



EB 2022/017

Resolución 025/2022, de 7 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ISS FACILITY SERVICES S.A. contra la denegación de acceso al expediente de contratación y la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza interior en los edificios y dependencias municipales de Derio”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de enero de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ISS FACILITY SERVICES S.A. contra la denegación de acceso al expediente de contratación y la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza interior en los edificios y dependencias municipales de Derio”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 21 de enero, se recibió, el día 25 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 27 de enero, se han recibido las alegaciones de GIZATZEN S.A., adjudicataria impugnada, el día 3 de febrero.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.S.N. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos que tienen por objeto servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El presente recurso formalmente impugna la adjudicación del contrato, por lo que, de conformidad con el artículo 44.2 c) de la LCSP, se está ante un acto recurrible. No obstante, se ha de señalar que el fondo del presente recurso se basa en la falta de acceso a la documentación declarada confidencial por el adjudicatario impugnado y a la que el recurrente pide acceder. Pues bien, la STJUE de 7 de septiembre de 2021 (asunto C-927/19), ha establecido que “la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial que figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico constituye un acto que puede ser objeto de recurso”. En consecuencia, la denegación de acceso a la solicitud de acceso al expediente por parte de un poder adjudicador es un acto autónomo susceptible de ser impugnado mediante la vía recurso del recurso especial.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Derio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:

a) En fecha 10 de enero de 2022, la recurrente tuvo acceso al expediente administrativo y pudo comprobar y analizar correctamente la información de la mercantil CLYMA, sin embargo, no pudo acceder a prácticamente información alguna de la documentación de GIZATZEN por estar la integridad de su contenido catalogado como confidencial. Disconforme con la citada categorización de confidencial, la recurrente solicitó al órgano de contratación que efectuase un juicio de valor sobre la categorización genérica de la confidencialidad de GIGATZEN y se convocase a ISS para acceder al expediente completo. No obstante, el Ayuntamiento de Derio no ha dado respuesta a dicha petición, provocando una clara vulneración del derecho de defensa.

b) Es imprescindible dar vista del expediente al recurrente en aquellos aspectos necesarios para fundar el recurso, por lo que ISS precisa acceder al expediente y analizar la información a la que no ha podido tener acceso por haber sido declarada de forma genérica como confidencial.

c) La confidencialidad de la documentación no puede declararse de forma genérica para la totalidad de la documentación o para grandes partes del



expediente, sino que es necesario especificarla de forma detallada, concreta y precisa y que la misma se refiera a secretos técnicos, comerciales o aquellos que la normativa de aplicación limita. Por tanto, es necesario que el licitador invoque y detalle de forma suficientemente justificada la confidencialidad y que el órgano de contratación decida sobre dicho aspecto.

d) La recurrente solicita que se requiera a GIZATZEN para que justifique la declaración de confidencialidad y que el órgano de contratación realice un juicio de valor sobre la misma, otorgándose un nuevo plazo a los licitadores para que puedan realizar las pertinentes acciones legales.

SÉPTIMO: Alegaciones de GIZATZEN S.A.

Por su parte, GIZATZEN alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) La parte declarada confidencial de su oferta incluye secretos técnicos y comerciales, que constituyen el know-how de la empresa o pueden ser utilizados por otros licitadores, tales como instalaciones, datos de maquinaria, equipos propuestos, innovaciones tecnológicas y desarrollos o datos personales de sus empleados.

b) El recurso se basa en el falso hecho de que GIZATZEN declaró genéricamente confidencial toda su oferta y que el recurrente ha declarado confidenciales aspectos a los que ahora pretende acceder.

c) 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 recurrente, sin que por éste se haya señalado qué concretos aspectos de dicha documentación habría sido necesario examinar para poder formular el recurso.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso indicando que, una vez recibida la solicitud de acceso al expediente por parte de ISS, en fecha 20 de diciembre de 2021 el órgano de contratación requirió a la empresa GIZATZEN S.A. a fin de que concretase qué datos e informaciones de su propuesta técnica eran efectivamente confidenciales. Atendiendo a este requerimiento, en fecha 24 de diciembre de 2021, la empresa GIZATZEN S.A. señaló y justificó las partes de su oferta que consideraba confidenciales por lo que, mediante Decreto de fecha 3 de enero de 2022, se concedió acceso a ISS para examinar el expediente de contratación con excepción de la parte de la oferta técnica que la adjudicataria había declarado confidencial, lo cual tuvo lugar en fecha 10 de enero. En consecuencia, la empresa GIZATZEN ya fue requerida a fin de concretar y justificar la confidencialidad de la oferta, habiendo sido el requerimiento evacuado.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente solicita que se requiera a la mercantil GIZATZEN para que justifique la declaración de confidencialidad de su oferta y al órgano de contratación para que realice un juicio de valor sobre dicha justificación, otorgando, en su caso, un nuevo plazo a los licitadores para efectuar las pertinentes acciones legales.

No obstante, como bien señala el poder adjudicador, consta en el expediente que con carácter previo a la vista del expediente solicitado por ISS, se requirió a la empresa GIZATZEN S.A. en fecha 20 de diciembre de 2021 a fin de que concretara qué datos e informaciones de su propuesta técnica son efectivamente confidenciales, requerimiento que fue atendido por la adjudicataria en fecha 24 de diciembre. En el informe que realizó el órgano de contratación de fecha 28 de diciembre de 2022, se propuso conceder acceso al expediente de contratación a la mercantil ISS FACILITY SERVICES S.A. con excepción de la parte de la oferta técnica de la empresa GIZATZEN que había



sido declarada confidencial, lo cual ratificó el Decreto de Alcaldía 1/2022, de 3 de enero, por el que se acordó el acceso al expediente. Consecuentemente, ya existe la justificación de la declaración de confidencialidad de la oferta de GIZATZEN y que la recurrente solicita en su recurso, así como también consta la emisión del juicio de valor sobre tal declaración por parte del poder adjudicador y que también solicita la mercantil ISS. Por consiguiente, corresponde ahora a este OARC/KEAO decidir directamente sobre la cuestión de si procede o no el acceso por parte de la recurrente a la documentación declarada confidencial por la adjudicataria.

a) Sobre la denegación de acceso al recurso

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 33/2020), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente, por el licitador a cuya información se pretende acceder y por el poder adjudicador, así como a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, 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 como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los



documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contraria a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que el acceso fue correctamente denegado por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Según consta en el expediente, ISS ha declarado confidencial toda su oferta técnica excepto el Plan de trabajo. No obstante, cabe indicar que, a pesar de que GIZATZEN sí ha declarado confidencial su Plan de Trabajo, lo cierto es que ya justificó ante el poder adjudicador las razones de tal declaración. Según la adjudicataria impugnada, dicho documento contiene información sobre soluciones técnicas innovadoras y propuestas de diseño, que no deben ser reveladas a terceros por formar parte de su know-how y por suponer secreto técnicos y comerciales. Además, añade que incluye metodologías propias de



GIZATZEN, instalaciones, mejoras del servicio y datos de maquinaria y equipos propuestos, con la introducción de innovaciones tecnológicas en los mismos, que suponen una ventaja competitiva que es fruto de la innovación y el Know how de la empresa, que puede afectar a su competencia en el mercado.

- 2) Téngase en cuenta que, si bien ISS no ha declarado confidencial su Plan de trabajo, GIZATZEN ha incluido en los apartados de su Plan de trabajo cierta documentación que la recurrente si ha calificado como confidenciales en su oferta, como, por ejemplo, la maquinaria, los productos de limpieza y consumibles, el plan de reserva de suministros y materiales, o los medios técnicos. Adicionalmente, se debe indicar que ISS ha podido acceder parcialmente a apartados de la oferta técnica de GIZATZEN que la propia recurrente ha declarado confidenciales (parcialmente, los siguientes apartados: 2.1 plan de supervisión, control y evaluación del servicio, 4 plan de formación, 6.1.1 medidas para garantizar la seguridad y salud y 7 completar jornadas laborales). En consecuencia, y como ya se ha señalado, no es admisible que ISS pretenda un acceso más amplio que el que ella misma considera aceptable y referido a información equivalente a la que la recurrente considera que es confidencial, lo cual es un indicio del carácter sensible de la información a la que pretende acceder; además, como ya se ha señalado más arriba, una petición de acceso de tales características resulta contraria a la buena fe.
- 3) El recurrente dispone del informe de valoración de las ofertas para conocer la motivación de la puntuación otorgada por el órgano de contratación y poder formular recurso. Sin embargo, en la solicitud de acceso al expediente que ISS presentó en el órgano de contratación en fecha 15 de diciembre de 2021, solicitó el acceso al expediente administrativo completo y, en particular, a las ofertas técnicas de las licitadoras GIZATZEN y CLYMAGRUP JCT SL. De tal genérica petición, se puede deducir que el objeto de acceder al expediente es la búsqueda



de errores o defectos en las ofertas de las otras licitadoras, sin tan siquiera indicar que partes de la oferta precisa para contrastar las valoraciones o fundar su recurso.

Por todo ello, debe denegarse la petición de acceso al expediente solicitada por la recurrente.

b) Conclusiones.

Considerando que no procede la solicitud de acceso al expediente y, en consecuencia, tampoco la ampliación del plazo para completar el recurso especial, procede la desestimación del recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ISS FACILITY SERVICES S.A. contra la denegación de acceso al expediente de contratación y la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza interior en los edificios y dependencias municipales de Derio”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1



Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko otsailaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de febrero de 2022