

# CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

## CONSEJERÍA DE HACIENDA, EMPLEO Y COMERCIO

### 329. ORDEN Nº 1149 DE FECHA 15 DE ABRIL DE 2021 RELATIVA A INSTRUCCIÓN REGULATIVA DE ACCESO DE LOS LICITADORES A LA INFORMACIÓN OBRANTE EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE LA FASE DE ADJUDICACIÓN

La titular de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio, mediante Orden/Resolución de 15/04/2021, registrado al número 2021001149, en el Libro de Oficial de Resoluciones de la Consejería ha dispuesto lo siguiente:

#### **“ INSTRUCCIÓN REGULATIVA DE ACCESO DE LOS LICITADORES A LA INFORMACIÓN OBRANTE EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE LA FASE DE ADJUDICACIÓN ”**

Son varias las disposiciones que regulan la publicidad y transparencia en los procedimientos administrativos de esta Administración, y en particular en los procedimientos de contratación pública. Entre otras cabe citar:

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- 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)
- Esta Administración, y en particular su área de contratación, promueve la máxima transparencia en sus procedimientos, como puede observarse en los siguientes criterios adoptados recientemente:
- Publicación de toda la documentación preceptiva relativa a la licitación, según lo contenido en el LCSP.
- Publicación de las convocatorias de las sesiones de la mesa de contratación.
- Retransmisión online y acceso público (tanto en directo como en diferido) de los actos de apertura de criterios de adjudicación evaluables automáticamente (mediante fórmulas).
- Publicación de actas de las sesiones de la mesa de contratación.
- Publicación (normalmente como anexos a las actas de la mesa de contratación) de informes relevantes en el procedimiento de licitación (entre otros: informes de valoración de criterios de adjudicación e informes de valoración de justificación de bajas temerarias).

Toda la información enumerada se publica en el perfil del contratante de esta Administración alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP).

Sin embargo, se vienen recibiendo continuas solicitudes de acceso a documentación obrante en los expedientes de licitación pública correspondiente a documentación administrativa y/o técnica de licitadores que en algunos casos pueden resultar desproporcionadas, extemporáneas e incluso contrarias al principio de confidencialidad contemplado en el artículo 133 de la LCSP.

Cabe citar que el art. 52 de la LCSP establece el derecho a los interesados en el expediente de contratación de examinar el mismo, así como la obligación del órgano de contratación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley. Si bien este artículo pertenece al capítulo V del Título I de la LCSP que se refiere al recurso especial en materia de contratación, el derecho de acceso viene otorgándose por esta Administración también a los interesados de aquellos contratos que no son objeto del citado recurso especial.

A este respecto el art. 133 de la LCSP establece que 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.

En este sentido, esta Administración tiene suscrito un convenio de colaboración con el Ministerio de Hacienda (Véase BOE nº 283 de 26 de octubre de 2020) cuyo objeto es la atribución al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 44 y 49 de la LCSP.

Si bien existen contratos que no está dentro del ámbito de aplicación de dicho convenio, esta Administración viene aplicando la jurisprudencia administrativa que viene estableciendo el TACRC en sus distintas resoluciones.

En lo que respecta al asunto en cuestión, caben destacar los siguientes criterios adoptados por el TACRC (el subrayado en negrita es propio):

#### **Recurso nº 1282/2017 C. Valenciana 220/2017. Resolución nº 117/2018**

“El Tribunal viene entendiendo que, **en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario** (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas).

A estos efectos, este Tribunal entiende 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”.

#### **Recurso 415/2017. Resolución 665/2017**

“Es de especial relevancia poner de manifiesto que la recurrente solicita el acceso a la documentación técnica después de producirse la valoración de las ofertas, es decir, antes de la resolución de adjudicación, e incluso antes de la propuesta de adjudicación. Tal y como pone de manifiesto el informe de la Abogacía del Estado los informes de técnicos de evaluación de ofertas son documentos de “carácter auxiliar o de apoyo” hasta el momento en que la mesa de contratación acuerde, en su caso, incorporarlos al expediente de contratación, lo que se produce siempre que la Mesa de contratación realice su valoración teniendo en cuenta estos informes. **No resultando admisible, por tanto, una solicitud de acceso a estas informaciones hasta que hayan concluido los trabajos realizados por la mesa de contratación con esas informaciones, momento que se corresponde con la resolución de adjudicación.**”

#### **Recurso 127/2016. Resolución 221/2016**

“la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto **lo que se reclama es la remisión de copia** de todo el expediente, **obligación que la Ley no impone al órgano de contratación**. En efecto, **éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias**. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar” **Recurso 31/2015. Resolución 131/2015**

“debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, **no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación**, no obstante la motivación plasmada en la notificación.”

#### **Recurso 1324/2017. Resolución 58/2018**

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”**.

También se señaló en la misma resolución, que **para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que “a) que comporte una ventaja**

**competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado.**"

De acuerdo con la doctrina expuesta, debe concluirse que el acceso al expediente de contratación tiene su régimen especial, debiendo éste ser observado por los licitadores a la hora de solicitar el citado acceso.

Ante dicha disyuntiva se considera necesario establecer una regulación de acceso a la información obrante en los expedientes de contratación, ponderando lo contenido en las citadas normas, y teniendo en cuenta además la jurisprudencia administrativa al respecto.

En base a todo lo anterior se considera recomendable el establecimiento de una instrucción, que cubra toda la normativa y jurisprudencia citada, y se adapte a las características de este órgano de contratación, en lo que respecta al acceso por parte de los licitadores, durante la fase de adjudicación, a la información obrante en los expedientes de contratación pública.

El órgano competente para la aprobación de dicha instrucción sería el órgano de contratación de esta Administración, que recae en la figura del titular de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio, en base al artículo 112 del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME extraordinario nº 2 de 30 de enero de 2017), y al decreto de distribución de competencias entre Consejería de la Ciudad de Melilla (BOME extraordinario nº 43 de 19 de diciembre de 2019). Igualmente es competente para regular esta materia en aquellos contratos de competencia plenaria, al ser consecuencia directa de la adjudicación, en base al acuerdo plenario de delegación en materia de contratación (BOME nº 4763 de fecha 9 de noviembre de 2010).

De acuerdo con lo anterior, y visto el expediente 13519/2021, en virtud de las competencias que tengo atribuidas, **VENGO EN DISPONER:**

**PRIMERO.-** La aprobación de la siguiente

**INSTRUCCIÓN REGULATORIA DE ACCESO DE LOS LICITADORES A LA INFORMACIÓN OBRANTE EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE LA FASE DE ADJUDICACIÓN**

**1º Admisión de solicitudes y procedimiento de puesta a disposición**

Sólo serán admitidas a trámite las solicitudes de visualización de documentación obrante en los expedientes de contratación pública durante la fase de adjudicación que cumplan los siguientes requisitos:

1. Motivación: Se deberá expresar con detalle en la solicitud la motivación por la cual desea visualizar documentación de otro licitador.
2. Legitimidad: el solicitante deberá justificar legitimación para la visualización de la correspondiente documentación. A los efectos de esta instrucción se establecen los mismos requisitos de legitimación que los contemplados en el art. 48 de la LCSP (aunque no sea un contrato sujeto a recurso especial).
3. Momento: Sólo serán admitidas aquellas solicitudes presentadas una vez acordada y publicada la aceptación por parte del órgano de contratación de la propuesta de la mesa de contratación contemplada en el art. 150.1 de la LCSP.
4. Concreción: En base a la motivación alegada, el solicitante deberá concretar qué documentos desea visualizar, no admitiéndose solicitudes de acceso al expediente completo, ni aquellas que puedan ser consideradas desproporcionadas en relación a la pretensión del correspondiente licitador.

Las solicitudes de visualización deberán ser dirigidas a la Dirección General de contratación Pública de esta Administración, que previa ponderación de los requisitos de admisión enumerados anteriormente, citará, en su caso, al licitador para visualizar la documentación que proceda en las dependencias de dicha Dirección General.

En ningún caso se facilitará copia, ni física ni digital, de dicha documentación.

En dicha comparecencia, de la que se dejará constancia por escrito, no se pondrá a disposición del licitador aquella documentación del expediente que sea de acceso público a través del perfil del contratante de esta Administración alojado en la PCSP.

Mientras se encuentren en vigor medidas sanitarias preventivas en diversos sectores en la Ciudad de Melilla, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID - 19 que limiten las reuniones de personas en el ámbito territorial de nuestra Ciudad, sólo se permitirá el acceso a las dependencias de la Dirección General de contratación Pública para el trámite de visualización de documentación a una persona por licitador.

En el caso de que no proceda admitir, total o parcialmente, la solicitud al respecto por parte de un licitador, se acordará mediante resolución del titular de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio.

Todo lo anterior es de aplicación sin perjuicio de los límites de confidencialidad regulados en el apartado siguiente.

**2º Declaración de confidencialidad de información facilitada en el procedimiento de licitación**

Aquel licitador que considere que parte de su proposición tiene el carácter de confidencialidad deberá presentar una declaración de confidencialidad en el sobre relativo a la documentación administrativa en el que justifique, como mínimo, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Si dicha información viene referida a secretos técnicos o comerciales.
2. Si dicha información comporta una ventaja competitiva para su empresa.
3. Si dicha información es verdaderamente reservada (desconocida por terceros).
4. Si dicha información representa un valor estratégico para su empresa y puede afectar a su competencia en el mercado.

En base a dicha información, y ante una solicitud de acceso a la misma por parte de otro licitador y/o interesado, el titular de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio decidirá si efectivamente concurre dicha confidencialidad mediante resolución motivada, procediendo a continuación, en su caso, a la puesta a disposición de la misma.

En el caso de licitaciones cuyo periodo de presentación de ofertas haya finalizado antes de que transcurran 10 días naturales desde la entrada en vigor de esta instrucción, la resolución citada en el párrafo anterior vendrá precedida de un periodo de audiencia al licitador al que corresponda la documentación declarada confidencial, de 5 días hábiles, durante los cuales podrá formular las alegaciones que considere oportunas.

No se admitirán declaraciones de confidencialidad que afecten a la totalidad de la oferta, a criterios de adjudicación evaluables automáticamente (mediante fórmulas), a documentación administrativa o a la justificación presentada, en su caso, dentro del trámite contemplado en el art. 149 de la LCSP respecto a aquellas ofertas incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe.

**SEGUNDO.-** Proceder a la publicación de la presente instrucción en el Boletín Oficial de Melilla momento a partir del cual surtirá efectos, para su conocimiento y efectos y difundir el contenido del mismo, de conformidad con el principio de transparencia, mediante su publicación actualizada y permanente en la sede electrónica, en cumplimiento de lo que disponen los artículos 6.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, art. 72.5 del Reglamento de Gobierno y Administración y artículos 5 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno en relación con el Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Ciudad Autónoma de Melilla."

Contra esta ORDEN/RESOLUCIÓN, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de la notificación o publicación de la presente.

Dicho recurso podrá presentarse ante esta Consejería o ante el Excmo. Sr. Presidente de la Ciudad Autónoma, como superior jerárquico del que dictó la Resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.1 del Reglamento del Gobierno y de la Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME Extraordinario número 2 de 30 de enero de 2017), y 121 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE número 236, de 1 de octubre de 2015).

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso de alzada interpuesto.

No obstante, podrá utilizar cualquier otro recurso, si así lo cree conveniente bajo su responsabilidad.

Lo que se publica para general conocimiento y efectos.

Melilla 15 de abril de 2021,  
El Secretario Técnico de Hacienda, Empleo y Comercio,  
Sergio Conesa Mínguez