

Barcelona, 25 de maig de 2018

Resolució núm.: 92/2018

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor G.F.M., en nom i representació de l'entitat SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, SA, contra l'acord de la junta de govern local pel qual s'adjudica el contracte de serveis del manteniment de l'enllumenat públic, semàfor, piona i control energètic en el terme municipal d'Argentona, licitat per l'Ajuntament d'Argentona (expedient 402/2017), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'anunci de la licitació es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S104, en data 1 de juny de 2017.

També es va publicar en el perfil de contractant de l'Ajuntament d'Argentona, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual des del dia 31 de maig de 2017 es van posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (PPT).

Es tracta d'un contracte de serveis amb una durada de 4 anys prorrogables anualment fins a un màxim de 6 i amb un valor estimat d'1.830.860 euros.

SEGON. Una vegada desenvolupats els tràmits de la licitació i avaluades les proposicions de les licitadores, el 17 d'octubre de 2017, la junta de govern local de l'Ajuntament d'Argentona va adjudicar el contracte a l'empresa ELECTRICITAT BOQUET, SL (en endavant, BOQUET). En data 18 d'octubre de 2017, es va procedir a publicar l'adjudicació al perfil de contractant i es van remetre les notificacions a les empreses licitadores.

TERCER. En data 20 d'octubre de 2017, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, SA (en endavant, SECE) va sol·licitar l'accés a l'expedient de contractació per consultar les ofertes presentades per les licitadores.

En data 24 d'octubre de 2017, l'Ajuntament d'Argentona va concedir a l'empresa BOQUET un termini de dos dies hàbils per a que, amb relació a la declaració de confidencialitat genèrica que va efectuar en el seu dia, concretés els documents declarats confidencials, com a pas previ a l'autorització de l'accés sol·licitat per l'empresa SECE.

En data 25 d'octubre de 2017, l'empresa BOQUET va determinar la documentació que entenia confidencial, en els termes següents:

1. OFERTA SOBRES 1 I 2: Oberts a qualsevol consulta en la seva totalitat.

2. JUSTIFICACIÓ ECONÒMICA BAIXA PRESENTADA: UNICA documentació amb caràcter confidencial en la seva totalitat, amb als següents arguments:

- Al present document de valoració econòmica, s'han definit els nostres costos i rendiments pel present projecte, és evident, que el coneixement d'aquests trets diferenciadors, per empreses de la competència pot suposar un plagí en futures licitacions públiques i el corresponent perjudici per l'empresa. És per aquest motiu, que considerem que el document "justificació baixa anormal o desproporcionada", és considerat com a confidencial i la seva divulgació a empreses de la competència del sector pot suposar el perjudici en els interessos legítims de l'empresa.

3. REQUERIMENTS DOCUMENTALS: Només 2 dels 11 apartats que comporten aquests requeriments ("h.1" i "i", DOCUMENTACIÓ LLUMENERES), tenen una petita part (3 dels 16 punts d'aquest apartat concret), considerada com a confidencial. PUNTS 2.3, 3.3 i 4.3 .- COMPLIMENT REQUISITS IDAE (ASSAJOS I FOTOMETRIES). Amb els següents arguments:

- En aquests punts es donen a conèixer importants secrets tècnics, de fabricació, muntatge i capacitat òptica de les llumeneres proposades. D'aquesta manera, el fet del coneixement d'aquests trets tècnics concrets per empreses de la competència pot suposar un plagí en futures licitacions públiques i el corresponent perjudici per l'empresa. És per aquests motius, que consideren que aquests punts concrets tenen un caràcter confidencial i la seva divulgació a empreses de la competència del sector pot suposar el perjudici en els interessos legítims de l'empresa.

Aquests perjudicis afectarien tan en el desenvolupament de futurs projectes i licitacions públiques, així com una vulneració de la protecció dels drets comercials. Per l'exposat, queda evident el compliment amb la legalitat i la nostra voluntat de col·laborar (més del 90% del volum de documentació presentada està oberta a qualsevol consulta), però no creiem convenient proporcionar més informació al nostre competidor.

Mitjançant acord de 31 d'octubre de 2017, la junta de govern local de l'Ajuntament d'Argentona va autoritzar la sol·licitud d'accés a l'expedient, llevat pel que fa als documents indicats com a confidencials per l'empresa BOQUET.

La vista d'expedient per part de SECE va tenir lloc el 7 de novembre de 2017.

QUART. El 9 de novembre de 2017, SECE va presentar en el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació, prèviament anunciat a l'òrgan de contractació, contra l'acord d'adjudicació del contracte i que, en síntesi, es fonamenta en la vulneració dels principis de transparència i dret a la informació pel fet de no tenir accés a determinada documentació de l'oferta adjudicatària, considerada confidencial, la qual cosa li produiria indefensió en l'exercici del dret a recórrer motivadament l'adjudicació del contracte.

Per tot això, SECE sol·licita que es declari el seu dret a accedir a la part de documentació de l'oferta de BOQUET declarada confidencial i, en conseqüència, que es declari no ajustada a dret la declaració de confidencialitat d'aquesta documentació o, alternativament, que s'ordini a l'Ajuntament la incorporació a l'expedient de certificat expedit per funcionari municipal habilitat que acrediti el compliment de dites determinacions amb vista d'aquest a SECE. Així mateix, sol·licita l'atorgament de nou termini per a la presentació del recurs especial, si s'escau una vegada la recurrent hagi pogut accedir a la documentació sol·licitada.

Finalment, SECE sol·licita també la suspensió del procediment de contractació, d'acord amb el previst a l'article 45 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP).

CINQUÈ. El 10 de novembre de 2017, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe, d'acord amb l'article 46.2 del TRLCSP, l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 14 de novembre de 2017, l'Ajuntament va completar la tramesa de la documentació de l'expedient de contractació i el corresponent informe.

SISÈ. Dins del període d'al·legacions de cinc dies hàbils obert per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, l'empresa adjudicatària BOQUET va presentar escrit oposant-se al recurs de SECE.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència, atès el seu caràcter harmonitzat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 40.1 del TRLCSP.

Respecte a la normativa aplicable a aquest contracte, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, cal aclarir que aquesta licitació es regeix pel seu règim jurídic anterior (TRLCSP i Directives de quarta generació) atès que es tracta d'un expedient de contractació iniciat abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

Quant a la normativa aplicable per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, atès que el procediment de recurs es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera de la LCSP, continuarà tramitant-se aquest procediment fins a la seva resolució d'acord amb el TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha interposat contra l'acord d'adjudicació, que és un acte expressament previst per l'article 40.2.c) del TRLCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 44.4 del TRLCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 44.2 del TRLCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

SISÈ. L'empresa SECE es basa en la limitació d'accés per l'òrgan de contractació a una part de l'oferta de l'empresa BOQUET. En concret, afirma que, tot i haver tingut vista a l'expedient, aquesta va ser parcial, en la mesura que no va incloure determinada documentació (declarada confidencial) que havia estat presentada per BOQUET en el tràmit previ a l'adjudicació.

La recurrent entén que això vulnera els principis de transparència i dret a la informació i que li hauria produït indefensió en l'exercici del dret a recórrer motivadament l'adjudicació, atès que, segons argumenta, la falta d'accés a aquesta documentació no li hauria permès verificar si les il·luminàries ofertes per BOQUET complien les prescripcions del PPT i, en particular, si els seus assajos i fotometries s'adequaven als requeriments tècnics de l'IDAE.

Així mateix, afegeix que la mesa de contractació no es manifesta ni confirma en cap document o acta de sessió l'acreditació d'aquests requeriments per part de BOQUET.

Finalment, l'empresa SECE qüestiona la declaració de confidencialitat sobre la base que la documentació necessària per acreditar el compliment d'aquests requisits tècnics no conté secrets tècnics de fabricació, muntatge ni capacitat òptica, es requereix en altres licitacions en les quals no es declara com a confidencial, i consisteix en assajos o fotometries que es

realitzen a productes totalment acabats, sense que hi hagi risc de plagi per futures licitacions, i que sovint es publiquen en les pàgines web dels mateixos fabricants.

Al seu torn, l'òrgan de contractació, en l'informe emès d'acord amb l'article 46.2 del TRLCSP, es limita a sostenir que la seva actuació ha estat ajustada a dret, havent intentat conjugar i preservar el dret de transparència amb el dret al secret comercial o empresarial. Així mateix, posa de manifest que els serveis tècnics van emetre informe en data 11 d'octubre de 2017 sobre el compliment de la documentació presentada per l'empresa BOQUET amb caràcter previ a l'adjudicació amb relació a les mostres de lluminàries.

Finalment, en el tràmit d'al·legacions, l'empresa BOQUET s'oposa al recurs, defensant que la documentació prevista en la clàusula 13.h) del PCAP fa referència a la solvència tècnica del producte a subministrar (article 77(e) i (f) del TRLCSP) i, per tant, no s'ha tingut en compte en els criteris de valoració de les ofertes. Addicionalment, porta a col·lació l'Informe 11/2013, de 26 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat de Catalunya per defensar el caràcter confidencial de la documentació acreditativa de la solvència tècnica.

Finalment, BOQUET es remet a l'escrit que va presentar amb la declaració de confidencialitat, per reiterar els motius pels quals entén que no hauria de donar-se accés a la documentació controvertida i que, en síntesis i d'acord amb l'article 39 de l'Acord sobre els aspectes dels drets de propietat intel·lectual relacionats amb el comerç (en endavant, ADPIC), rau en què aquesta documentació conté importants secrets tècnics, de fabricació, muntatge i capacitat òptica de les llumeneres ofertes, es refereix a assajos titularitat de BOQUET i que són el resultat d'una recerca portada a terme per aquesta empresa en els últims anys, i constitueix una avantatge tecnològica i competitiva important, l'exposició de la qual podria suposar un plagi en futures licitacions i el corresponent perjudici per a l'empresa.

SETÈ. Exposats els termes del debat plantejat i abans d'analitzar la petició d'accés formulada per SECE a aquest Tribunal, cal tenir en compte que la documentació que ha estat declarada com a confidencial per l'òrgan de contractació forma part del conjunt de documents presentats per l'empresa BOQUET en data 6 d'octubre de 2017, com a pas previ a l'adjudicació, d'acord amb el previst en la clàusula 13 del PCAP.

Concretament, l'apartat h) d'aquesta clàusula preveu que:

“L'Alcalde requerirà al licitador que hagi presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa perquè, dins del termini de deu dies hàbils, a comptar del següent a aquell en què hagi rebut el requeriment, presenti la següent documentació:

(...)

h) Presentació de la documentació prevista en la clàusula 15 del plec de prescripcions tècniques.”

I l'apartat 15 del PPT esmentat estableix que:

“15. DOCUMENTACIÓ A PRESENTAR PER PART DE L'EMPRESA PREVI A L'ADJUDICACIÓ

L'empresa adjudicatària haurà de presentar la següent documentació en els termes que indiqui el plec de prescripcions administratives.

(...)

15.1 L·luminàries

Totes les lluminàries (tipus 1-2-3) hauran de presentar els certificats previstos següents:

15.1.1 Certificats del fabricant (tipus 1-2-3)

(...)

15.1.2 Assajos de compliment de les normes següents realitzats per un laboratori acreditat europeu:

(...)”

Dins del bloc de documents exigit en la clàusula 13.h) del PCAP i apartat 15 del PPT, BOQUET va incloure, respecte de cadascuna de les tres lluminàries ofertes, i) la seva fitxa tècnica, ii) el denominat estudi tipus particular, i iii) els assajos i fotometries acreditatius del compliment dels requisits d'IDAE¹. És precisament la documentació continguda en aquest tercer apartat la que ha estat declarada confidencial per l'empresa BOQUET.

L'article 140 del TRLCSP regula l'abast de la confidencialitat designada per les licitadores i la informació no publicada en els següents termes:

¹ Fa referència a la memòria *Requerimientos técnicos exigibles para luminarias con tecnología LED de alumbrado exterior*, elaborada per l'IDAE (*Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*), referida en l'apartat 13.2.3 del PPT i annexada a aquest plec.

“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

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.”

Aquest precepte consagra el denominat principi de confidencialitat bidireccional, que en el vessant relatiu a la informació subministrada pel contractista garanteix la protecció dels secrets tècnics o comercials i dels aspectes confidencials de les ofertes, de manera que l'òrgan de contractació ha de respectar aquesta informació i no divulgar-la. No obstant això, com assenyala el propi precepte, aquest principi està matisat per les disposicions relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que ha de donar-se als candidats i als licitadors a l'efecte de poder fonamentar suficientment el seu recurs, de manera que ha d'existir un equilibri raonable i prudent entre aquests dos principis de la contractació pública.

L'article 153 del TRLCSP fa referència a la informació no publicable:

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

Aquest precepte és plenament congruent amb l'esmentat article 140 del TRLCSP, i fins i tot aconsegeix anar més enllà en la determinació de les condicions sota les quals ha de donar-se accés a la informació de les ofertes, doncs, d'una banda, en explicitar que l'òrgan de contractació podrà no comunicar determinades dades relatives a l'adjudicació, està partint d'una mena de regla general i bàsica quina és que ha de donar-se informació suficient als altres licitadors per tal de mantenir incòlume el principi de transparència i, d'altra banda, en exigir-se una justificació suficient en l'expedient, està positivament exigint a l'òrgan de contractació que manifesti la seva opinió sobre el caràcter de la documentació en qüestió.

Aquestes disposicions són també congruents amb l'article 21 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (des d'ara, Directiva 2014/24/UE), en el qual s'estableix el següent:

“1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los arts. 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.”

Cal analitzar cas per cas la documentació declarada confidencial pels licitadors, per tal de comprovar si s'ha observat un equilibri en la fixació de la documentació considerada com a confidencial per a la resta dels licitadors. En el mateix sentit, aquest Tribunal ha anant assenyalant que s'haurà de garantir el dret de la recurrent d'accés a l'expedient (per totes, resolucions 12/2018, 143/2017 i 67/2017). És per això que, sobre la base del principi de confidencialitat, el dret a la defensa i el dret a la protecció dels secrets comercials, s'hauran de ponderar els drets que té la recurrent amb els drets que tenen la resta d'empreses, per tal que cap dels drets es vegin perjudicats.

En concret, cal observar que les matèries sobre les quals pivota la confidencialitat en l'àmbit de la contractació pública són els secrets industrials, tècnics o comercials, els interessos comercials legítims, els drets de propietat intel·lectual o la informació que pugui afectar la competència lleial entre les empreses. La delimitació d'aquests aspectes ha estat i és, sens dubte, el nucli de la qüestió en la mesura que requereix la seva avaluació cas per cas.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de febrer de 2008 (assumpte C-450/06, *Varec/État belge*) ja va situar el deure d'aplicar la ponderació entre els interessos legítims en joc en les entitats adjudicatores i, posteriorment, en l'òrgan encarregat de la resolució del procediment de recurs, tot reconeixent el dret a la protecció dels secrets comercials com un principi general vinculat a la competència lleial.

La Directiva 2016/943, de 8 de juny de 2016, relativa a la protecció dels coneixement tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites –directiva que resulta d'aplicació a l'àmbit de la contractació pública, tal i com es dedueix del seu considerant 18, que està ja en vigor i que ha d'estar transposada pels 13 estats membres abans del 9 de juny de 2018- inclou una definició de secret comercial en l'apartat 1 de l'article 2 en el sentit que aquest, per ser considerat com a tal, la informació ha de reunir tots els requisits següents²:

“a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

b) tener un valor comercial por su carácter secreto;

c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.”

Complementàriament, resulten particularment il·lustratives les resolucions 253/2017 i 21/2017 de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP), referides ambdues al dret d'accés en el marc dels procediments de contractació pública.

Efectivament, la GAIP afirma, en síntesi, que la declaració de confidencialitat feta per les empreses no pot ser genèrica ni és vinculant per a l'òrgan de contractació (ni per a les institucions de control), que és qui ha de valorar justificadament i decidir motivadament si cal mantenir-la; que la confidencialitat constitueix una excepció al principi general de transparència i dret d'accés a la informació pública i, com a tal, ha de ser argumentada i la seva aplicació justificada i fonamentada en les circumstàncies de cada cas; la declaració de confidencialitat que facin els licitadors no pot tenir només una motivació genèrica sinó que ha d'indicar amb precisió quins són els documents concrets afectats i les raons objectives i específiques que la justifiquen; que la confidencialitat establerta per l'article 140.1 TRLCSP ha de ser interpretada i matisada a la llum de les institucions de la transparència i del dret d'accés a la informació pública; que la limitació establerta per dit article al dret d'accés només pot ser fonamentada, bàsicament, en els secrets industrials o secrets comercials i en els interessos econòmics i comercials dels licitadors; i que aquests límits al dret d'accés no són

² En termes molt similars, l'article 39.2 de la normativa ADPIC i el nou article 1.1 de la Llei de secrets empresarials amb què es transposa la Directiva, segons la redacció donada per l'Avantprojecte.

d'aplicació automàtica ni obligada, requerint una ponderació per part de l'òrgan públic que actua, en atenció als interessos en joc, en funció de les circumstàncies de cada cas.

Així doncs, la declaració de confidencialitat com a excepció al dret d'accés requerirà analitzar, tenint en compte cas per cas, si el document en qüestió, amb independència de referir-se a la solvència, les prescripcions tècniques o els criteris d'adjudicació, queda sota el paraigües de la definició de secret de la Directiva 2016/943, a fi de concretar el seu caràcter confidencial.

VUITÈ. Arribats a aquest punt, i amb caràcter previ a l'anàlisi de la petició d'accés formulada per SECE, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar que la seva funció no és qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació.

La seva funció és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (per totes, resolucions 82/2018, 170/2017, 147/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016, 82/2016, 201/2015, 123/2015, 36/2015, 33/2015, 53/2014, 39/2014 i 7/2014; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de novembre de 1978 -*Agence européenne d'intérims/Comissió*, 5f6/77, Rec. P. 2215, apartat 20-; i sentències del Tribunal General de la Unió Europea de 24 de febrer de 2000 -*ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147-, de 6 de juliol de 2005 -*TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47- i de 9 de setembre de 2009 -*Brink's Security Luxembourg, SA*, apartat 193-).

D'aquesta manera, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, d'acord amb l'article 47.2 del TRLCSP, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior a aquell en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article

47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Ultra això, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori. En aquest sentit, les resolucions del TACRC 520/2017, 448/2016 i 456/2015, afirmant aquesta darrera que:

“Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. (.../...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie adicionalmente error material, ni arbitrariedad o discriminación.”

En el mateix sentit s'ha pronunciat aquest Tribunal, per totes, en les resolucions 170/2017, 51/2017, 96/2016 i 80/2016, en les quals ha establert, en termes idèntics:

“En efecte, seguint la doctrina imperant i, tal com aquest Tribunal ha assentat en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 133/2013, 141/2013, 78/2014 i 125/2014, que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que, en els assumptes de caràcter tècnic, aquest Tribunal no pugui comprovar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre el licitadors, s'ha incorregut en un error patent o que s'hagi pogut produir cap infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes i concloure la inviabilitat de l'oferta analitzada. Si no hi ha cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, l'anàlisi tècnica s'emmarca dins de la discrecionalitat de l'administració i aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable. Aquesta és la voluntat del legislador per confrontar les opinions de les parts i evitar una possible arbitrarietat en l'actuació de l'administració mitjançant el seu control jurisdiccional.”

NOVÈ. Fetes les anteriors precisions, en el supòsit examinat, tenint en compte totes les circumstàncies, la sol·licitud d'accés efectuada a aquest Tribunal ha de ser denegada per les raons que s'exposen a continuació.

En primer lloc, com ja s'ha avançat, consta en l'expedient que l'empresa BOQUET va declarar inicialment la confidencialitat d'una part de la documentació de la seva oferta i que, una vegada requerida per l'òrgan de contractació, va reiterar aquest caràcter confidencial del contingut dels assajos i fotometries de les lluminàries acreditatius del compliment dels requisits d'IDAE, desglossant la part de l'oferta que considera confidencial i la que no, i motivant les raons en què fonamenta aquesta confidencialitat. En concret, la motivació de la confidencialitat rau en què aquesta documentació dóna a conèixer secrets tècnics i industrials sobre la fabricació, muntatge i capacitat òptica de les lluminàries ofertes, atès que es refereix a assajos de la seva titularitat i obtinguts després d'anys de recerca i investigació, i que el seu potencial plagi per terceres empreses perjudicaria els seus interessos legítims.

Dels arguments adduïts per BOQUET es pot inferir, certament, que es tracta de documentació relativa a informació tècnica i industrial de caràcter sensible i titularitat d'aquesta empresa, no accessible al públic, la divulgació de la qual pot causar-li un perjudici i que, en definitiva, pot encabir-se en la definició de secret de la Directiva 2016/943 i de la normativa ADPIC. A més, no es tracta d'una declaració de confidencialitat de caràcter global, estesa sobre la totalitat de l'oferta de manera indiscriminada, sinó que està limitada a una part molt específica.

Cal concloure també que va existir un estudi i valoració per part de l'òrgan de contractació de la documentació declarada confidencial per BOQUET, considerant que els motius presentats justificaven aquesta declaració classificada, en el marc, per tant, d'una apreciació dins de la seva discrecionalitat, que no es percep ni errònia ni arbitrària.

Les afirmacions contingudes en el recurs no trenquen la presumpció de certesa i de validesa de què gaudeixen, com s'ha exposat amb caràcter previ en el fonament jurídic vuitè d'aquesta resolució, les apreciacions i valoracions de l'òrgan de contractació. De fet, la recurrent es limita a sostenir, sense excessiva concreció ni el necessari suport probatori, que és habitual que aquesta informació es publiqui en les pàgines web dels propis fabricants. No obstant això, el fet que determinada informació es faci pública no significa que les empreses hagin de donar a conèixer en tot cas les seves avantatges competitives quan aquestes no estiguin protegides per una patent o revelin qüestions tècniques que puguin ser aprofitades per competidors. En aquests casos, les empreses estan en el seu dret d'exigir confidencialitat, com així ha fet l'empresa BOQUET respecte d'una part molt concreta de la seva oferta.

En segon lloc, cal palesar també que la sol·licitud d'accés efectuada per l'empresa recurrent SECE no està suficientment motivada, atès que es limita a afirmar que l'accés a l'expedient efectuat per l'òrgan de contractació va ser parcial, la qual cosa no li hauria permès verificar que les lluminàries ofertes per BOQUET i els corresponents assajos compleixen la normativa de l'IDAE abans esmentada i, en definitiva, les prescripcions del PPT.

Valgui recordar, tal com s'exposa en el propi recurs, que SECE va tenir accés a l'expedient en data 7 de novembre de 2017, tot i que l'empresa recurrent considera que va ser parcial. Per tant, no estem davant el supòsit de denegació de l'accés de l'expedient a què fa referència l'article 29.3 del RD 814/2015, sinó que la recurrent va poder accedir pràcticament a la totalitat de l'oferta de BOQUET, excepte per determinats documents declarats confidencials.

Malgrat això, SECE no aporta cap indicatiu d'irregularitat ni arbitrarietat en la valoració de l'oferta efectuada per l'òrgan de contractació, ni anticipa cap motiu o eventual incompliment del plec que justifiqui la seva sol·licitud, explicitant, de fet, que pretén revisar, *ad cautelam*, tota la documentació aportada per l'empresa adjudicatària per si, de dit examen, pogués resultar la interposició d'un recurs contra l'adjudicació. Basa la seva pretensió, en essència, en una sospita sense fonament i que no permet a aquest Tribunal arribar a la conclusió que l'accés pretès resulti necessari per a l'eventual impugnació de l'adjudicació.

De l'expedient es dedueix precisament una conclusió ben diferent. Contràriament al que s'ha mantingut en el recurs, l'òrgan de contractació va confirmar expressament l'adequació de les mostres, certificats i assajos aportats per BOQUET a les exigències del plec tècnic, per mitjà de l'informe de data 11 d'octubre de 2017, emès pels seus serveis tècnics de conformitat amb la pròpia clàusula 13 del PCAP, que, amb relació a la documentació controvertida, prevista en l'apartat h), estableix que:

“Així mateix, per part de l'Enginyer Municipal s'informarà sobre el compliment que s'ha aportat íntegrament la documentació prevista en els 13 punts de l'apartat h), i en el cas que no s'hagi completat correctament s'entendrà que el licitador ha retirat la seva oferta, i en aquest cas s'ha de procedir a demanar la mateixa documentació al licitador següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes.”

En definitiva, no s'ha evidenciat l'existència de cap error patent, desigualtat ni arbitrarietat en les apreciacions i valoracions efectuades per l'òrgan de contractació que, una vegada més, com ja s'ha dit, gaudeixen de presumpció de certesa i de validesa, que no ha estat desvirtuada pels arguments adduïts per la recurrent.

Per tot l'exposat, escau denegar l'accés sol·licitat, tot confirmant el caràcter confidencial de la documentació de l'oferta de l'adjudicatària que ha estat preservada per l'òrgan de contractació i, en conseqüència, procedeix la desestimació del recurs interposat per SECE.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor G.F.M., en nom i representació de l'entitat SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, SA, contra l'acord de la junta de govern local pel qual s'adjudica el contracte de serveis del manteniment de l'enllumenat públic, semàfor, piona i control energètic en el terme municipal d'Argentona, licitat per l'Ajuntament d'Argentona (expedient 402/2017).
- 2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del mateix cos legal.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 25 de maig de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta