

Barcelona, 29 de setembre de 2017

Resolució: 143/2017

Vist el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor J.G.A., en nom i representació de l'empresa SARFA, SL, contra l'adjudicació del contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient 07/16 PO), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. El ple de l'Ajuntament de Lloret de Mar, en la sessió del 18 de juliol de 2016, va acordar, entre d'altres extrems, aprovar inicialment el plec de condicions econòmico-administratives així com el plec de condicions tècniques reguladors del procediment obert per a l'adjudicació del contracte indicat a l'encapçalament.

SEGON. La licitació es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S142, de 26 de juliol de 2016, en el Butlletí Oficial de la Província (BOP) de Barcelona el 10 d'agost de 2016 i en el Butlletí Oficial de l'Estat (BOE) núm. 195, de 13 d'agost de 2016.

Els anuncis publicats al DOUE i al BOP indicaven l'adreça web del perfil de contractant de l'òrgan de contractació a la web de l'Ajuntament (www.lloret.cat) per a l'obtenció dels plecs i la resta de la documentació i informació relacionades amb aquesta licitació.

TERCER. En data 12 d'agost de 2016, amb motiu de la presentació de diverses peticions d'aclariment i de modificació, en el seu cas, dels plecs de condicions, l'alcalde va dictar el decret pel qual es va suspendre el termini de presentació de proposicions del procediment de licitació i es va ordenar procedir a la publicació urgent d'un anunci amb la resolució de suspensió en els diferents diaris oficials i al perfil de contractant, moment a partir del qual es faria efectiva la suspensió. Aquest Decret va ser objecte de ratificació pel ple de l'Ajuntament en data 26 de setembre de 2016.

QUART. En data 2 de novembre de 2016, el ple, en resposta a les sol·licituds d'aclariment i qüestions plantejades, va acordar modificar determinades clàusules dels plecs de condicions del contracte, aixecar la suspensió del termini de presentació de proposicions, procedir a la publicació urgent d'un anunci amb aquesta resolució al perfil de contractant i als diaris oficials i la represa del termini per a presentar proposicions que va començar a comptar a partir de l'endemà de la inserció d'aquest anunci al DOUE, amb la inserció d'una nota informativa al perfil de contractant, termini que es va establir en 18 dies naturals, els dies que restaven per a presentar proposicions quan aquest es va suspendre.

L'anunci es publicà al DOUE del 3 de desembre, al BOP de 29 de novembre i al BOE de 5 de desembre de 2016.

CINQUÈ. Una vegada desenvolupats els tràmits de la licitació i la valoració de les proposicions, la Mesa de contractació va proposar classificar les proposicions per aquest ordre decreixent, segons la puntuació obtinguda:

1a BARCELONA BUS: 98,50 punts.

2a MOVENTIS SARFA: 89,18 punts.

SISÈ. En data 9 de febrer de 2017, SARFA, SL (en endavant, SARFA) va sol·licitar per escrit accedir als documents de l'expedient de licitació del contracte per poder analitzar l'oferta de BARCELONA BUS, SL (en endavant, BARCELONA BUS), el procediment de contractació i la seva conformitat amb la legislació aplicable, i per poder interposar, en el seu cas, els recursos o les accions corresponguessin en defensa dels seus drets i interessos legítims i motivar-los adequadament.

L'Ajuntament respon en data 22 de febrer de 2017 a SARFA que ha efectuat una petició a BARCELONA BUS per tal que, en relació amb la declaració de confidencialitat genèrica que va efectuar en el seu dia, concretés els documents declarats confidencials, com a pas previ a l'autorització. L'empresa BARCELONA BUS determina la documentació que entén confidencial en escrit rebut l'1 de març de 2017.

D'acord amb l'acta de compareixença que consta en l'expedient, el 23 de març de 2017 els representants de SARFA compareixen a l'Ajuntament, prèvia citació als efectes de l'accés a l'expedient. Examinen la documentació i en la mateixa data sol·liciten veure altra documentació que no estava a disposició per haver estat declarada confidencial per part de BARCELONA BUS en escrit rebut l'1 de març de 2017.

SETÈ. El ple de l'Ajuntament va adjudicar el contracte, en data 27 de febrer de 2017, a la proposició de BARCELONA BUS.

VUITÈ. En data 23 de març de 2017, SARFA presenta una nova sol·licitud en el sentit d'accedir a la resposta de BARCELONA BUS sobre la confidencialitat de la documentació i a la documentació de l'expedient que figura detallada en l'annex.

Per decret d'Alcaldia de 4 d'abril de 2017, notificat el 5 d'abril, es posa a disposició de SARFA l'escrit de BARCELONA BUS d'1 de març. En la mateixa data se li dóna trasllat de la documentació sol·licitada a excepció de la relativa als apartats 2.5 i 2.6, en tractar-se de documentació expressament declarada confidencial per aquesta empresa, indicant-se expressament que també SARFA ha declarat aquesta confidencialitat en relació amb diferents aspectes de la seva oferta.

NOVÈ. En data 7 d'abril de 2017, l'empresa SARFA anuncia davant de l'Ajuntament la presentació del recurs especial en matèria de contractació.

En data 12 d'abril de 2017, SARFA presenta el recurs especial en matèria de contractació i al·lega, en síntesi, que:

- a) L'acord d'adjudicació del contracte i el procediment de licitació són nuls de ple dret atès que l'òrgan de contractació no va publicar al DOUE l'anunci previ requerit per l'article 7.2 del Reglament (CE) 1370/2007.
- b) L'acord d'adjudicació del contracte és contrari a dret perquè l'òrgan de contractació va acordar una modificació substancial dels plecs sense seguir el procediment legalment establert i, en tot cas, sense atorgar un nou termini complet per a la presentació d'ofertes una vegada publicada la referida modificació.
- c) Subsidiàriament, l'acord d'adjudicació del contracte és contrari a dret perquè l'òrgan de contractació ha incomplert el termini atorgat per presentar ofertes.
- d) Subsidiàriament als motius anteriors, procedeix retrotreure les actuacions al moment immediatament posterior al de la publicació de l'acord d'adjudicació al perfil del contractant per tal que es faciliti a aquesta parta l'accés íntegre a l'oferta presentada per BARCELONA BUS i, en cas que l'òrgan de contractació consideri que alguna part de l'oferta és confidencial, es pronunciï a l'efecte de manera expressa, conferint-se un nou termini per interposar recurs especial en matèria de contractació.

I sol·licita la declaració de nul·litat de l'acord d'adjudicació del contracte i la nul·litat de tot el procediment i, subsidiàriament, la retroacció de les actuacions al moment immediatament posterior al de la publicació de l'acord d'adjudicació per tal que es faciliti l'accés íntegre a l'oferta presentada i, en cas que l'òrgan de contractació consideri que alguna part de l'oferta és confidencial, es pronunciï a l'efecte de manera expressa i motivada i posant en coneixement de la interessada, conferint-se un nou termini per interposar recurs especial en

matèria de contractació a partir del dia següent a aquell en què li sigui notificat a SARFA dit pronunciament.

DESÈ. El mateix dia de la interposició del recurs, el Tribunal va comunicar a l'òrgan de contractació la presentació del recurs i el va requerir perquè li trametés l'expedient de contractació, la llista de persones interessades i l'informe corresponent, als efectes previstos en els articles 46 del Text Refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP) i 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, així com els 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 (RD 814/2015).

Aquest requeriment es va reiterar en data 19 d'abril de 2017, en tant que la documentació rebuda era insuficient, als efectes previstos en els articles 22.2 del Decret 221/2013 i 28.5 del RD 814/2015.

ONZÈ. Davant la manca de remissió de la documentació necessària per a la tramitació del recurs, en data 24 de maig de 2017, el Tribunal va posar de manifest aquesta circumstància a la recurrent per tal que, en el termini dels 5 dies hàbils que estableixen els articles 22.2 del Decret 221/2013 i 28.5 del RD 814/2015, pogués al·legar el que considerés convenient respecte d'aquest incident i aportar la documentació que considerés oportuna per a la resolució del recurs.

En virtut d'aquest tràmit, en data 26 de maig de 2017 la recurrent va respondre adjuntant el seu escrit d'al·legacions en relació amb la manca de resposta per part de l'òrgan de contractació i va proporcionar al Tribunal la documentació sobre l'expedient de contractació que tenia a la seva disposició en la qual s'inclouïa la part de l'oferta de BARCELONA BUS que fou facilitada a SARFA, per acreditar la indefensió al·legada.

DOTZÈ. En data 13 de juny de 2017 va tenir entrada al Tribunal una primera part de la documentació requerida a l'òrgan de contractació, i aquesta va ser finalment completada, el 19 de juliol de 2017.

TRETZÈ. En data 22 de juny de 2017, el Tribunal va obrir el període d'al·legacions al recurs a les parts interessades, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació.

L'empresa adjudicatària, BARCELONA BUS, va fer ús del tràmit i va presentar el seu escrit d'al·legacions en data 28 de juny de 2017, en virtut del qual, en resum, sol·licita que

s'inadmeti el recurs en relació amb determinats fonaments i, subsidiàriament, la seva desestimació, així com la desestimació de la resta de motius.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) resulta competent per resoldre el recurs especial en material de contractació de conformitat 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, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El plec de clàusules econòmic administratives i jurídiques no fixa el valor estimat del contracte però n'estableix un preu anual de 255.000 euros sense IVA amb una durada de 4 anys prorrogable per dos anys més. El mateix plec determina el caràcter harmonitzat del contracte (clàusula 2, darrer paràgraf).

En conseqüència, el contracte és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha presentat contra l'adjudicació del contracte, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.2 c) del TRLCSP.

QUART. El Tribunal aprecia que l'empresa SARFA té drets i interessos afectats per la resolució impugnada i la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

La representació de l'UTE recurrent també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, conformement amb l'article 44.4 del TRLCSP.

CINQUÈ. Considerant que l'acte impugnat ha estat el d'adjudicació del contracte, 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. Entrant a examinar les al·legacions, el primer motiu d'impugnació fa referència a la manca de publicació al DOUE de l'anunci previ requerit per l'article 7.2 del Reglament (CE) 1370/2007.

Així, la recurrent en síntesi l'obligatorietat d'aquesta publicació ateses les previsions del considerant 29è del mateix Reglament 1370/2007, l'Informe 3/2016, de 28 de juny, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya i l'aplicació al cas concret (que implica recórrer un total de 167.069,02 quilòmetres anuals). Així mateix, s'afirma la vulneració d'un tràmit essencial del procediment que vicia de nul·litat radical el contracte i el seu procediment d'adjudicació i, en aquest sentit, s'al·leguen l'Informe 13/2015, de 30 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, l'esmentat informe 3/2016 de la Junta Consultiva de Catalunya i la Resolució d'aquest Tribunal núm. 142/2015.

En resposta a aquesta al·legació, l'informe de l'òrgan de contractació entén que aquest motiu de recurs –juntament amb el segon i el tercer- no haurien de ser admesos en tant que no fan referència a l'acte objecte del recurs, això és, l'acord d'adjudicació, si no a la convocatòria de la licitació i als seus plecs. En aquest sentit, s'al·lega la manca de recurs per part de SARFA contra l'anunci de licitació i l'acceptació expressa dels plecs en prendre part en la licitació. A més, s'al·lega que el recurs que ara es presenta contra l'acord d'adjudicació no qüestiona en cap moment la valoració de les ofertes en sí ni l'acte d'adjudicació en sí, sinó que es remunta a una prestesa nul·litat dels plecs o de la convocatòria per manca de realització de l'anunci previst en el Reglament 1370/2007.

Adicionalment, manté la recurrent la no aplicació de l'article 7.2 al contracte objecte de la licitació per tractar-se d'un contracte de serveis i no de gestió del servei públic de transport. En aquest sentit, s'esmenta la Resolució núm. 118/2016 d'aquest Tribunal, fruit d'un recurs interposat per SARFA en què s'al·legava també la manca de publicació referida.

En el tràmit d'al·legacions, l'empresa adjudicatària, BARCELONA BUS, al·lega en defensa dels seus interessos la procedència de l'adjudicació atès que la seva oferta compleix amb els requisits establerts als plecs i és, amb escreix, l'oferta econòmicament més avantatjosa, l'extemporaneïtat i la improcedència de l'al·legació de la recurrent relativa a la manca de publicació de l'anunci previst per l'article 7.2 del Reglament 1370/2007 amb la consideració expressa, entre d'altres, que SARFA no ha acreditat en quina mesura l'ha afectat la manca d'aquell anunci previ de licitació, que es tracta d'un defecte esmenable i que és en tot cas una reclamació extemporània per no haver-se plantejat en el seu moment contra l'anunci o els plecs.

El fons de l'assumpte, això és, l'obligatorietat o no d'efectuar l'anunci previst per l'article 7.2 del Reglament 1370/2007 als contractes de serveis de transport de viatgers per carretera ha estat clarament resolt en el sentit d'interpretar que aquests contractes, amb independència de la seva modalitat concessional o no, estan subjectes a les previsions específiques de publicitat establertes per dit precepte. Efectivament, la diferenciació entre contractes que tinguin per objecte aquests serveis en modalitat concessional o no que s'efectua en l'article

5 del mateix Reglament –per als quals n'exclou exclusivament l'aplicació de les previsions dels seus apartats 2 a 6- no obsta l'aplicació de l'article 7 –relatiu a publicitat- a tots ells en la mesura que l'objecte del Reglament i el seu àmbit d'aplicació –establert en l'article 1-, inclou els contractes de serveis subjectes a les directives de contractació pública.

En aquest sentit s'hi han pronunciat tant les juntes consultives d'Aragó i Catalunya en els seus informes 13/2015 i 3/2016, respectivament, com aquest Tribunal en la resolució 70/2017, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en les resolucions 545/2015 i 587/2014, i també el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en la Sentència de 27 d'octubre de 2016, dictada en l'assumpte C-292/15, Hörmann Reisen GmbH i Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg. Pel que respecta a aquesta qüestió, dita Sentència del TJUE sosté, entre d'altres extrems, que a un contracte de serveis de transport de viatgers en autobús que no revesteixi la forma d'un contracte de concessió de serveis no se li aplicaran les disposicions dels apartats 2 a 6 de l'article 5, però que cap altra disposició de l'article 5 o del Reglament 1370/2007 amplia l'abast de dita excepció (apartats 34 a 48).

Per tant, procedeix l'aplicació d'aquesta publicació preceptiva establerta en l'article 7.2 del Reglament 1370/2007 en els contractes de serveis de transport de viatgers en autobús quan l'objecte de la prestació anual sigui almenys de 50.000 quilòmetres. En el cas objecte de recurs s'estima per la recurrent dita prestació en 167.062,02 quilòmetres anuals, estimació que no ha estat rebatuda per l'òrgan de contractació ni per l'empresa adjudicatària.

Així mateix, per determinar el caràcter de vici constitutiu de nul·litat de ple dret de la manca de publicació de l'anunci a què fa referència l'article 7.2 del Reglament 1370/2007, cal tenir en compte que es tracta d'una obligació específica i addicional de publicitat per l'adjudicació dels contractes de servei públic inclosos en el seu àmbit d'aplicació amb la finalitat, d'acord amb el considerant 29 del propi Reglament, que els operadors potencials disposin del temps necessari per a reaccionar.

En conseqüència, i per aplicació de les normes d'invalidesa dels contractes regulades en el TRLCSP –articles 31 a 39- i, per remissió, en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú (Llei 39/2015) –en particular en l'article 47.1.e-, aquest defecte pot ser constitutiu de nul·litat de ple dret perquè, si bé no implica que s'hagi prescindit totalment i absolutament del procediment legalment establert, sí que pot considerar-se un tràmit essencial en tant que pot afectar directament a les condicions de competència efectiva entre els operadors vulnerant, per tant, els principis fonamentals de la contractació pública (en aquest sentit, els esmentats Informes 13/2015 i 3/2016 de les juntes consultives de contractació administrativa d'Aragó i Catalunya, respectivament, i les resolucions 587/2104, 409/2015 i 545/2015 del TACRC).

No obstant les anteriors argumentacions, cal igualment ponderar la seva aplicació al cas concret en atenció a les conseqüències produïdes per tal omissió a la part interessada (en aquest sentit, entre d'altres, la Sentència del Tribunal Suprem de 17 d'octubre de 1991).

En el cas que ens ocupa, la recurrent al·lega aquesta manca de publicitat, però ho fa amb motiu de la impugnació de l'acord d'adjudicació. De fet, aquest vici fa referència a un període de tramitació molt anterior, això és, al de l'anunci de la licitació o dels plecs que la regeixen, període durant el qual cap dels actes produïts van ser objecte d'impugnació per part de l'ara recurrent ni per aquest ni per cap altre motiu. Tampoc el vici produït li va suposar a la recurrent la impossibilitat de presentar-se a la licitació.

Si bé és cert que la recurrent afirma que la manca de publicació prevista per l'article 7.2 del Reglament 1370/2007 li ha afectat en la mesura que d'haver-ne tingut coneixement amb un any d'antelació hagués pogut preparar amb més temps una oferta millor i amb més coneixement del servei, aquest al·legació resulta genèrica i no acreditativa ja que res va impedir que presentés una oferta viable, presentació que va suposar l'acceptació de les condicions previstes pels plecs (entre d'altres, resolucions 36/2015, 39/2015 i 90/2015).

Efectivament, la recurrent va acceptar i va quedar vinculada pels plecs que regeixen la licitació en presentar la seva proposició ex article 145.1 del TRLCSP, i tampoc no va presentar en el moment adient cap recurs posant en relleu l'incompliment del requisit de publicitat previst en l'article 7.2 del Reglament 1370/2007.

Arribats a aquest punt, una vegada més, l'admissió extemporània d'aquest motiu d'impugnació en base a què implica nul·litat de ple dret, requeriria, per tractar-se d'una mesura extrema per a un procediment de contractació que ja està adjudicat, una acreditació per part de la recurrent que el vici produït ha comportat una real afectació a l'acte que s'impugna –l'adjudicació del contracte-.

En definitiva, la naturalesa contractual i no reglamentària dels plecs suposa que la manca d'impugnació convalidi els seus vicis i siguin considerats llei del contracte per les parts, fins i tot en determinats casos de nul·litat de ple dret, i això en salvaguarda dels principis de bona fe i de seguretat jurídica que són preservats per la fermesa dels actes per als qui els han consentit i han continuat amb el procediment aspirant a l'adjudicació del contracte. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de desembre de 2007, les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 14 de maig de 2015 i del Tribunal Superior de Justícia de Galícia de 17 de novembre de 2016, així com la recent Resolució del TACRC 49/2017 i les resolucions d'aquest TCCSP 190/2015 i 118/2016.

En conseqüència, procedeix la inadmissió del recurs per extemporaneïtat en relació amb aquest primer motiu.

SETÈ. El segon motiu d'impugnació fa referència a la modificació substancial dels plecs un cop aprovats i iniciat el termini de presentació d'ofertes per part dels potencials licitadors. Aquest motiu es concreta en dues al·legacions: que dita modificació es va produir sense seguir el procediment establert i sense haver atorgat un nou termini complet per a la presentació d'ofertes, una vegada publicades les modificacions.

En relació amb el primer aspecte, és a dir, a la modificació substancial dels plecs, la recurrent al·lega els articles 115, 116.1 i 142 del TRLCSP, els quals estableixen la necessitat d'aprovació dels plecs abans de la licitació del contracte o de la seva adjudicació, quan aquesta no existeix, i configuren el principi d'inalterabilitat dels plecs.

En el marc d'aquest plantejament, la recurrent exposa que les modificacions introduïdes en els plecs no responien a cap de les circumstàncies admeses –errors materials, revisió d'ofici i declaració de lesivitat- i, en particular, no es tractava d'errors materials reconduïbles a les previsions de l'article 75 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCAP) ja que es tractava de modificacions *“amb incidència directa en la configuració del servei objecte del Contractes i, per tant, en la valoració del mateix.”* S'esmenten resolucions i jurisprudència sobre la determinació de l'error material.

Tot seguit, la recurrent exposa la substancialitat i la rellevància que aprecia en les modificacions introduïdes en el seu dia en les clàusules 1.2.2, 1.3.1, 1.4 i 1.5 i en els annexos 1 i 3 (apartat 3.2) del plec de condicions tècniques així com en la clàusula 9 del plec de clàusules administratives, tot al·legant les resolucions del TACRC 36/2014 i 1009/2015.

Pel que fa el segon aspecte d'aquest motiu d'impugnació, això és, la manca d'atorgament d'un termini complet de presentació d'ofertes després de la modificació dels plecs, la recurrent exposa que, encara que s'admetés dita modificació, l'òrgan de contractació hauria d'haver atorgat un nou termini de presentació d'ofertes respectuosa amb el que disposa l'article 159.1 del TRLCSP, és a dir, el termini total de 52 dies -reduint-se en el seu cas, en els supòsits previstos en 5 i 7 dies-, i no disposar els licitadors únicament de 18 dies –que varen convertir-se en 16-. Aquesta reducció del termini que s'hagués hagut d'atorgar va comportar, segons la recurrent, una vulneració de les garanties dels licitadors i dels potencials licitadors que comporta un vici de nul·litat de ple dret. A aquests efectes, s'al·lega la Resolució 27/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuals de Castilla y León (TACRCCyL), la Resolució 36/2014 del TACRC i l'Acord 5/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

L'òrgan de contractació, en el seu informe de 2 de juny de 2017, respon a aquestes al·legacions, en primer terme amb una remissió als motius d'inadmissió al·legats respecte al punt anterior, per entendre que la modificació dels plecs i el termini de presentació d'ofertes no són actes susceptibles de ser impugnats mitjançant el recurs especial en matèria de contractació que, en tot cas, res tenen a veure amb l'acte objecte d'impugnació, que és el d'adjudicació. En aquest sentit s'al·lega la ja esmentada Resolució 118/2016 d'aquest Tribunal, la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de maig de 1989 i la Resolució 49/2007 del TACRC, sobre la impossibilitat d'anul·lar un plec quan el que s'impugna és la resolució d'adjudicació, sense impugnació prèvia d'aquell. Així mateix, s'al·lega la Sentència del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de gener de 2003 respecte de la possibilitat de modificar un plec amb anterioritat al moment de presentació de les ofertes. Per acabar, s'afirma que, tal i com es va posar de manifest en l'informe emès el 31 de maig de 2017 pel tècnic de

mobilitat de l'Ajuntament -en el qual s'analitzaven els canvis introduïts per acord del ple de 2 de novembre de 2016-, cap dels canvis o modificacions tenien caràcter essencial i que la modificació dels plecs és una possibilitat prevista a l'article 75 del RGLCAP.

Pel que fa al termini de presentació de proposicions, es defensa la correcció de l'acord de modificació adoptat pel ple com a òrgan competent i de l'acord de suspensió del termini de presentació de proposicions adoptat prèviament. En concret entén que la lectura de l'article 75 del RGLCAP s'ha de fer en consonància amb l'article 47 de la Directiva 2014/24/CE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE que fa referència, en el seu apartat 3, a les conseqüències de la modificació dels plecs sobre el termini, tot establint que serà proporcional a la importància de la informació o de la modificació. En aquest sentit, l'esmentat informe del tècnic de mobilitat expressa la manca d'afectació en la presentació de les ofertes dels canvis que es van efectuar en els plecs de condicions.

No obstant això, demana expressament que, amb caràcter subsidiari a la seva argumentació, es consideri que es tractaria d'un vici d'anul·labilitat i no de nul·litat i que no hauria suposat indefensió ja que la recurrent va presentar-se a licitació dintre de termini i sense haver impugnat dit acte de tràmit. En aquest sentit, s'al·lega la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Navarra 266/2005, de 8 de març i es reitera que les modificacions no eren essencials.

Adicionalment, s'exposa la cronologia de les publicacions dels anuncis per concloure que, a partir de la data en què es van publicar les modificacions al perfil de contractant –el 10 de novembre de 2016-, els licitadors van disposar igualment de 40 dies naturals fins a la data límit per a la presentació de les proposicions –el 19 de desembre de 2016-.

L'empresa adjudicatària, BARCELONA BUS, en l'escrit d'al·legacions, efectua consideracions en el sentit que SARFA no va discutir, en el seu moment, ni les modificacions ni el procediment utilitzat sinó que va presentar l'oferta i, per tant, va acceptar sense condicions els plecs i les modificacions. Per tant, aprecia causa d'inadmissió per extemporaneïtat del recurs. A aquests efectes, rebut la procedència de l'aplicació a aquest cas de la doctrina sobre la modificació dels plecs establerta per la Resolució 281/2015 del TACRC i n'exposa els motius. De fet, entén que caldria aplicar-la en relació amb l'apreciació de l'extemporaneïtat per no haver impugnat en temps i forma els plecs i les seves modificacions. Així mateix, s'al·leguen la Sentència de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2017 i les resolucions 645/2016, 245/2016, 225/2016 i 81/2016 del TACRC, en aquest darrer cas per apreciar identitat de supòsits.

En relació amb el termini per a la presentació de les propostes, entén que el termini de 18 dies atorgat després d'aixecar-se la suspensió era el correcte, ja que es va respectar l'article 75 del RGLCAP i no es desprèn ni d'aquest precepte ni de les resolucions al·legades que, a més de les publicacions preceptives, calgui un nou termini complet per a la presentació de les proposicions. De fet, entén que l'atorgament d'un nou termini per a la presentació de proposicions depèn de l'entitat de les modificacions –que, en aquest cas, no afectaven les

característiques, el funcionament o l'extensió de la proposta, segons l'informe del tècnic-, i s'al·lega l'article 47 de la Directiva 2014/24/CE i la Resolució 105/2015, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia (TACRCJA).

Així mateix, s'argumenta que SARFA, malgrat la seva al·legació genèrica que si hagués disposat d'un termini de presentació d'ofertes més ampli no hauria presentat la mateixa proposta, no va presentar cap al·legació respecte del termini que es va comunicar per a la presentació de les proposicions i va presentar la corresponent proposta dintre de termini, amb acceptació, per tant, de totes les condicions conformades en els plecs.

En definitiva, entén que també aquesta al·legació ha de ser considerada extemporània ja que no va haver oposició a les modificacions i les propostes es van poder presentar correctament sense presentar objeccions.

Sobre la primera de les qüestions d'aquest motiu d'impugnació, procedeix apreciar, d'acord amb la consolidada doctrina i jurisprudència objecte d'anàlisi, que el principi general d'inalterabilitat dels plecs que s'estableix en els articles 116, 117 i 142 del TRLCSP –i que suposa la norma general d'interdicció de la modificació dels plecs un cop aprovats- només té com a excepcions els casos d'error material, de fet o aritmètics –amb l'abast i les condicions establertes en la jurisprudència sobre aquest-, la revisió d'ofici dels actes nuls de ple dret o, en el seu cas, la declaració de lesivitat i posterior anul·lació davant de la jurisdicció contenciosa administrativa dels actes anul·lables.

Ara bé, dit això, és igualment cert que l'article 75 del RGLCAP preveu la publicitat amb càrrec a l'òrgan de contractació dels aclariments o rectificacions dels plecs amb la indicació que caldrà computar-se, a partir del nou anunci, el termini establert per a la presentació de les proposicions. A més, aquest precepte cal complementar-lo ara amb allò que preveu l'article 47.3 de la Directiva 2014/24/UE, d'aplicació directa des del 19 d'abril de 2016:

“3. En los casos que se indican a continuación, los poderes adjudicadores prorrogarán el plazo para la recepción de ofertas, de forma que todos los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas:

(.../...)

b) Cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación.

La duración de la prórroga será proporcional a la importancia de la información o de la modificación.

Si la información adicional solicitada no se ha presentado con antelación suficiente o tiene una importancia desdeñable a efectos de la preparación de ofertas admisibles, no se exigirá a los poderes adjudicadores que prorroguen los plazos.”

Efectivament, la interpretació del dret intern conforme amb la vigent Directiva suposa, en definitiva, admetre la possibilitat de modificar els plecs un cop aprovats sempre i quan es doni la publicitat i les condicions de terminis per a la presentació de proposicions que permeti garantir el respecte als principis de transparència, publicitat, igualtat de tracte i no discriminació. En particular, i per aplicació dels principis d'economia procedimental i de

celeritat, res ha d'impedir una modificació dels plecs, sempre que es doni publicitat a dita modificació amb nous anuncis i nous terminis per a la presentació de proposicions i adequació de les dates d'obertura de les proposicions. En aquest sentit, l'Acord del TACPA 5/2017 i també la Resolució 245/2016 del TACRC, aquesta darrera en afirmar que:

“De otra parte, cabe apuntar asimismo que las consideraciones que hemos reflejado en torno a los límites para la modificación de los pliegos en nada impiden al órgano de contratación, advertida durante la licitación la existencia de cualquier error, vicio, defecto o incongruencia en los mismos, el plantear una nueva licitación en la que se subsanen o corrijan tales defectos, no quedando lógicamente vinculado por ellos. Así resulta de lo dispuesto en el art. 155 del TRLCSP, que permite desistir del procedimiento de adjudicación con fundamento “en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa”. Precisa además dicha norma que el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación. Dicho precepto se ocupa así de resaltar que tal desistimiento ha de quedar justificado por la existencia de vicios no subsanables, dejando así abierta la posibilidad (o, por mejor decir, necesidad) de subsanar, de ser posible, los defectos advertidos.

Continuando en esta línea de razonamiento, no parece que deba existir obstáculo para que, advertida la necesidad de introducir una variación en los pliegos, por error (incluso de carácter no propiamente material, sino de concepto), incongruencia de los mismos u otra circunstancia análoga, pueda modificarse o subsanarse su contenido si con ello no se producen efectos desfavorables para ningún licitador ni se vulneran los principios rectores de la contratación, muy especialmente los de igualdad y concurrencia. No parece razonable ni proporcionado que en tales supuestos, en los que en muchas ocasiones en realidad no nos encontraremos ante un vicio que afecte a la validez del acto, deba exigirse el rigor de un procedimiento de revisión de oficio de los pliegos, ni tampoco que haya de procederse en todo caso a desistir del procedimiento para iniciar formalmente una nueva licitación, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos que derivaría del retraso que ello provocaría en la tramitación, siendo así que puede corregirse la situación planteada sin menoscabo de los intereses de los potenciales licitadores abriendo un nuevo plazo de presentación de ofertas tras la modificación del pliego. Téngase presente aquí, además, otro principio de especial relieve en esta materia, cual es la potestad discrecional que debe reconocerse al órgano de contratación para conformar el objeto y condiciones de la contratación de la forma que estime más adecuada para los intereses públicos, lo que también abona la posibilidad de adecuar el pliego cuando se advierta necesidad para ello siempre sin incidir de manera perjudicial en la esfera jurídica de terceros interesados que pudieran haber ya concurrido a la licitación. Efectivamente, en el estadio inicial del procedimiento de licitación, cuando aún no se han presentado proposiciones, cabe asimilar a estos efectos a los pliegos con la situación de los actos de trámite no cualificados en el seno de un procedimiento administrativo, los cuales pueden ser modificados o dejados sin efecto por la Administración durante la tramitación del mismo y antes del dictado de la resolución sin necesidad de proceder a la revisión de oficio, siempre que, insistimos, no se produzca con ello un efecto desfavorable para los derechos o intereses de algún interesado. Desde esta perspectiva, se advierte en nuestro caso como, encontrándonos en la fase inicial de la licitación, la modificación se acuerda cuando aún se encontraba abierto el plazo inicial de presentación de ofertas. Además, del expediente remitido resulta como, habiéndose presentado una única oferta, la misma ha sido retirada por

el licitador tras tener conocimiento de la modificación del pliego. En esta tesitura, es fácil advertir que, en realidad, la apertura de un nuevo procedimiento de licitación al que se incorporase ya el nuevo texto del pliego de prescripciones técnicas no supondría diferencia sustancial respecto de la actual situación de publicación de un nuevo anuncio de licitación incorporando la modificación y con otorgamiento de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

En el mateix sentit, resulta especialment rellevant per al cas que s'examina la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-298/15, «Borta» UAB i Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, apartats 74, 75 i 76), en la qual va fixar els requisits que ha de respectar l'entitat adjudicadora per poder realitzar, excepcionalment, modificacions i correccions en els plecs un cop publicada la licitació:

- a) Que les modificacions, encara que puguin ser importants, no siguin tan essencials com per haver atret a potencials empreses licitadores que, sense aquelles, no podrien presentar ofertes. Així pot succeir, en particular, quan les modificacions facin que el contracte sigui sensiblement diferent per naturalesa del que s'havia definit inicialment.
- b) Que les modificacions siguin objecte d'una publicitat adequada, per tal que totes les potencials empreses licitadores raonablement informades i normalment diligents les puguin conèixer en les mateixes condicions i en el mateix moment.
- c) Que les modificacions tinguin lloc abans de la presentació de les ofertes.
- d) Que el termini de presentació de les ofertes s'ampliï quan les modificacions siguin importants, que la durada de l'ampliació depengui de la importància de les modificacions i que aquesta durada sigui suficient per permetre als operadors econòmics interessats adaptar consegüentment les seves ofertes.

En conclusió, no pot prosperar la primera al·legació del segon motiu d'impugnació -relativa a l'adopció d'una modificació dels plecs sense seguir el procediment establert- ja que es va procedir a la suspensió del termini de presentació de proposicions i a efectuar totes les publicacions preceptives per aquesta licitació en relació amb les modificacions introduïdes als plecs.

La qüestió discutida en aquest punt queda referida, doncs, al termini que s'habilita per a la presentació de les proposicions un cop aixecada la suspensió, que va ser del termini restant del total i no d'un nou termini complet; i aquesta qüestió, alhora, té també relació amb la substancialitat o no de les modificacions introduïdes en els plecs com a conseqüència de diferents escrits d'aclariments i suggeriments presentats per empreses interessades en la licitació.

A la vista de la documentació que consta en l'expedient, s'arriba a la conclusió que si bé, tal i com diu el tècnic de mobilitat de l'Ajuntament en el seu informe, en alguns casos puntuals les alteracions no semblen incidir en les condicions per a l'elaboració de les proposicions, aquest Tribunal no pot arribar a aquest convenciment en altres aspectes que han estat

objecte de modificació i que, o bé dit informe no rebut, o no queda clar el seu abast real (com ara el relatiu a l'acreditació de les cotxeres i altres mitjans aliens, a la configuració dels vehicles, a la intensitat del servei i itinerari, al sistema de consulta a les dades del servei des dels telèfons mòbils..) i, per tant, en conjunt, s'han de valorar com a significatives en relació amb les condicions per a l'elaboració de les proposicions i a la conseqüent exigència d'un nou termini que resulti adient per garantir els principis d'igualtat i concurrència.

Establert aquest extrem, cal tenir en compte també que, d'una banda, cap precepte aplicable diu textualment que calgui donar un nou termini complet de presentació de proposicions i, d'altra banda, la pròpia dicció literal de l'article 47 de la Directiva permetria a l'òrgan de contractació ponderar, d'acord amb el seu criteri, l'extensió de dit termini. No obstant això, en la mesura que s'admet la possible incidència de les modificacions en les condicions d'elaboració de la proposició, sí que ha de resultar exigible en aquests casos un nou termini de presentació de proposicions amb efecte equivalent a la d'iniciació d'un nou procediment de licitació per tal de garantir els ja esmentats principis de concurrència i igualtat. En aquest sentit, cal constatar que, en aquest cas, es va produir l'atorgament de fet d'un termini equivalent a l'establert, amb caràcter general i amb les reduccions previstes, per a una nova licitació de les seves característiques, i diem de fet perquè només si es computa dit termini des de la publicació al perfil es produeix aquest resultat, no sent així si es computa des de la data de publicació al DOUE.

D'altra banda, torna a entrar en discussió, una vegada més, l'eventual extemporaneïtat del recurs ara presentat contra l'acord d'adjudicació del contracte, però referit a condicions de la licitació establertes amb anterioritat. Així s'ha tingut ocasió d'analitzar abastament en el punt anterior d'aquesta Resolució, al qual ens remetem.

Ara bé, es planteja ara aquest tema en relació amb una altra manifestació de voluntat de l'òrgan de contractació, això és, l'aixecament de la suspensió del termini de presentació de proposicions, que fixa també el nou termini amb què compten els licitadors per deduir la seva proposició.

Amb independència de la doctrina sobre l'abast de l'objecte del recurs especial en matèria de contractació pública, que està experimentant una constant evolució en el sentit d'ampliar els actes revisables per aquesta via¹, ja en aquests moments l'article 40.2 del TRLCSP fa referència, als efectes que ara interessen, als anuncis de licitació, als plec i als documents contractuals que estableixin les condicions que han de regir la contractació, i és en aquest darrer element –documents contractuals que estableixin les condicions que han de regir la contractació- on pot encabir-se l'acte esmentat pel qual s'aixecava la suspensió i es fixava el termini final per a la presentació de les proposicions. Aquest acte, que va ser publicat amb

¹Així, la STJUE de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15) ha establert, amb caràcter general, per aplicació de les Directives de recursos (Directiva 89/665/CEE, de 21 de desembre de 1989, modificada per la Directiva 2007/66/CE, d'11 de desembre de 2007) la possibilitat de recórrer tota decisió d'un poder adjudicador sempre que no faci referència o formi part d'una mera reflexió interna de l'entitat adjudicadora.

els mateixos requisits aplicables a la licitació, no va ser objecte d'impugnació per part de la recurrent i tampoc no va presentar cap al·legació o reclamació mitjançant la qual manifestés la seva oposició. Per tant, serien aplicables totes les afirmacions efectuades amb relació a la condició de "*lex inter partes*" dels plecs i de les condicions de la licitació complementàries d'aquells, un cop presentades les proposicions i sense haver-se oposat o haver-se presentat cap acció en relació amb elles (en aquest sentit, STSJ de Navarra de 8 de març de 2005 – Recurs 1352/2003- y de Castilla i León de 31 de març de 2003 – Recurs 251/2001).

Adicionalment, com ja s'ha dit, res no va impedir a l'empresa recurrent presentar dintre de termini i condicions la seva proposició, sense que puguin prosperar, una vegada més, les al·legacions genèriques d'afectació en les condicions d'elaboració de la proposició (Resolució 81/2016 del TACRC).

En conseqüència, procedeix la inadmissió del recurs per extemporaneïtat en relació amb aquest segon motiu.

VUITÈ. Mitjançant el tercer motiu d'impugnació, amb caràcter subsidiari dels anteriors, s'afirma que l'acord d'adjudicació del contracte és contrari a dret perquè l'òrgan de contractació ha incomplert el termini atorgat per presentar les ofertes. En síntesi, s'exposa que d'acord amb el que va disposar el decret d'aixecament de la suspensió, la represa del termini per a presentar proposicions s'havia de comptar des de l'endemà de la publicació al DOUE i no des de la data del seu enviament. En canvi, l'òrgan de contractació va inserir una nota al perfil de contractant en el qual s'indicava el dia a presentar les proposicions havent-se computat el termini restant de l'inicial (que era de 18 dies) des de la data de l'enviament. El resultat va ser la fixació d'un termini màxim de presentació dos dies abans, això és el dia 19 de desembre, en comptes del 21 de desembre de 2016.

La recurrent al·lega, una vegada més, haver patit una reducció injustificada de termini per a la preparació de la seva oferta i l'afectació de la concurrència així com la conculcació de l'article 159 del TRLCSP i conclou apreciand causa de nul·litat de ple dret per vulneració del procediment legalment establert.

L'òrgan de contractació, en el marc de la resposta al motiu segon, expressa que la data d'enviament efectiva de l'anunci és la que té efectes per tal que reprenegui el termini de presentació d'ofertes.

L'empresa BARCELONA BUS al·lega, en síntesi, que es va complir el termini de 40 dies naturals i que, d'acord amb l'article 159.1 del TRLCSP, el termini de presentació de proposicions es compta des de la data de l'enviament de l'anunci a l'Oficina de Publicacions de la Unió Europea, previsió aquesta que resulta d'obligat compliment per a l'Ajuntament en els contractes subjectes a regulació harmonitzada. Tenint com a data d'enviament al DOUE el 30 de novembre de 2017, el termini de 40 dies finalitzava el 17 de desembre i, tot i això, es va establir el 19 de desembre.

Davant d'aquesta descripció de fets i al·legacions, es constata, d'una banda, la dicció literal del decret d'aixecament de la suspensió de 9 de novembre, enviat al DOUE el 30 de novembre i publicat en dit Diari el 3 de desembre, que establia, efectivament, tal i com s'ha al·legat que: *“La represa del termini per a presentar proposicions començarà a comptar a partir de l'endemà de la inserció de l'anunci en el DOUE. El mateix dia en que es publiqui aquest anunci en el DOUE, s'inserirà en el perfil del contractant de l'Ajuntament una nota informativa en la que es comunicarà que a partir de l'endemà començarà a comptar el termini per a presentar proposicions, termini que serà de 18 dies naturals (els dies que restaven per a presentar proposicions quan aquest es va suspendre).*

I, d'altra banda, la norma general de còmput dels terminis en el cas dels contractes harmonitzats establerta per l'article 159.1 del TRLCSP el qual, d'acord amb les previsions tant de la Directiva 2014/24/UE com de l'anterior Directiva 2004/18/CE, estableix que el còmput de terminis per a la presentació de proposicions es compten des de l'enviament de l'anunci del contracte a l'Oficina de Publicacions de la Unió Europea

En definitiva, és palès que el decret de 9 de novembre de 2016 contenia, en aquest sentit, un error del sistema de còmput del termini que, no obstant, va ser corregit en la indicació que, en la seva pròpia aplicació, ell mateix preveia –això és la nota informativa del perfil de contractant-, indicant-se aleshores un termini de presentació que acabava el 19 de desembre i no el 21 de desembre.

Aquest error, però, no va ser objecte d'impugnació per part de la recurrent i tampoc no va presentar cap al·legació o reclamació mitjançant la qual manifestés la seva oposició, ans al contrari, va procedir a presentar la seva oferta dintre del termini establert, sense que puguin prosperar, una vegada més, les al·legacions genèriques d'afectació en les condicions d'elaboració de la proposició, ja respostes respecte dels dos fonaments anteriors.

En conseqüència, procedeix la inadmissió del recurs per extemporaneïtat en relació amb aquest tercer motiu.

NOVÈ. El quart i darrer motiu d'impugnació, amb caràcter subsidiari de tots els anteriors, es basa en afirmar que procedeix retrotreure les actuacions al moment immediatament anterior al de la publicació de l'acord d'adjudicació al perfil del contractant, per tal que es faciliti a la part recurrent l'accés íntegre a l'oferta presentada per BARCELONA BUS i, en cas que l'òrgan de contractació consideri que alguna part de l'oferta és confidencial, es pronunciï a l'efecte de manera expressa, conferint-se un nou termini per interposar recurs especial en matèria de contractació.

S'exposa que la recurrent va sol·licitar en data 8 de febrer de 2017 l'accés a l'expedient de la contractació amb la finalitat, entre d'altres, d'analitzar els termes de l'oferta de BARCELONA BUS i la seva adequació als plecs. L'Ajuntament va demanar a l'empresa BARCELONA BUS que especificqués quina part concreta de la seva oferta era confidencial, ja que havia fet una declaració genèrica de confidencialitat que afectava a la totalitat de

l'oferta. En base a aquesta resposta, l'òrgan de contractació li va denegar l'accés a la major part de la documentació de l'oferta de BARCELONA BUS.

La recurrent indica que, dels 17 apartats més els annexos de què constava dita oferta, únicament se li va permetre accedir a la documentació de diverses parts dels apartats 1, 2, 3, 4 i 11, el que suposà l'accés a 76 pàgines sobre 425 pàgines que composaven l'oferta – sense annexos-, el que representa un 17,88% de la documentació del sobre 2. Així mateix, s'exposa que la denegació a la resta de la documentació es va produir *de facto* sense que l'òrgan de contractació adoptés justificadament ni notifiqués cap resolució en la que es justificués el caràcter confidencial de la documentació. L'òrgan de contractació va citar els representants de SARFA a les dependències de l'Ajuntament i els va permetre l'accés a la documentació no qualificada com de confidencial, denegant-los l'obtenció de fotocòpies respecte de la documentació a la que sí va permetre l'accés.

En data 23 de març, es va reiterar la petició d'accés i còpia de la declaració de confidencialitat de BARCELONA BUS i de la documentació no facilitada. En resposta a aquest escrit, es va lliurar a SARFA còpia de la documentació que no havia estat declarada com a confidencial. En data 29 de març, es va sol·licitar novament la resposta donada per l'adjudicatària i la resolució de l'òrgan de contractació sobre l'accés a la documentació.

En data 4 d'abril de 2017 es va dictar decret en resposta a la sol·licitud d'accés efectuada per escrit de 8 de febrer en la qual es manifesta que no cal pronunciament sobre les raons de denegació d'accés a determinada documentació ni sobre la seva confidencialitat, entenent que procedeix allò que consideri l'empresa adjudicatària.

S'al·leguen els articles 139, 140 i 145.2 del TRLCSP, diversos informes de les juntes consultives i diferents resolucions d'aquest TCCSP i del TACRC, per acabar afirmant la subjecció de la documentació de l'oferta –amb indicació, cal entendre per error, del nom d'una empresa no participant en la licitació-, als principis de publicitat i transparència, l'imprescindible coneixement de l'oferta de BARCELONA BUS per poder exercir el dret a interposar el recurs i la indiscriminada declaració de confidencialitat efectuada per BARCELONA BUS.

En conclusió, la recurrent entén que se li ha limitat substancialment el seu dret a accedir a la documentació de l'oferta presentada per BARCELONA BUS i que, atesa la manca de justificació de la confidencialitat declarada per aquella empresa, per prevalença dels principis de publicitat i transparència, es retrotraguin les actuacions al moment immediatament posterior al de la publicació de l'acord d'adjudicació per tal que se li doni vista íntegra de l'expedient i de la totalitat de l'oferta presentada per BARCELONA BUS i, si es considera que alguna part ha de ser confidencial, es justifiqui i notifiqui atorgant un nou termini per a presentar recurs especial en matèria de contractació.

En resposta a aquestes argumentacions, l'òrgan de contractació, en primer lloc, fa una descripció dels fets, assenyalant que el 23 de març de 2017 es va permetre a la recurrent consultar la documentació de l'oferta de BARCELONA BUS amb excepció de la

documentació que havia estat declarada com a confidencial i que el mateix dia aquella va demanar còpia d'aquesta documentació, la qual els va ser facilitada mitjançant ofici del secretari de l'Ajuntament de data 4 d'abril de 2017. S'indica que es va donar accés a la documentació corresponent a 14 apartats, mancant només l'apartat 4 relatiu a aspectes que havien estat declarats confidencials i s'assenyala que aquests aspectes també havien estat declarats confidencials per l'empresa SARFA respecte de la seva oferta.

S'exposa que el decret d'Alcaldia de 4 d'abril de 2017 va resoldre facilitar còpia de l'escrit de BARCELONA BUS en el qual s'especificava quina part de la documentació havia de ser considerada com a confidencial, entenent que l'accés a l'expedient havia estat exercit d'acord amb la normativa vigent.

S'al·leguen novament els articles 140 i 151 del TRLCSP als efectes de defensar la impossibilitat de divulgar informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial així com la determinació de quina informació ha de contenir la motivació de l'adjudicació, amb l'excepció de la confidencialitat establerta en l'article 153 del mateix TRLCSP. També es fa referència al fet que a l'acta de la mesa s'hi annexa l'informe tècnic de valoració del sobre 2, relatiu als criteris subjectes a judici de valor, on s'analitzen de forma detallada i exhaustiva cadascuna de les ofertes de les empreses licitadores i les seves característiques i avantatges sobre la base de les quals es va procedir a l'atorgament de la puntuació. Es conclou afirmant el compliment amb escriu dels requisits de motivació legalment establerts.

Adicionalment es fa referència al fet que la recurrent impugna l'acord d'adjudicació perquè entén que la proposta no s'ajusta al plec de prescripcions tècniques i, per tant, no se li ha causat indefensió en la presentació del recurs especial. A aquests efectes, s'al·leguen la previsió de l'article 16 del RD 814/2005, que també limita l'accés a l'expedient per a la interposició del recurs especial per la confidencialitat regulada en els articles 140 i 153 del TRLCSP, i la Resolució 56/2015 del TACRC, per concloure que no procedeix retrotraure les actuacions.

Per la seva part, l'empresa adjudicatària en les seves al·legacions afirma, com a qüestió prèvia, que la petició de SARFA és absolutament injustificada ja que no motiva les raons per les quals precisa disposar de tota la documentació del sobre núm. 2 de BARCELONA BUS per interposar el recurs en matèria de contractació. D'altra banda, exposa que en el seu escrit d'1 de març de 2017 va detallar, de forma específica i concreta, els documents que han de ser estrictament considerats i/o que poden contenir aspectes que constitueixen secrets comercials en els termes establerts a la Directiva 2016/943, de 8 de juny, relativa a la protecció dels coneixements tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites.

Entén l'adjudicatària que l'òrgan de contractació no pot divulgar la informació designada com a confidencial pels empresaris i això per aplicació de l'article 40 TRLCSP i de l'article 21 de la Directiva 2014/24/UE, sens perjudici de les obligacions d'informació i publicació de l'adjudicació. També s'al·lega l'article 153 del mateix TRLCSP i l'Informe 15/2012 de la

JCCA d'Aragó, així com diferents resolucions del TACRC i la Sentència del TJUE de 14 de febrer de 2008.

Continua exposant que es va donar accés a una part rellevant de l'oferta i enumera els apartats i subapartats indicant, en síntesi, que es van declarar confidencials aquells que són de naturalesa tècnica i comercial de caràcter confidencial, la revelació dels quals causaria un greu perjudici als interessos comercials de BARCELONA BUS al permetre conèixer informació rellevant que podria suposar competència deslleial i, com a possible conseqüència, la pèrdua de futurs contractes administratius en lliure concurrència. Es defensa la correcta motivació i justificació de l'adjudicació, que no ha estat en cap cas qüestionat per la recurrent ni li ha causat indefensió. Per acabar, nega la necessitat d'adopció d'un nou pronunciament de l'òrgan de contractació en la mesura que l'Informe de valoració ja és molt complet i la desestimació íntegra de la petició de la recurrent.

Així les coses, aquest Tribunal encara, una vegada més, la qüestió del necessari equilibri entre la confidencialitat de determinada informació, ateses les seves característiques especials, i les limitacions d'aquesta tant des de l'òptica de la transparència i la publicitat com, específicament, del dret d'accés a la informació.

Tant les vigents directives de contractació, les de 2014, com les anteriors, han fet referència al deure de confidencialitat i també al dret d'accés a la informació pública. En particular, la vigent Directiva 2014/24/UE, fa referència, d'una banda, al concepte de confidencialitat en l'article 21 en establir que:

“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 artículos 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.”

Per tant, una vegada més, es configura el deure de la confidencialitat amb caràcter bifront, és a dir, que vincula tant als poders adjudicadors respecte de la documentació facilitada pels participants en els procediments de contractació amb la finalitat de salvaguardar la competència, com als operadors econòmics respecte de determinada informació que els poders adjudicadors proporcionin durant el procediment.

Amb relació al deure de confidencialitat de la documentació aportada pels operadors econòmics, la limitació té, bàsicament, dues vies: la publicitat preceptiva que s'estableix en la normativa de contractació pública, i el dret d'accés a la informació que es reconeix en la legislació específica.

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

En la mateixa línia que el dret de la Unió, el TRLCSP² ja incorpora també diferents previsions al respecte en relació amb les diferents fases del procediment de contractació. En concret, com a principi informador de la contractació pública (articles 191 i 192), conjuntament amb els de publicitat, concurrència, transparència, igualtat i no discriminació, i també en relació amb la informació aportada pels operadors econòmics. Així l'article 140 disposa:

“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.”

I l'article 153, en regular la publicació, estableix:

“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).”

Cal observar que les matèries sobre les que 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.

² El projecte de Llei de contractes del Sector Públic (BOGC de 10 d'agost de 2017) també regula la confidencialitat en el seu article 133 establint, entre d'altres precisions, la improcedència de la declaració de confidencialitat en relació amb tota l'oferta ni tot el contingut dels informes i documentació generats durant el procediment, així com que només podrà aplicar-se als documents de difusió restringida i en cap cas a documents públicament accessibles. Així mateix, preveu específicament el deure de l'Administració de motivar i concretar els aspectes confidencials.

Justament 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 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 següents:

“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 a la normativa específica de contractació pública, cal tenir en compte també, atesa la seva aplicació supletòria, les previsions contingudes en la normativa de procediment administratiu comú, ara la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (Llei 39/2015), la qual, en el seu article 13.d), reconeix el dret d'accés a la informació pública, arxius i registres, d'acord amb el que preveu la Llei 19/2013, de 9 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern i la resta de l'ordenament jurídic (Llei 19/2013).

Ja en l'àmbit específic de la transparència i de l'accés a la informació pública, cal assenyalar que tant la Llei 19/2013 (articles 17 i ss), com la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (Llei 19/2014), estableixen l'obligació de resoldre motivadament respecte de les sol·licituds d'accés a la informació quan es denega parcialment o totalment la petició.

Resulten particularment il·lustratives, les resolucions de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP) números 253/2017 i 21/2017, referides ambdues al dret d'accés en el marc dels procediments de contractació pública i sobre la base de reconèixer que existeix dret d'accés encara que el TRLCSP no el contempli expressament amb relació als documents que formen part dels expedients en curs.

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 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.

D'acord amb aquestes previsions, les nombroses resolucions dels tribunals de recursos en matèria de contractació pública han permès determinar els elements que cal tenir en compte en cada cas per determinar si procedeix habilitar la difusió o l'accés a determinada informació aportada pels operadors econòmics, evitant que es buidïn de contingut els principis de publicitat i de transparència (entre d'altres, i per totes, les resolucions d'aquest TCCSP 67/2017, 50/2017, 40/2017 i 116/2016, les resolucions del TACRC 178/2017, 854/2016, 19/2016, 1/2016, 248/2015 i 755/2014, i l'esmentada STJUE de 14 de febrer de 2008):

- El dret comunitari permet que les legislacions internes estableixin una legislació específica pròpia reguladora del dret d'accés a la informació pública.
- El necessari respecte i ponderació per trobar el punt d'equilibri entre les obligacions de confidencialitat i les obligacions en matèria de publicitat i dret d'accés.
- La confidencialitat com a límit al dret d'accés té la seva causa habilitant en els documents relacionats amb els secrets tècnics o comercials.
- La necessària declaració de confidencialitat dels licitadors no pot ser tan genèrica que afecti a la totalitat o a la pràctica totalitat de l'oferta.
- La declaració de confidencialitat dels licitadors no vincula l'òrgan de contractació, que té l'obligació d'analitzar les ofertes presentades i decidir quines parts són realment confidencials i quines no.
- El dret d'accés té el seu fonament en la necessitat de conèixer els elements de judici que han servit de base a l'acte impugnat i com a exigència pròpia del dret a la tutela judicial efectiva.
- La legislació espanyola exigeix un pronunciament explícit i motivat de l'òrgan de contractació sobre la confidencialitat apreciada que avalui en el cas concret si la documentació és realment confidencial o no. En aquest procés s'ha d'efectuar la ponderació dels diversos interessos en joc.

Així mateix, s'ha reconegut com a bona pràctica, a més d'incloure les corresponents previsions en els plecs sobre la no procedència de la declaració genèrica de confidencialitat de les proposicions o la determinació *ex ante* dels elements que en cap cas seran considerats confidencials, que, en cas de manca de declaració de confidencialitat o d'incompletesa d'aquesta, l'òrgan de contractació doni trasllat a l'empresa de la sol·licitud d'informació que s'hagi rebut perquè s'hi pugui pronunciar (en aquest sentit, l'Informe 11/2013, de la JCCA de Catalunya, l'Informe 4/2005 de la JCCA de Canàries i l'Informe 15/2012 de la JCCA d'Aragó).

En relació amb el procediment de recurs, l'article 16 del RD 814/2015 estableix, en relació amb l'accés a l'expedient, que:

“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 solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.”

D'altra banda, l'article 29.2 del mateix RD 814/2015 preveu que els interessats podran prendre nota per formular les seves al·legacions i sol·licitar còpia o certificat d'aquells documents continguts en l'expedient que siguin indispensables per exercir el seu dret de defensa, que s'expediran per la Secretaria sempre que els mitjans disponibles ho permetin i no es vegi afectada l'eficàcia del funcionament dels serveis públics.

En el cas objecte del recurs, cal assenyalar, als efectes que ara interessen, que resulta de l'expedient que la recurrent va poder accedir a una part de l'oferta presentada per l'adjudicatària, però no a la part que aquesta va declarar confidencial, sense deduir-se cap motivació o justificació en aquest sentit per part de l'òrgan de contractació en l'expedient ni en el decret d'Alcaldia de 4 d'abril de 2017, més enllà de l'argumentació continguda en l'informe de l'òrgan de contractació respecte del fet que la recurrent va assenyalar com a confidencials els mateixos continguts de la seva oferta.

D'altra banda, si bé sobta que la recurrent, que al·lega reiteradament la seva indefensió per poder argumentar el seu recurs, no hagi qüestionat en cap moment la motivació continguda en l'informe de valoració al que sí que va tenir accés, és igualment cert que tampoc no fonamenta el recurs contra l'adjudicació en els continguts tècnics de les proposicions.

Com ja ha tingut ocasió de pronunciar-se aquest Tribunal en anteriors resolucions (116/2017, 67/2017 i 40/2017), cal un pronunciament explícit i motivat de l'òrgan de contractació respecte de la sol·licitud d'accés a la documentació, que no s'ha produït. De fet, aquesta infracció, que va molt més enllà d'una mera formalitat en la mesura que ha de donar els elements tècnics necessaris per justificar la denegació, fa que aquest Tribunal no pugui arribar al convenciment que la recurrent tenia suficients elements per elaborar adequadament el seu recurs contra l'acte d'adjudicació. En el mateix sentit, en particular, les resolucions 19/2016 del TACRC i 6/2015 del TARCYL.

En definitiva, cal estimar el recurs en aquest punt i, per tant, cal retrotraure les actuacions al moment posterior a la notificació de l'adjudicació per tal que l'òrgan de contractació adopti un pronunciament exprés sobre les parts de l'oferta que estiguin incurses en confidencialitat i, en conseqüència, doni vista de l'expedient a la recurrent en la part de l'oferta que no ho estigui. En aquell moment s'obrirà novament termini per interposar el recurs.

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

ACORDA

1.- Estimar el recurs presentat per SARFA, SL, contra l'adjudicació del contracte de servei consistent en el transport urbà de viatgers de Lloret de Mar (expedient 07/16 PO) en el sentit de retrotraure les actuacions al moment posterior a la notificació de l'adjudicació, per tal que l'òrgan de contractació adopti un pronunciament exprés sobre les parts de l'oferta que estiguin incurses en confidencialitat i, en conseqüència, doni vista de l'expedient a la recurrent en la part de l'oferta que no ho estigui. En aquell moment s'obrirà novament termini per interposar el recurs.

2.- Inadmetre la resta de alegacions formulades en el recurs d'acord amb els fonaments jurídics.

3.- 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.

4.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no procedeix la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

5.- 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 que disposen els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 29

de setembre de 2017.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta