Recurso nº 982/2022
Resolución nº 1239/2022
Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. S. C., en representación de VITHAS SANIDAD MÁLAGA INTERNACIONAL, S.L., contra la adjudicación del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de "*Servicios de hospitalización, asistencia de urgencias, intervenciones quirúrgicas, consultas externas, pruebas diagnósticas y actualizaciones complementarias para ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, en el ámbito territorial de la provincia de Málaga (Andalucía)*", con expediente referencia SP00267/2020, convocado por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Subdirección General Sanitaria de ASEPEYO. Mutua Colaboradora con la Seguridad Social. num.151 convocó licitación para Servicios de hospitalización, asistencia de urgencias, intervenciones quirúrgicas, consultas externas, pruebas diagnósticas y actualizaciones complementarias para ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, en el ámbito territorial de la provincia de Málaga (Andalucía), expediente SP00267/2020.

El Código de clasificación CPV del contrato es el nº 85111000 - Servicios hospitalarios. El anuncio de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 3 de enero de 2022.

El valor estimado del contrato se cifra en 6.292.000 euros. Se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El plazo de ejecución del contrato es de 2 años.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en 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).

El procedimiento de adjudicación ha sido el abierto en tramitación ordinaria. En el procedimiento de adjudicación han presentado sus respectivas ofertas IDCQ HOSPITALES Y SANIDAD S.L., (en adelante IDCQ) HOSPITAL EL ANGEL GRUPO HLA, S.L.U (en adelante El ÁNGEL) y VITHAS SANIDAD MALAGA INTERNACIONAL, S.L. (en adelante VITHAS).

Tercero. Tras los trámites oportunos, la Mesa de contratación, en fecha 15 de marzo de 2022, procedió a la apertura del sobre 2, correspondiente a los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas y la oferta económica, constatando que las empresas licitadores IDCQ HOSPITALES Y SANIDAD, S.L.U y HOSPITAL EL ÁNGEL GRUPO HLA, S.L.U habían sido formuladas en términos que las hacían anormalmente bajas, por lo que se emplazó a las dos licitadoras para que justificaran la viabilidad económica de las respectivas ofertas, de conformidad con el artículo 149 de la LCSP. Según refiere el órgano de contratación, las licitadoras justificaron de forma suficiente la viabilidad de sus ofertas, al evacuar el trámite conferido a este fin. Obra en el expediente remitido el Informe del Área Técnica de la Dirección de Contratación relativo a la valoración de las ofertas incursas en baja anormal, en el archivo del expediente "*16. Informe técnico de Valoración de bajas desproporcionadas.pdf*".

Sobre la base del informe del Área Técnica, la Mesa acordó estimar justificada la viabilidad de las ofertas de ambas licitadoras.

Resultando que el licitador mejor valorado fue IDCQ, la Mesa propuso como adjudicataria a dicha empresa. Tras los trámites oportunos, en fecha 29 de junio de 2022, el órgano de contratación publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la resolución por la que se adjudicaba el lote nº 1 a IDCQ. La resolución especifica las licitadoras incursas en presunción de anormalidad y la aceptación de las justificaciones de la respectiva viabilidad de las ofertas. Es objeto de impugnación el lote nº 1.

Cuarto. En fecha 30 de junio de 2022 VITHAS solicitó el acceso a la documentación del expediente, la cual tuvo lugar en fecha 13 de julio de 2022, pudiendo con esta ocasión acceder la hoy recurrente al requerimiento realizado a la IDCQ y a EL ÁNGEL, y al informe del Área técnica de la Dirección de Contratación relativo a la valoración de ofertas con baja desproporcionada. No se permitió el acceso a las respectivas justificaciones de la viabilidad económica de las ofertas de IDCQ y EL ÁNGEL.

Quinto. Frente a la resolución de adjudicación del contrato reacciona VITHAS mediante la interposición del presente recurso especial en materia de contratación. El recurrente invoca los siguientes motivos de impugnación: 1) Vulneración del artículo 149.6 de la LCSP por ausencia de motivación, pues el poder adjudicador no ha motivado debidamente la aceptación de las ofertas desproporcionadas de las empresas IDCQ y EL ÁNGEL por lo que el procedimiento de adjudicación incurre en causa de nulidad de conformidad con los artículos 38 b) y 39 de la LCSP, y 47 de la Ley 39/2015; 2) No puede invocarse en este caso la discrecionalidad técnica de la Administración; 3) Infracción del principio de confidencialidad porque no consta que las empresas IDCQ y EL ÁNGEL, hayan motivado la confidencialidad de sus alegaciones ni que la Subdirección General Sanitaria de Asepeyo, haya llevado a cabo un juicio de valor con objeto de ponderar los intereses (legítimos) de las entidades IDCQ y EL ÁNGEL de proteger aquellas partes de sus alegaciones que efectivamente pudieran contener datos o información confidencial con los igualmente legítimos de la recurrente de conocer si sus ofertas estaban justificadas correctamente.

Y anuda a tales motivos de impugnación la pretensión de que se proceda a la anulación de la resolución de adjudicación y del informe de valoración de las ofertas desproporcionadas, por vulnerar la normativa y la doctrina citada y que, en consecuencia, ordene la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno a efectos de que el órgano de contratación pueda justificar correctamente la aceptación de las ofertas desproporcionadas de las empresas IDCQ y EL ÁNGEL.

Y que, sin perjuicio de lo anterior, se garantice a la recurrente su derecho de acceso a la información solicitada, en concreto a las alegaciones justificativas de las ofertas económicas de las empresas IDCQ y EL ÁNGEL.

Sexto. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe en el que solicita la desestimación del recurso, y manifiesta que ha actuado conforme a criterios de discrecionalidad técnica y dando cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP. Asimismo, manifiesta que se cumplió con el trámite de exhibición del expediente, sin que deba conferir traslado al recurrente de la justificación de las ofertas presentadas por IDCQ y EL ÁNGEL porque tales documentos están amparados por el principio de confidencialidad recogido en el artículo 133 de la LCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 1 de agosto de 2022, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen alegaciones. En fecha 5 de agosto se presentan alegaciones por IDCQ. En su escrito de alegaciones manifiesta que presentó la justificación de la viabilidad económica de su oferta. Sostiene además que, al haberse admitido su oferta, el órgano de contratación no está compelido a hacer una motivación exhaustiva, propia sólo de supuestos de exclusión. Comparte el criterio del órgano de contratación y solicita la desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 3 de agosto de 2022, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación, en su lote nº 1, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 47.1 considerado en relación con el artículo 45.1 de la LCSP, al ser la Mutua colaboradora con la Seguridad Social un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública y vinculada a aquella.

Segundo. Tratándose de un acuerdo de adjudicación adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 44.2 c) de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido presentado en fecha 22 de julio de 2022 y, por tanto, en el plazo de quince días a contar desde la publicación del acuerdo recurrido, de conformidad con el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se interpone en el seno del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios que en atención a su valor estimado se encuentra sujeto a regulación armonizada.

Quinto. VITHAS está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP al haber concurrido a la licitación. Establece dicho precepto que «*podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*».

La oferta del recurrente quedó clasificada en tercer lugar. Toda vez que recurre la aceptación de las justificaciones de las ofertas incursas en presunción de anormalidad del adjudicatario y del licitador clasificado en segundo lugar, la eventual estimación del recurso le permitiría esperar razonablemente que el contrato le fuera adjudicado. Tal expectativa constituye el interés legítimo en el artículo 48 de la LCSP.

Sexto. Entrando en los argumentos de fondo, el marco legal de referencia se centra en lo dispuesto en el 149 de la LCSP, a cuyo tenor:

«*4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.*

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201. Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico».

Séptimo. Examinadas las alegaciones del recurrente y la adjudicataria, y lo informado por el órgano de contratación, para resolver el presente recurso debe tomarse como punto de partida la doctrina de este Tribunal sentada en relación con la admisión, o rechazo, de la

justificación dada sobre aquellas ofertas formuladas en términos que, de acuerdo con los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las hacen anormalmente bajas.

Decíamos en la Resolución 195/2022, con cita de otra anterior, nº 1096/2021, de 9 de septiembre:

«En cuanto al fondo del recurso, el artículo 149.4 de la LCSP dispone expresamente que los licitadores que hayan presentado ofertas incursas en presunción de anormalidad, "justificarán y desglosarán razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos".

En aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que las mismas incurren en error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento. Por ello, a la hora de dilucidar si la decisión de exclusión de la recurrente como consecuencia de la anormalidad de su oferta se ajusta o no a Derecho, este Tribunal administrativo ha de limitarse a constatar que la decisión incurre en alguno de los referidos defectos. Y en el presente caso, debemos descartarlo […] lo cierto es que el recurso no puede prosperar, pues la presunción de anormalidad de la oferta no ha logrado ser desvirtuada, siendo que dada su relevancia (un 26,75%) requería una cumplida o agravada explicación. En efecto, tal y como tiene declarado este tribunal, si bien es cierto que no se debe justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sí que es necesario proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta (Resolución 1061/2015, de 20 de noviembre, del TACRC)».

Y, en esta misma línea, en Resolución nº 1255, de 23 de septiembre de 2021, señalábamos:

«Este Tribunal ha establecido una doctrina consolidada en torno a las consecuencias derivadas de la calificación de una oferta como incursa en "valores anormales o desproporcionados", debiendo destacarse las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, la mera existencia de una oferta con valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática del procedimiento de licitación, sino que se ha de tramitar un procedimiento contradictorio, con audiencia al licitador afectado, para que pueda justificar adecuadamente el bajo nivel de los precios ofertados o de costes propuestos, y, por tanto, que es susceptible de ser cumplida en sus propios términos;

- La concurrencia de valores anormales o desproporcionados en una oferta supone una presunción iuris tantum de que la oferta no puede ser cumplida, la cual puede ser destruida mediante prueba en contrario por parte del licitador de la justificación anteriormente citada;

- La justificación del licitador debe concretar detalladamente los términos económicos y técnicos de su oferta, con la finalidad de demostrar de modo satisfactorio que, a pesar del ahorro que supone su oferta, la misma no pone en peligro la futura ejecución del contrato; no es precisa una justificación exhaustiva de la oferta desproporcionada, sino que se ha de ofrecer explicaciones suficientes que justifiquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios o de costes propuestos, y por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, permitiendo llegar al convencimiento de que se puede cumplir normalmente con la oferta en sus propios términos;

- La justificación de los argumentos en que se base han ser más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja;

- La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar la justificación ofrecida por la empresa licitadora y el informe o informes emitidos por los servicios técnicos;

- El control jurídico de dicha decisión es limitado, en la medida en que se trate de una decisión discrecional, debiendo tenerse en cuenta la aplicación de la doctrina de los límites de la discrecionalidad técnica de la Administración;

- El rechazo de la oferta exige una resolución debidamente motivada que indique el motivo por el cual las justificaciones ofrecidas por el licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. En consecuencia, la competencia del Tribunal se extiende al análisis de la justificación del licitador cuya oferta es considerada anormal, y determinar si es suficiente o no, análisis que procede realizar en este momento».

Decíamos, también, en la resolución nº 1438/21, de 21 de octubre, que

«la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad, de suerte que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo (Resoluciones nº 269/2015, de 22 de mayo, n° 465/2015, de 23 de marzo de 2015, n° 290/2016, de 22 de abril de 2016, nº 425/2016, de 10 de junio de 2016, entre otras)».

También debemos recordar, como decíamos en la Resolución 1317/2020, de 10 de diciembre, que «*el informe que da por válida la justificación ofrecida, al ser elaborado por un técnico adscrito al órgano de contratación, gozan de la llamada discrecionalidad técnica a la hora de valorar dicha justificación, y, dado que el recurrente no ha probado que en su redacción se haya incurrido en un error material, alguna arbitrariedad o error de procedimiento, las conclusiones técnicas emitidas por el servicio técnico deben prevalecer, pues la discrecionalidad técnica no ha sido desvirtuada (Resoluciones 968/2019, de 14 de agosto, 6/2016, de 12 de enero y 343/2015, de 17 de abril de 2015, Resoluciones 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo).*

Así lo decíamos recientemente en Resolución 1033/2020, de 28 de septiembre, "Adicionalmente, debemos advertir que no es cometido de este Tribunal la revisión de los criterios técnicos empleados por el órgano de contratación para valorar la justificación de las ofertas anormales o desproporcionados, como hemos señalado, por todas, en la Resolución 310/2017, de 31 de marzo, en la que afirmábamos que "De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de

septiembre, declaramos que la revisión de la apreciación del órgano de contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y que, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal"».

Octavo. Aun cuando el control que este Tribunal puede ejercer sobre las apreciaciones realizadas por el órgano de contratación es limitado, no significa que, como hemos expresado reiteradamente en el pasado, nos encontremos ante ámbitos exentos, en los que no es posible en absoluto su revisión. El alcance de la discrecionalidad técnica de la Administración ha sido perfilado por una jurisprudencia de largo alcance. Por todas, la STS de 10 de mayo de 2007 (Roj 4206/2007) señala,

«La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de

la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate».

De lo dicho cabe concluir que este Tribunal no puede sustituir las valoraciones técnicas realizadas por el órgano de contratación, pero sí puede (y debe) considerar la existencia de errores manifiestos u ostensibles faltas de razonabilidad en las conclusiones alcanzadas que determinen que el acto incurra en arbitrariedad.

Es también doctrina de este Tribunal que, mientras en caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución "reforzada", en los supuestos de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación. Y así hace valer tal doctrina IDCQ.

Si bien, cabe añadir, es precisa en todo caso una mínima motivación que permita evaluar la razonabilidad de la conclusión alcanzada.

El informe exclusiva y lacónicamente dice:

«*Vistas las alegaciones presentadas, cabe destacar que la empresa ha justificado, de forma suficientes, su oferta conforme a los parámetros técnicos y económicos exigidos en el artículo 149 de la LCSP».*

Pues bien, a la vista de las anteriores consideraciones, el informe emitido por el Área técnica de la Dirección de Contratación en relación con la justificación de las ofertas por los licitadores incursos en presunción de anormalidad carece de entidad incluso para cumplir los livianos requisitos que la doctrina de este Tribunal les impone.

Asiste la razón al recurrente cuando manifiesta que se ha vulnerado el artículo 149.6 de la LCSP por ausencia de motivación. Como puede apreciarse, el informe no recoge ningún tipo de información relativa a las circunstancias que hubieran aportado los licitadores para

justificar sus ofertas extraordinariamente bajas, ni tampoco explica las razones que le han llevado a admitir ambas ofertas desproporcionadas, infringiendo de esta manera el citado precepto.

Con ocasión de la solicitud de puesta de manifiesto del expediente tampoco ha logrado el recurrente conocer razón adicional a la contenida en el propio informe técnico, que como decimos es del todo punto insuficiente para colmar los requisitos de motivación. Pues solo pudo conocer el informe técnico y no se le exhibieron los documentos de las licitadoras justificativos de la viabilidad de sus ofertas. Y tampoco con ocasión de la remisión del expediente a este Tribunal, el órgano de contratación ha remitido tales documentos.

De modo que la ausencia de motivación del informe, unido al desconocimiento absoluto de cuales han sido las razones para que el órgano de contratación considere viables las ofertas, y unido al desconocimiento de las propias justificaciones ofrecidas por los licitadores, determinan que VITHAS ha incurrido en indefensión procedimental.

Las ofertas presentadas sí contienen ciertas referencias al ahorro de coste por economías de escala para determinadas partidas, pero lógicamente, además de ser una mención que se incluye repetidamente si mayores explicaciones, no es tampoco suficiente para dar por cumplida la motivación que el propio artículo 149 de la LCSP impone.

Noveno. Corresponde por último valorar, si puede ampararse la restricción en la información ofrecida a VITHAS en el principio de confidencialidad invocado por el órgano de contratación, y a cuyo amparo, no ha facilitado de forma general, las justificaciones de la viabilidad económica de las ofertas de IDCQ y EL ÁNGEL.

Es de recordar que el recurrente solicitó la puesta de manifiesto del expediente y que conforme al artículo 16 del Real Decreto 814/2015, que dispone:

«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

La remisión que ha de entenderse hecha al vigente artículo 133 de la LCSP en el que se regula el principio de confidencialidad, de la siguiente manera:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo».

El apartado 16 del pliego de cláusulas administrativas recoge lo propio con remisión al régimen referido.

Procede recordar la doctrina más reciente de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. Así, en la Resolución nº 616/2019, y la más reciente nº 926/2020 de fecha 26 de agosto de 2020 han perfilado los requisitos del ejercicio del derecho a la declaración de la confidencialidad de parte de la oferta del licitador, en los siguientes términos:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse 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 decidir de forma motivada.

b) 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).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018).

De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor excluido como garantía del derecho a recurrir.

En el caso presente no se han cumplido las exigencias que amparan la confidencialidad de las ofertas pues no consta en el expediente que las empresas IDCQ y EL ÁNGEL hayan solicitado la confidencialidad de parte de sus ofertas ni de sus alegaciones sobre la presunción de anormalidad, ni que la Subdirección General Sanitaria de Asepeyo, haya llevado a cabo un juicio de valor con objeto de ponderar los intereses (legítimos) de las entidades y de proteger aquellas partes de sus alegaciones que efectivamente pudieran contener datos o información confidencial con los igualmente legítimos de la recurrente de conocer si sus ofertas estaban justificadas correctamente.

De otro lado, no puede señalarse de forma genérica el carácter confidencial sobre la totalidad de la documentación, y debe venir referido 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. Lo que aquí no ha sucedido.

Décimo. Por todo ello, el recurso debe estimarse en los términos solicitados por VITHAS, anulando la resolución de adjudicación y acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de aceptación de las justificaciones aportadas en relación con las ofertas consideradas anormalmente bajas, a efectos de que el órgano de contratación pueda motivar adecuadamente la aceptación de las ofertas desproporcionadas de las empresas IDCQ y EL ÁNGEL.

En lo referido a la solicitud de acceso por el recurrente a la documentación aportada por las licitadoras cuyas ofertas fueron consideradas formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas, debemos reiterar lo que dijimos en nuestra Resolución 184/2018 de 23 de febrero,

«Ahora bien, este Tribunal constituye una instancia de carácter revisor, que no puede hurtar al órgano de contratación su competencia para revisar la documentación presentada por la adjudicataria y, a la vista de las alegaciones de ésta, determinar qué parte de su oferta es verdaderamente confidencial y por ello vedado su acceso al otro licitador, y qué parte no. Solo cuando ese análisis haya sido efectivamente realizado por el órgano de contratación y se haya pronunciado expresamente sobré qué concretas partes de la documentación aportada por la adjudicataria y de su oferta que esta empresa haya declarado confidenciales, considera que lo son realmente por afectar a secretos comerciales o industriales, podrá este Tribunal entrar a revisar si resulta conforme o no con arreglo a la normativa reguladora de la contratación pública».

Dado que el eventual requerimiento por el recurrente de la documentación aportada por las licitadoras para justificar sus ofertas anormalmente bajas queda vinculado a la decisión que adopte el recurrente una vez la aceptación de las ofertas consideradas sea adecuadamente motivada por el órgano de contratación, no procede hacer pronunciamiento alguno en este punto. No obstante, es preciso recordar al órgano de contratación que, en la hipótesis de que el recurrente requiera tomar vista de las referidas justificaciones, deberá proceder en los términos explicados en el presente Fundamento de Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. R. S. C., en representación de VITHAS SANIDAD MÁLAGA INTERNACIONAL, S.L., contra la adjudicación del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de "*Servicios de hospitalización, asistencia de urgencias, intervenciones quirúrgicas, consultas externas, pruebas diagnósticas y actualizaciones complementarias para ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, en el ámbito territorial de la provincia de Málaga (Andalucía)*", con expediente referencia SP00267/2020, convocado por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, anulándola, y ordenando la retroacción del expediente de contratación en los términos manifestados en el Fundamento de Derecho Décimo.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.