



EB 2022/093

**Resolución 153/2022, de 18 de octubre, 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 DARS TELECOM, S.L. contra la adjudicación del contrato “Evolución del sistema de intervención legal de comunicaciones de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 3 de junio de 2022 se ha presentado 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 DARS TELECOM, S.L. contra la adjudicación del contrato “Evolución del sistema de intervención legal de comunicaciones de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

**SEGUNDO:** Remitido el recurso al poder adjudicador el día 6 de junio, se le solicitó 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 10 de junio. El contenido de las ofertas técnicas de los licitadores se ha recibido el 8 de julio.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados el día 13 de junio, se han recibido el día 20 de junio las alegaciones de EXCEM GRUPO 1071, S.A. (en adelante, EXCEM), adjudicataria impugnada.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PREVIO: Sobre la petición de acceso al expediente**

La recurrente solicita acceso genérico al expediente administrativo. No obstante, se ha de indicar que con carácter previo a la interposición del recurso especial solicitó al órgano de contratación la ofertas técnicas y ofertas económicas presentadas por EXCEM. Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), 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 y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y 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, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, 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 contrario 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, 030/2021 106/2022).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Respecto a las ofertas técnicas de DARS TELECOM S.L. y de EXCEM GRUPO 1971 S.A., ambas licitadoras han declarado confidencial dichos documentos. Se observa que DARS TELECOM S.L. pretende un acceso más amplio que el que él mismo considera aceptable y referido a información equivalente a la que él mismo considera que es confidencial, lo cual es un indicio del carácter sensible de la información a la que



pretende acceder y de que la decisión del poder adjudicador sobre la petición de acceso es correcta; además, como ya se ha señalado más arriba, una petición de acceso de tales características no es aceptable por contraria a la buena fe.

- 2) Respecto al acceso a la oferta económica de la adjudicataria impugnada, este OARC/KEAO considera que no procede estimar dicha solicitud toda vez que la recurrente dispone de dicha documentación; de hecho, aporta como documento número 14 del recurso las ofertas realizadas por ambas licitadoras.
- 3) En lo que se refiere a la petición genérica de acceso a todo el expediente administrativo, no se especifica cuál es el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que se pretende remediar mediante el acceso, finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de la propia motivación del acto impugnado para plantear el debate sobre la legalidad de la adjudicación, como se podrá deducir también del contenido de los siguientes apartados de la presente Resolución (ver la Resoluciones 174/2019 y 82/2020 del OARC / KEAO).

La conclusión a todo ello es que no procede aceptar la solicitud de acceso al expediente formulada en vía de recurso.

**PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.J.S.G. 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 de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

**TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

**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, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi 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**

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La Resolución de adjudicación resulta nula al adjudicar el contrato a EXCEM en base en la Resolución de revisión que realizaba una interpretación de la cláusula específica 22.2.3 contraria al ordenamiento jurídico porque (i) permite renegociar las “capacidades” a pesar de que ni forman parte de la Resolución inicial ni se trata de “importes”, en una actuación contraria a la interpretación



literal de la cláusula, (ii) permite a EXCEM mejorar su oferta tras obtener información sobre la oferta de DARS, (iii) modifica el alcance de dicha cláusula específica sin seguir procedimiento válido alguno y sin dar audiencia a DARS, (iv) es dictada por un órgano manifiestamente incompetente (el Secretario de la Mesa de contratación).

b) Subsidiariamente, para el supuesto en que no se aprecie lo alegado en el apartado anterior a), se alega que en el procedimiento se ha vulnera el secreto de las proposiciones de las licitadoras, en contra de lo dispuesto en la cláusula 20 del PCAP.

c) Consecuentemente, la Resolución de adjudicación impugnada adolece de las mismas causas de nulidad que las actuaciones de las que trae origen (Resolución de revisión).

d) Finalmente, solicita que se acuerde declarar la nulidad de la Resolución de adjudicación y retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la Resolución de revisión, de modo que únicamente se permita renegociar los “Importes” referentes a la fase de transición y a la fase de operación como previene la Resolución Inicial. Subsidiariamente y, sólo para el caso de que no se estime ninguna de las peticiones anteriores, se acuerde

- (i) proceder a la anulación de la Resolución de Adjudicación, y de todos los actos dictados en el Expediente de contratación, que resultan posteriores al momento en que quedó vulnerado el secreto de las proposiciones;
- (ii) retrotraer las actuaciones al momento en que fueron presentadas las Ofertas Económicas Originales, que son las únicas que pueden ser aceptadas, por haber sido formuladas sin haberse vulnerado el secreto de las proposiciones; y
- (iii) ordenar al Órgano de contratación que valore las ofertas económicas originales de modo que adjudique el contrato a DARS, en la medida en que su oferta resulta la mejor valorada.



### **SÉPTIMO: Alegaciones de EXCEM**

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La adjudicación impugnada trae causa de la retroacción de actuaciones acordada por el OARC mediante Resolución 058/2022, de 25 de marzo, que estimaba parcialmente el recurso especial presentado por EXCEM y acordaba la retroacción de actuaciones para que se continuara el procedimiento a partir de la Resolución de 7/7/2021, de acuerdo a lo previsto en los pliegos y en la LCSP. En la Resolución 058/2022 del OARC ya se resuelven las cuestiones que plantea ahora la recurrente y que no ha sido recurrida.

b) Las alegaciones de DARS carecen de todo fundamento jurídico, no sólo porque se basa en unas supuestas irregularidades cometidas por el órgano de contratación que en modo alguno han sido probadas, sino porque, además, se impugna una resolución firme y no rebatida en su momento. Además, la Resolución 058/2022, de 25 de marzo del OARC considera que la Resolución de 7 de julio de 2021 es ajustada a derecho.

c) La supuesta vulneración del secreto de la identidad de los competidores no supone ninguna ventaja o desventaja competitiva y el recurrente no prueba que el órgano de contratación ha actuado con parcialidad o apartándose de los criterios del PCAP.

### **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

a) El recurso se interpone contra la Resolución de adjudicación de 13 de mayo de 2022, dictada en ejecución de la Resolución 058/2022 del OARC / KEAO que



estimaba parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EXCEM y ordenaba la retroacción de actuaciones para que se continuara el procedimiento a partir de la Resolución de 7/7/2021. En consecuencia, se ha procedido a valorar las ofertas económicas definitivas presentadas por las empresas EXCEM y DARS como consecuencia de la solicitud cursada el 7 de julio de 2021.

b) La cuestión de si cabe o no negociar el aumento de la capacidad de la Plataforma del sistema ILC de la Ertzaintza ya ha sido objeto de alegaciones por ambas empresas y resuelto y zanjado por el OARC / KEAO, por lo que no cabe abrir de nuevo el debate. Al producirse identidad de sujetos participantes en el procedimiento, identidad de “petitum” e identidad de “causa pedendi” operaría el efecto negativo de la “cosa juzgada administrativa”.

c) El recurso construye artificiosamente un argumento lógico deductivo basado en una falsa premisa que consiste en (i) el secretario de la Mesa de contratación ha dictado una resolución que es nula porque carece de potestad para ello y (ii) dicha Resolución es de revisión, para lo cual no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido. No obstante, el secretario ni ha dictado ninguna Resolución propiamente dicha (únicamente formula por escrito y traslada las indicaciones del Servicio técnico de la Dirección de Gestión de Telecomunicaciones) ni mucho menos lo ha sido de “revisión”, entendido en el sentido técnico jurídico que le otorga el derecho administrativo.

d) Se rechaza la alegación de que en el procedimiento se ha vulnerado el secreto de las proposiciones de las licitadoras. Se puede constatar en el expediente que ha habido una estricta separación entre la apertura y negociación de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor respecto de la apertura y negociación de los evaluables automáticamente.



## **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

La pretensión del recurso, consistente en la anulación de la Resolución de adjudicación de 13 de mayo de 2022 de adjudicación del contrato a EXCEM, se fundamenta en que

- (i) se basa en una actuación administrativa previa nula (la Resolución de 7/7/2021, denominada “de revisión” por el recurrente).
- (ii) se ha vulnerado el secreto de las proposiciones de las licitadoras

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la impugnación.

- a) Sobre la viabilidad del argumento de que la adjudicación se sustenta en una actuación administrativa nula (la Resolución 7/7/2021 o de “revisión”).

Tal y como alegan EXCEM y el poder adjudicador la Resolución de adjudicación de fecha 13 de mayo de 2022 se dicta en ejecución de la Resolución 058/2022 de este OARC / KEAO, que dispone en su apartado primero lo siguiente:

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa EXCEM GRUPO 1971, S.A. contra la adjudicación del contrato “Evolución del sistema de intervención legal de comunicaciones de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en el sentido señalado en el apartado 1) de la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

El apartado 1) de la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la mencionada Resolución indica lo siguiente:

- c) Conclusiones



A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, se concluye lo siguiente:

- 1) La consecuencia de la infracción señalada en el apartado 4) de la letra b) anterior es la anulación de la adjudicación impugnada y la retroacción de actuaciones para que se continúe el procedimiento a partir de la Resolución de 7/7/2021 de acuerdo a lo previsto en los pliegos y en la LCSP.

En concreto, sobre la mencionada Resolución 7/7/2021 (en palabras del recurrente de “revisión”), en el número 3) del apartado b) del Fundamento Jurídico noveno se efectuaban las siguientes consideraciones:

- 3) Mediante la Resolución de 7/7/2021, y tras aceptar las alegaciones presentadas por el recurrente (folios 337 y 338), a las que se opuso DARS (folios 340 a 355), el poder adjudicador acordó una “ampliación del contenido de la oferta económica definitiva” en el sentido de incluir en la misma “el mismo contenido que la Oferta económica inicial”, incluyendo por lo tanto la propuesta de capacidad, antes excluida. Este Órgano entiende que, si bien la Administración alteró el carácter definitivo de la propuesta de capacidad inicialmente planteada para convertirlo en un aspecto de la proposición aún susceptible de nueva negociación o modificación, ello no supone una infracción de la prohibición de negociar las ofertas definitivas derivada de los apartados 5 y 8 del artículo 169 de la LCSP. Debe tenerse en cuenta que se trataba de la oferta inicial, que se había dado por definitiva sin negociación a pesar de que la cláusula específica 22.2.3 precisa que es uno de los aspectos del contrato a negociar, y que se trata de un acto de trámite no declarativo de derechos cuya revocación no está sujeta a un procedimiento específico de revisión y, lo que es más importante, la decisión se ha tomado antes de valorar ofertas ajustadas a la Resolución de 30/6/2021; lo contrario sí habría sido una negociación contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia porque supondría utilizar nuevas y distintas reglas de adjudicación a la vista del resultado de la aplicación de las anteriormente vigentes (artículo 169.4 de la LCSP).

La recurrente, alega que la adjudicación ahora impugnada es nula porque también lo es la Resolución de 7/7/2021 sobre la que se sustenta. No obstante, esta cuestión está ya resuelta en la mencionada Resolución 058/2022 de este OARC / KEAO y no cabe la posibilidad de que este Órgano pueda revocarla o modificarla por aplicación de la denominada “cosa juzgada administrativa”. Efectivamente, como indican las Resoluciones 112/2020 y 083/2021 de este Órgano, “este principio, tributario del de seguridad jurídica, evita que la discusión jurídica se



alargue indefinidamente mediante la interposición de sucesivos recursos sobre cuestiones que ya han sido resueltas. Produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en un segundo proceso, en virtud del carácter intangible de la resolución (sin perjuicio de su impugnación, en su caso, por vía contencioso administrativa). En suma, se trata de no eludir la eficacia del artículo 59.1 LCSP, que establece que la resolución que resuelve un recurso especial solo puede ser objeto de recurso contencioso administrativo (ver, en este sentido, la Resolución 137/2015 del OARC / KEAO)".

A la vista de lo señalado anteriormente, debe inadmitirse la pretensión de nulidad de la adjudicación por razón de la nulidad del acto sobre el que se sustenta, cuestión que fue objeto de análisis en la Resolución 058/2022 de este OARC/KEAO, y respecto de la cual únicamente cabe interponer recurso contencioso – administrativo.

b) Sobre la vulneración del secreto de las ofertas.

De forma subsidiaria la recurrente denuncia la vulneración del secreto de las proposiciones de las licitadoras incumpléndose lo dispuesto en la dispuesto en la cláusula 20 del PCAP. A juicio de este OARC / KEAO esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) La cláusula 20 del PCAP contiene una obligación destinada al poder adjudicador, por lo demás genérica y que obra en la LCSP (artículos 1 y 133 de la LCSP), de no obrar de forma discriminatoria y de salvaguarda de la confidencialidad de las ofertas. Por lo que respecta al deber de confidencialidad, la propia cláusula 20 del PCAP especifica que consistirá en no revelar a los demás participantes los datos designados como confidenciales por un licitador en su oferta.
- 2) De las genéricas alegaciones efectuadas por el recurrente se desprende que la denuncia relativa a la infracción de la confidencialidad se refiere al hecho de que cada licitadora conoce la identidad de su competidor. No obstante, al margen de la citada cláusula 20 del PCAP no alega ninguna disposición o cláusula contractual en la que se imponga al órgano de



contratación la obligación de no facilitar dicha información. Por el contrario, la cláusula 12.3 del PCAP manifiesta que el deber de confidencialidad no afectará a la oferta económica sin establecer restricción alguna al respecto. Esta circunstancia difiere de la analizada en el Acuerdo 33/2015, de 9 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, alegado por el recurrente, en el que el procedimiento analizado preveía expresamente no trasladar la identidad de los licitadores a los competidores.

- 3) Por lo que respecta a la infracción de la igualdad de trato, ningún argumento aporta el recurrente, más allá de señalar que se conoce la identidad de los licitadores. En particular, no alega en qué medida ha podido perjudicarle o beneficiar a su competidor el conocimiento de dicha información. Además, el recurrente parece confundir el deber de confidencialidad, que afecta al contenido de la oferta, con el secreto de la oferta y la evaluación sucesiva y separada de los distintos tipos de criterios de adjudicación, que afecta a la apertura de los sobres que contienen la oferta.

#### c) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe ser desestimado.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:



## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar el recurso interpuesto por la empresa DARS TELECOM, S.L. contra la adjudicación del contrato “Evolución del sistema de intervención legal de comunicaciones de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

**TERCERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**CUARTA:** 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 urriaren 18a**

Vitoria-Gasteiz, 18 de octubre de 2022