de sus ofertas técnicas, pues ello es contrario a los principios en los que se asienta la contratación pública y podría constituir una actuación incurso en fraude de ley, correspondiendo al órgano de contratación, en tales casos (Resolución 62/2012) determinar la parte de la oferta técnica que no afecta a secretos comerciales o técnicos o a aspectos confidenciales, justificándolo motivadamente en el expediente. En consecuencia, la confidencialidad sólo alcanza a los documentos declarados como tales por el licitador al tiempo de formular su oferta (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 46/09, de 26 de febrero de 2010, y Resolución de este Tribunal 45/2013, de 30 de enero), sin perjuicio de que dicha confidencialidad no pueda alcanzar a la totalidad de la oferta, y que en tales casos corresponda al órgano de contratación determinar, motivadamente, los aspectos de la oferta no afectados por el secreto comercial o industrial o relativos a aspectos confidenciales (Resolución 62/2012)”.

El informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón “(...) la extensión de la confidencialidad a toda la propuesta por un licitador es improcedente y, en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación 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. A estos efectos, es evidente que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias”.

En el caso que se analiza, el informe técnico comprende la descripción de los productos ofertados y realiza una valoración del cumplimiento de las características técnicas de los productos. Y éste informe y la notificación de la adjudicación permiten conocer el precio de los productos ofertados por los licitadores. El único criterio que depende de un juicio de valor es el plan formativo a profesionales.

El apartado 14 del cuadro de características del PCAP, relativo a los criterios de valoración de las ofertas, establece como criterio dependiente de un juicio de valor, apartado 14.1.1., con carácter exclusivo y con hasta un punto de valoración, el “Plan formativo a Profesionales”.

Por otro lado, en el apartado E de la cláusula 2.4.2 del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, se recoge de modo expreso, en cuanto a la inclusión de la documentación, “En su caso, declaración en la que se recojan los documentos de la proposición que tienen el carácter de confidencial”.

Tal y como pone de manifiesto el informe del órgano de contratación, la empresa recurrente declaró confidencial el plan de formación a profesionales, esto es, el único criterio dependiente de un juicio de valor.

En el informe técnico, que ha conocido el recurrente, se realiza una valoración del cumplimiento de las características técnicas, y una valoración del criterio dependiente de un juicio de valor, y aparece descrita con suficiente detalle la puntuación obtenida, en la que el interesado ostenta un punto, la máxima puntuación. El resto de los licitadores, con excepción de uno de ellos, han obtenido un punto por tal criterio. Igualmente aparecen de un modo

detallado las características más relevantes, que en relación a dicho plan de formación, han presentado cada uno de los licitadores.

El recurrente sólo alega de modo genérico que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada, no señala de qué manera se le ha ocasionado indefensión. El interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico, o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. Es por ello necesario que la resolución del recurso repercuta en el recurrente de una manera positiva o tenga una consecuencia jurídica inmediata, efectiva y cierta, que no sea la satisfacción de la defensa de su posición o una protección indeterminada de la legalidad.

Sin perjuicio de que debió ser objeto de una debida motivación la denegación de acceso a la documentación solicitada en base a la confidencialidad de la oferta, tanto en el momento de la solicitud de tal información, como en el informe del órgano de contratación, es preciso realizar subrayar que el interesado conoce en la notificación de la adjudicación, todos los productos ofertados por el resto de licitadores (el nombre del producto y su referencia, y la forma de presentación, así como el medidor y su referencia y la oferta económica realizada por cada uno de ellos), y su precio, de conformidad con el apartado 11 del cuadro de características del PCAP, y el cumplimiento o no de los productos ofertados con los requisitos del PPT. Lo único que no conoce en detalle, del criterio que depende de un juicio de valor, es cómo será el concreto plan de formación, que el propio recurrente declaró confidencial al tiempo de formular su oferta.

El licitador ha tenido acceso a la documentación necesaria que justifica con detalle las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores, y de conformidad con la fundamentación reseñada, la irregularidad que manifiesta el recurrente no le ha ocasionado indefensión, ni puede ser estimada la pretensión de nulidad o anulabilidad de la adjudicación pretendida.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Nuno Miguel Vicente de Araújo Lomba, en nombre y representación de Johnson & Johnson, S.A., contra la Resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de 20 de octubre de 2014 de adjudicación del acuerdo marco, con varios adjudicatarios, del suministro de tiras reactivas para determinación de glucemia y cetonemia con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).