



RHI núm. Registre 2016/321-I

En relació a la sol·licitud d'informe de la Fundació Museu Picasso sobre l'escrit d'al·legacions presentat per l'empresa XXX, S.L. demanant tenir accés als informes tècnics que han avaluat les ofertes dels licitadors en la licitació per a la contractació dels serveis d'audioguies i altres dispositius de suport a la visita del Museu Picasso de Barcelona, i de conformitat amb les normes d'actuació d'aquests Serveis Jurídics s'emet el següent

## **I N F O R M E**

### **Primer.-Naturalesa de l'escrit presentat per XXX, S.L. i tramitació que se li ha de donar.**

XXX, S.L no qualifica el seu escrit com a recurs de contractació o administratiu sinó que el considera com "al·legacions" i el fonamenta, a més de la cita dels articles 35.a) de la Llei 30/1992 i 139 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP), en base a l'article 87.1 del RD 1098/2001, de 12 d'octubre que aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques RGLCAP).

S'ha de destacar que, tal i com ja apunta l'òrgan gestor al seu escrit de consulta, hi ha una doctrina emanada dels tribunals administratius de recursos contractuals que considera tàcitament derogat l'article 87.1 RGLCAP: en concret les resolucions 74/2012, de 18 de juliol i 130/2012 de 17 d'octubre del



Tribunal de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid declaren que la derogació tàcita de l'article 87 RGLCAP s'ha d'entendre produïda en base a que el TRLCSP ja instaura un règim d'impugnacions que respon a les exigències del dret comunitari i aquest règim no és compatible amb un sistema que atribueixi a l'òrgan de contractació la resolució de reclamacions que puguin afectar a actes susceptibles del recurs; només en l'àmbit dels defectes de tramitació que afecti a actes no susceptibles de recurs administratiu, ni ordinari ni especial, podria tenir el seu àmbit d'aplicació la reclamació regulada per l'article 87.1 RGLCAP.

Aplicant el que s'ha exposat al cas plantejat resulta que la naturalesa jurídica de l'escrit presentat per XXX, S.L. és la de sol·licitud d'un determinat document que integra l'expedient administratiu: l'informe tècnic que serveix de base a la Mesa de Contractació per formular la proposta d'adjudicació del contracte. I és aquesta la consideració i qualificació que correspon a l'escrit d'al·legacions presentat per XXX, S.L. Per tant, el que s'ha d'analitzar, i a això dedicarem el següent apartat d'aquest informe, és en quins termes s'ha de produir l'accés de XXX, S.L. als informes tècnics de constant referència i, en concret, si té suport normatiu la petició de XXX, S.L. d'accedir a aquests informes abans que l'òrgan de contractació hagi dictat resolució sobre l'adjudicació del contracte.

**Segon.- Determinació del moment de tramitació de l'expedient de contractació en el que s'ha de donar compliment a l'obligació de la Fundació Museu Picasso de facilitar o donar accés als licitadors als informes. Possibilitat d'esperar a l'adjudicació del contracte per donar aquest accés als informes tècnics. Àmbit d'aplicació de l'article 16 del Reial Decret 814/2015, d'11 de setembre. Publicació dels informes tècnics en el portal de transparència.**



De l'enunciat d'aquest segon apartat ja es desprèn que són diverses les qüestions que seran objecte d'anàlisi. Però totes elles tenen un eix vertebrador comú: determinar, dins de l'iter procedimental de l'expedient de contractació, el moment en què s'ha de facilitar l'accés als informes tècnics que han servit de base a la Mesa de Contractació per elevar a l'òrgan de contractació proposta d'adjudicació a favor d'un licitador.

La qüestió de l'accés dels licitadors als informes tècnics de l'expedient de contractació i els termes en els que s'ha de produir aquest accés ha estat tractada per nombrosos informes de les diferents Juntes Consultives de Contractació Administrativa així com per diverses resolucions dels Tribunals de Recursos Contractuals. L'opinió d'aquests òrgans administratius ha anat evolucionant al pas de les modificacions legislatives que s'han operat en aquest àmbit incorporant últimament com a fonament normatiu de les seves resolucions la normativa provinent de l'àmbit de la transparència, accés a la informació pública i bon govern. La doctrina vigent sobre la qüestió de l'accés dels licitadors als informes tècnics la trobem sintetitzada en la resolució 147/2014 del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid. Aquesta resolució exposa en el seu Fonament de Dret Setè les diferents resolucions i informes més rellevants sobre aquesta qüestió i conclou en els següents termes:

*“Resultan igualmente de aplicación los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma. Igualmente, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T-461/08 i T-298/09. En este mismo sentido cabe citar la resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal. Por lo tanto,*



*debemos concluir que de los hechos expuestos se constata que la negativa de dar vista del expediente no obedece en este supuesto a ninguna de las causas previstas ni en el TRLCSP ni en el resto de legislación aplicable, puesto que el órgano de contratación simplemente se limita a explicar que la resolución de adjudicación está debidamente motivada. En consecuencia, debería haberse facilitado el acceso a la documentación que fue solicitada. El incumplimiento de la obligación determina que este Tribunal debe permitir a la recurrente, tal como solicita en su recurso, el acceso a la documentación del expediente retrotrayendo las actuaciones al momento de la solicitud al objeto de que a la vista de esa documentación pueda valorar la pertinencia de presentar recurso especial contra la adjudicación...”*

Per tal de contextualitzar adequadament aquesta resolució hem de tenir present que tracta del supòsit en que l'òrgan de contractació ja ha dictat la resolució d'adjudicació del contracte i que per tal de valorar, i en el seu cas, preparar l'eventual interposició d'un recurs contra l'adjudicació, un licitador demana que li sigui facilitada la documentació de l'expedient administratiu. Davant d'aquesta petició, el que fa l'òrgan de contractació és denegar aquest accés per considerar que la resolució d'adjudicació ja està suficientment motivada per tal que el futur recurrent pugui articular els motius de recurs que consideri convenients al seu dret. El Tribunal entenc que no hi ha base jurídica per denegar l'accés a l'expedient i dicta resolució en el sentit que s'han de retrotraure les actuacions al moment en que el recurrent va sol·licitar accés a l'expedient administratiu.

És per tant un supòsit diferent al que aquí ens ocupa perquè la petició de XXX s'està produint en el moment en que s'han emès els informes tècnics i la Mesa ha formulat cap proposta d'adjudicació però sense que l'òrgan de contractació hagi resolt sobre l'adjudicació del contracte.



Sense perjudici del que s'ha dit, també s'ha de posar de manifest que no seria admissible cap recurs ni administratiu ni especial de contractació contra els informes tècnics o contra la proposta d'adjudicació que formuli la Mesa de Contractació perquè els informes tècnics no tenen categoria d'acte de tràmit, qualitat aquesta que sí que té la proposta de la Mesa de Contractació, però ni els informes tècnics ni la proposta d'adjudicació de la Mesa de Contractació reuneixen els requisits que l'article 40.2.b) del TRLCSP estableix perquè puguin ser actes de tràmit qualificats i per tant susceptibles de recurs especial en matèria de contractació. Són constants les resolucions dels Tribunals Administratius de Recursos Contractuals que no consideren que els informes tècnics o les propostes d'adjudicació de les Meses de Contractació puguin ser objecte de recurs administratiu o especial en matèria de contractació: entre d'altres la resolució 5/2012 del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia o la resolució 81/2015 del Tribunal Administratiu de Recursos contractuals que declara al seu Fonament de Dret Tercer que la valoració per la Mesa de Contractació de les proposicions dels licitadors i la proposta d'adjudicació del contracte no són actes susceptibles de recursos atès que no reuneixen les circumstàncies previstes per l'article 40.2.b) TRLCSP i en conseqüència no tenen la consideració d'acte tràmit qualificat. Per tant encara que XXX, S.L tingui accés als informes tècnics abans que l'òrgan de contractació hagi dictat resolució sobre l'adjudicació del contracte, el cert és que no podria interposar cap recurs i hauria d'esperar a la resolució que dictés l'òrgan de contractació sobre l'adjudicació del contracte.

Si que és cert que el TRLCSP no conté una regulació explícita d'aquesta qüestió però es pot deduir sense dificultat del que estableix el seu article 151.4 quan disposa que l'adjudicació del contracte ha de ser motivada i s'ha de notificar a tots els candidats o licitadors i, simultàniament, es publicarà en el perfil de contractant, i, afegeix en el seu paràgraf segon que la notificació ha de contenir, en tot cas, la informació necessària que permeti al licitador exclòs o candidat descartat interposar conforme a l'article 40 recurs suficientment



fonamentat contra la decisió d'adjudicació. El que interessa destacar d'aquest precepte és que l'obligació de facilitar tota la informació necessària (i entre aquesta informació estarien també els informes tècnics) es difereix al moment en que es dicta i notificar la resolució d'adjudicació del contracte. En aquest sentit és important destacar que la resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals 864/2014 de 14 de novembre de 2014 tracta d'un supòsit molt il·lustratiu als efectes que aquí interessen: el recurrent articula una pretensió d'anul·lació de l'adjudicació del contracte vinculada al fet que no li fos facilitat en tràmit d'exhibició de l'expedient accés a la totalitat del mateix sinó només a l'informe tècnic de valoració de les ofertes per haver estat declarada per l'adjudicatari del contracte la confidencialitat del conjunt de la seva oferta tècnica. El Tribunal, després de recordar que és doctrina reiterada la que sosté que la notificació de l'acte d'adjudicació ha d'estar motivada de forma adequada, desestima el recurs declarant que

*“... es lo cierto que, de conformidad con el criterio del Tribunal expresado en reiteradas ocasiones, cuando de la documentación que obra en el expediente remitido se deduce que la recurrente ha tenido conocimiento de elementos de juicio suficientes como para poder fundamentar adecuadamente su recurso contra cualquiera de los actos del procedimiento, no cabe aducir la insuficiencia del acto de notificación, pues el efecto que éste debe producir de conformidad con la propia dicción legal (interponer recurso suficientemente fundado) ya resulta cumplido”*

I afegeix que la notificació de l'adjudicació acompanyada de l'accés a l'informe tècnic en el que es valoren les proposicions presentades pels licitadors complimenta suficientment les obligacions legals que imposa l'article 151.4 TRLCSP, i per tant, fent abstracció de les raons al·legades respecte a l'excés de confidencialitat de l'oferta de l'empresa adjudicatària, no es pot afirmar que la manca d'accés a l'expedient de contractació complert hagi causat indefensió a la recurrent i li hagi impedit una adequada fonamentació del seu recurs.



L'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, antecessor de l'actual Tribunal de Recursos Contractuals, va tractar en la seva resolució 54/2012, de 22 de novembre un cas molt similar al que aquí ens ocupa: el recurrent havia presentat un escrit davant de l'òrgan de contractació sol·licitant vista de l'expedient de contractació; aquesta sol·licitud es va denegar en base a que el moment per prendre vista de l'expedient "és el moment de la notificació de l'adjudicació del contracte"; contra aquesta denegació va interposar recurs especial en matèria de contractació que va ser desestimat pel Tribunal que va declarar el següent:

*" A la vista de l'exposat, queda acreditat que la petició d'accés a l'expedient de licitació es va sol·licitar en un moment procedimental inoportú, i serà en el moment posterior quan el contracte s'hagi adjudicat i notificat quan naixerà el dret de la recurrent a tenir vista de l'expedient".*

En atenció al que s'ha exposat, no sembla que en aquest moment procedimental hi hagi obligació de facilitar a XXX, S.L accés als informes tècnics perquè estem en un moment anterior a que s'hagi produït la resolució d'adjudicació del contracte. Serà en el moment en que es dicti la resolució d'adjudicació del contracte quan s'haurà de donar accés a aquests informes tècnics així com a qualsevol altre document, excepte els que tinguin caràcter confidencial, que sigui necessari per tal que el recurrent pugui articular el seu recurs en base als motius que consideri convenients al seu dret.

Pel que fa a l'aplicació de l'article 16 del RD 814/2015, d'11 de setembre per resoldre la qüestió plantejada s'ha de dir que aquest precepte té un àmbit objectiu concret d'aplicació que és el dels procediments de revisió de decisions en matèria de contractació substanciats davant del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals i el que fa es incorporar als procediments que es substanciïn davant d'aquest òrgan un criteri que ja era seguit pels



diferents tribunals administratius de contractació: el recurrent ha de tenir accés complert, a tot l'expedient administratiu de contractació excepte en aquelles parts que tinguin caràcter confidencial. Però el que es planteja aquí, tal i com ja hem dit anteriorment, és una qüestió substancialment diferent perquè el moment procedimental de tramitació del procediment de contractació no és el mateix en el supòsit de fet de l'article 16 que en el supòsit de fet objecte d'aquest informe; en el primer cas ja s'ha produït la resolució d'adjudicació del contracte, en el segon cas no s'ha produït aquesta resolució. L'article 16 del RD 814/2015 parteix de la base que el recurs especial de contractació ja s'ha interposat, en canvi aquí no estem davant d'un recurs especial en matèria de contractació sinó d'una petició, que no podem considerar tal i com ja s'ha dit anteriorment que tingui la condició de recurs, ni especial de contractació ni administratiu, d'un licitador en relació a un document concret de l'expedient de contractació i per tant no resulta d'aplicació l'esmentat article 16 del RD 814/2015, d'11 de setembre, no només per referir-se a una situació objectiva diferent de la que aquí es planteja sinó també perquè regula l'actuació d'un òrgan administratiu que no serà el competent per resoldre el recurs, que en el seu cas, el licitador pugui interposar ja que això correspondria al Tribunal Català de Recursos Contractuals.

En conseqüència aquest precepte pot servir com a línia interpretativa per reafirmar el que ja venim dient: l'accés a l'expedient de contractació sencer (excepte les parts declarades confidencials) i per tant també als informes tècnics està prevista a partir del moment en que es notifica la resolució d'adjudicació del contracte.

Pel que fa a la publicació dels informes tècnics de contractació en el portal de transparència s'ha de dir que l'obligació de publicitat en matèria de contractació es pot considerar adequadament complimentada amb la publicació d'aquests





informes en el perfil de contractant que és l'instrument previst a la normativa de contractació administrativa per donar publicitat i transparència a l'activitat contractual dels ens públics.

**Tercer.- Règim d'accessibilitat a les ofertes dels licitadors en cas que declarin que tot el contingut de l'oferta tècnica té caràcter confidencial.**

La qüestió, no clarament resolta al TRCLSP, és si els licitadors poden qualificar com a confidencial tot el contingut de la seva oferta tècnica i vincular amb aquesta declaració a l'òrgan de contractació o pel contrari aquesta qualificació de confidencialitat només pot afectar a determinats aspectes de l'oferta.

L'article 140.1 TRLCSP estableix que sense perjudici de les disposicions de la pròpia llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que ha de donar-se als candidats i als licitadors, els òrgans de contractació no podran divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial, i aquest caràcter afecta, en particular, als secrets tècnics o comercials.

Es tracta doncs d'analitzar la col·lisió que es pot produir entre el deure de confidencialitat i el dret d'accés al contingut de l'expedient i en concret a les ofertes i propostes tècniques dels licitadors. La doctrina emanada de les Juntes Consultives i dels Tribunals Administratius de Recursos Contractuals la podem resumir en els termes que seguidament s'exposaran.

L'informe 15/2012 , de 19 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, citat per la resolució del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid número 147/2014, va analitzar el conflicte entre el principi de transparència i el de publicitat de les licitacions i



accés a la informació en aquells casos en que els licitadors hagin declarat confidencial tot el contingut de la seva oferta. L'esmentat informe diu el següent:

*“Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario, como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones, entre otras, la nº 199/2011 i la nº 62/2012.*

En el mateix sentit es va pronunciar la ja esmentada resolució 54/2012 de l'Òrgan administratiu de recursos contractuals de Catalunya que va declarar en el seu Fonament de Dret Cinquè que en cas que s'hagi declarat tota la documentació com a confidencial, cosa que faria que no es donés accés als principis de publicitat i transparència proclamats al TRLCSP:

*“... serà la Mesa de Contractació la que haurà de determinar aquella documentació de la proposició de les empreses que, en particular, no afecta a secrets tècnics o comercials o no es correspon amb aspectes confidencials, sent necessari que es justifiqui degudament en l'expedient, i si escau a la pròpia recurrent, les causes que determinen el caràcter confidencial de l'esmentada documentació, sense que com a conseqüència d'això, pugui resultar la motivació de l'adjudicació insuficient a l'efecte d'interposar recurs especial suficientment fundat”.*



I en el mateix sentit es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya al seu informe 11/2013, de 26 de juliol, que va declarar que la confidencialitat no pot significar vulneració dels principis de publicitat i transparència en el sentit de deixar sense contingut el dret d'altres licitadors a accedir a la informació en la que es fonamenten les decisions que s'adopten durant el procediment de selecció i adjudicació de forma que necessàriament s'ha de trobar un equilibri i proporcionalitat en la ponderació dels diferents interessos en joc.

I també segueix aquesta línia doctrinal el Tribunal Central de Recursos Contractuals, resolució 417/2014, de 23 de maig, seguida pel Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó, resolució 6/2015 de 21 de gener: la declaració de confidencialitat per part dels licitadors de la totalitat de la seva oferta tècnica no és admissible en cap cas per resultar contrària als principis de publicitat i transparència de la contractació pública i perquè podria constituir una actuació incursa en frau de llei; en aquests casos correspon a l'òrgan de contractació determinar la part de l'oferta tècnica que no afecta a secrets comercials o tècnics o a aspectes confidencials, justificant-lo motivadament a l'expedient. En definitiva, aquestes resolucions el que venen a dir és que la confidencialitat només pot afectar als documents que el licitador hagi designat expressament al temps de formular la seva oferta però no pot afectar a la totalitat de l'oferta i si això es produeix correspon a l'òrgan de contractació determinar motivadament els aspectes de l'oferta no afectats pel secret comercial o industrial o relatius a aspectes confidencials.

El conflicte entre el deure de confidencialitat i el dret d'accés en els termes que aquí s'està exposant també ha estat objecte de pronunciament per part de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública de la Generalitat de Catalunya que al seu Dictamen 1/2015 de 3 de setembre de 2015 analitza la qüestió no només des de la perspectiva del TRLCSP sinó també tenint en compte els postulats de la Llei de Transparència, Accés a la Informació Pública



i Bon Govern (LTAIPBG), i arriba a conclusions idèntiques a les ja exposades si bé incorpora, per major garantia, que l'administració abans de resoldre doni audiència al contractista per ponderar si la pretensió de confidencialitat és legítima i si ha de prevaldre o no sobre el dret d'accés. En concret la Conclusió Vuitena de l'esmentat dictamen declara el següent:

*“En cas d'exercici del dret d'accés en relació amb clàusules contractuals declarades confidencials, d'acord amb el procediment regulat pels articles 26 i següents de la LTAIPBG, l'administració haurà de donar audiència al contractista i ponderar si la confidencialitat és legítima i si ha de prevaler o no sobre el dret d'accés. Si es considera que la confidencialitat és injustificada, això pot ser causa de la nul·litat de la clàusula que l'estableix. En aquests casos l'administració podria optar entre no aplicar directament la clàusula titllada il·legítimament de confidencial i donar accés immediat a la informació sol·licitada o deixar que la decisió sobre l'accés sigui resolta en seu judicial”.*

## **Conclusions**

**Primera.-** La petició d'accés als informes tècnics instada per XXX, S.L. s'ha formulat en un moment procedimental inoportú, i serà en el moment posterior quan el contracte s'hagi adjudicat i notificat quan neixi el dret de XXX, S.L a tenir accés als esmentats informes tècnics.

**Segona.-** L'obligació de publicitat en matèria de contractació i per tant l'obligació de publicar els informes tècnics es pot considerar adequadament complimentada amb la publicació d'aquests informes en el perfil de contractant que és l'instrument previst a la normativa de contractació administrativa per donar publicitat i transparència a l'activitat contractual dels ens públics.



**Tercera.-** L'òrgan de contractació ha de respectar la declaració de confidencialitat que els licitadors facin en relació al contingut de la seva oferta, però aquesta declaració de confidencialitat té uns límits: no pot afectar a tot el contingut de l'oferta i ha de fonamentar-se realment en aspectes que tinguin caràcter confidencial. En cas hi hagi una petició d'un licitador d'accedir a l'oferta d'un altre licitador i que la declaració de confidencialitat d'aquest últim hagi excedit els esmentats límits i afecti a la totalitat de l'oferta o a aspectes que realment no tinguin caràcter confidencial, s'haurà de donar audiència al licitador que hagi declarat que hagi excedit aquests límits en la declaració de confidencialitat, i a la vista del que resulti del tràmit d'audiència l'òrgan de contractació podria optar entre no aplicar directament la clàusula de confidencialitat en tota l'extensió declarada i donar accés immediat a la informació sol·licitada o, pel contrari, denegar l'accés i deixar que el licitador que ha sol·licitat l'accés decideixi si contra aquesta denegació acudeix als tribunals per tal que aquests decideixin sobre la qüestió plantejada.

Barcelona, 2 de març de 2016

Lletrat Consistorial

Vist-i-plau

El Director de l'Àrea de Règim Jurídic

Rafael Herrero Iturriaga

Manuel Mallo i Gómez