



Expte.: R-42/2016

ACUERDO 41/2016, de 26 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don T.C.A., en nombre de PROCONSI, S.L., contra la Resolución de fecha 15 de junio de 2016, del Director General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública, por la que se adjudica a la mercantil INDRA SISTEMAS S.A. los trabajos de asistencia técnica para el diseño e implantación del sistema integral de modernización del transporte interurbano de viajeros de Navarra durante los años 2016 y 2017, así como el mantenimiento del sistema durante los años 2018 y 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de marzo de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de asistencia técnica para el diseño e implantación del sistema integral de modernización del transporte interurbano de viajeros de Navarra durante los años 2016 y 2017, así como el mantenimiento del sistema durante los años 2018 y 2019, convocado por la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia, por procedimiento abierto superior al umbral comunitario, y con un valor estimado, incluidas posibles prórrogas, de 1.781.404,96 euros, IVA excluido; dicho anuncio se publicó también el 31 de marzo de 2016 en el Diario Oficial de la Unión Europea (2016/S 063-108609).

SEGUNDO.- La empresa PROCONSI S.L. (en adelante PROCONSI) presentó oferta en dicha licitación, adquiriendo la condición de interesado.

TERCERO.- Tras las actuaciones de la Mesa de Contratación, la puntuación obtenida en la oferta técnica y la proposición económica fue comunicada a los

interesados. A la vista de esta información, el día 30 de mayo de 2016 PROCONSI solicitó por burofax al órgano de contratación el acceso a las ofertas técnicas presentadas por cada uno de los licitadores. El día 3 de junio de 2016 se le remitió el informe técnico a la vista del cual se evidenció, a juicio de la reclamante, que a otros licitadores les habían sido valoradas un gran número de funcionalidades que también eran aportadas por PROCONSI en su proposición, y que las mismas no fueron reflejadas en la valoración de su oferta. Asimismo, afirma que PROCONSI presentó una oferta técnica con nuevas funcionalidades que tampoco le fueron valoradas cuando al resto de participantes sí se las valoraron.

CUARTO.- El día 7 de junio de 2016, por parte de PROCONSI se solicitó al órgano de contratación que se revisaran y volvieran a valorar todas las ofertas en condiciones de igualdad, a lo que el Jefe de la Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública contestó que los motivos de su oposición a la valoración realizada debían ser alegados, en su caso, en el recurso que procediese frente a la resolución de adjudicación que le sería notificada.

QUINTO.- De acuerdo con lo anterior, el día 1 de julio de 2016 PROCONSI interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente a la Resolución de adjudicación del contrato, que le había sido notificada el día 21 de junio de 2016. En esta reclamación el interesado reitera que no ha existido una valoración totalmente objetiva de las propuestas técnicas presentadas puesto que, tras estudiar en detalle la documentación facilitada por la Administración actuante, considera que la Mesa de Contratación ha valorado un gran número de funcionalidades a otros licitadores, cuando funcionalidades similares estaban incluidas también en la propuesta técnica de PROCONSI sin que, a pesar de ello, hayan sido reflejadas en la valoración y en la puntuación asignada a esta empresa.

En apoyo de esta afirmación, la reclamación extracta algunas valoraciones realizadas por la mesa de contratación en relación con las funcionalidades recogidas en

las propuestas técnicas de otros licitadores, y realiza una comparativa entre estas funcionalidades y las recogidas en su propia propuesta técnica, llegando a la conclusión de que su propuesta incorpora funcionalidades similares o incluso mayores que no le han sido valoradas.

Por otro lado, añade PROCONSI en su reclamación que no ha tenido acceso a las propuestas técnicas presentadas por el resto de licitadores en su totalidad puesto que una parte importante de su contenido, que precisamente coincide con los apartados que obtienen más peso en cuanto a puntuación técnica de la oferta, ha sido declarado como confidencial, lo que le genera, tanto al reclamante como al resto de licitadores no adjudicatarios, una situación de indefensión al no poder realizar una valoración objetiva de lo adecuado de las puntuaciones otorgadas y de los criterios seguidos para asignar dicha puntuación.

Consecuentemente, solicita la reclamante la revocación de la Resolución impugnada al considerar que la misma no se ajusta a Derecho, dictando otra que garantice los derechos de igualdad, transparencia y competitividad que entiende han sido vulnerados por la valoración técnica de la Mesa de Contratación, incurso en falta de objetividad por no haber respetado los criterios de adjudicación previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

SEXTO.- El día 4 de julio de 2016 se solicita a la reclamante la subsanación de su reclamación, al no haber acreditado la representación del Sr. C.A. El día 5 de julio de 2016 se presenta la documentación requerida por parte de PROCONSI.

SÉPTIMO.- El día 4 de julio, el Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia presenta el expediente de la contratación así como un informe de alegaciones firmado por el órgano de contratación en el que señala que las ofertas de los licitadores han sido valoradas en su totalidad teniendo en cuenta todos los elementos y funcionalidades que las integran, siendo la puntuación total de las ofertas la suma de todos los conceptos aportados por los licitadores, tal y como se refleja en el informe técnico de valoración. Afirma este informe que en particular los elementos de la oferta

de PROCONSI han sido valorados debidamente en la medida de su mayor o menor calidad o significación. De acuerdo con lo señalado por el órgano de contratación, las diferencias de valoración entre los distintos licitadores no significan que una misma funcionalidad a unos se les haya valorado y a otros no sino que, simplemente, a cada uno se le valora en su justa medida en función de la apreciación objetiva de las características y elementos aportados y explicados en cada oferta. El informe recuerda que ésta es la función de la Mesa de Contratación en el ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración, que le permite aplicar su criterio a la hora de valorar y que este criterio puede no coincidir con el de los licitadores sin que ello entrañe ilegalidad en tanto no se incurra en arbitrariedad o discriminación.

Sin perjuicio de ello, el propio informe de alegaciones incorpora una exhaustiva explicación de todos los elementos de valoración que la reclamante considera insuficientemente valorados y que, a juicio del órgano de contratación, rebaten punto por punto los extremos discutidos por PROCONSI, demostrando que la valoración efectuada por la Mesa de Contratación ha sido concienzuda y objetiva.

Finaliza el informe desmintiendo la supuesta indefensión que alega la reclamante puesto que el hecho de no haber podido acceder a la totalidad de las ofertas técnicas está amparada por el artículo 23 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y esa limitación no fue señalada en el momento de acceder al expediente por lo que en opinión del órgano de contratación tampoco cabe su alegación ahora.

En consecuencia, se solicita la desestimación de la reclamación.

OCTAVO.- El día 11 de julio de 2016 se puso de manifiesto a los interesados en el expediente la existencia de esta reclamación en materia de contratación pública y se les informó de su derecho a presentar alegaciones en el plazo de tres días hábiles, derecho del que ha hecho uso la empresa que resultó adjudicataria del contrato, INDRA SISTEMAS S.A. (en adelante INDRA), que dentro del plazo señalado presentó escrito en el que señala que la reclamante, lejos de aportar argumentos que realmente impliquen

una infracción de los criterios de adjudicación fijados y aplicados como la que pretende, se limita a manifestar una discrepancia con el resultado de la valoración de su oferta al haber resultado ésta inferior a la de otros licitadores. En su opinión, atender las pretensiones de la reclamante sería introducir un juicio alternativo que resultaría igualmente subjetivo. Recuerda INDRA en su escrito que la discrecionalidad técnica de la Administración ha sido reconocida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina administrativa y que el presente caso no es más que una aplicación de dicha discrecionalidad puesto que las actuaciones están suficientemente motivadas y no resultan arbitrarias ni faltas de objetividad. Recuerda además que no corresponde al Tribunal sustituir el juicio de valor realizado por la unidad administrativa competente en tanto que exista la motivación suficiente de las actuaciones, como en su opinión sucede en este caso.

En cuanto a la pretendida indefensión de la reclamante al no haber podido acceder a la totalidad de las ofertas de los licitadores, INDRA alega que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos contempla el derecho a la confidencialidad y que el mismo ha sido delimitado jurisprudencialmente con los principios de equilibrio y confidencialidad, que en este caso no han sido rebasados.

A la vista de lo anterior, el adjudicatario concluye solicitando la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la que forma parte la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, considera la reclamante que la Resolución 259/2016, de 15 de junio, del Director General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública, por la que se adjudican los trabajos de asistencia técnica para el diseño e implantación del sistema integral de modernización del transporte interurbano de viajeros de Navarra durante los años 2016 y 2017, así como el mantenimiento del sistema durante los años 2018 y 2019, a la empresa INDRA, no se ajusta a derecho ya que la propuesta técnica presentada por la reclamante no ha sido valorada adecuadamente al no haber sido valoradas diversas funcionalidades recogidas en la misma conforme a criterios técnicos objetivos.

La reclamante detalla en su escrito las funcionalidades concretas que, a su juicio, no han sido debidamente consideradas, comparándolas con las valoraciones que se han realizados a los demás licitadores.

En relación con esta cuestión, el PCAP que rige la licitación establece en el apartado 2 de su cláusula 5 lo siguiente en relación con los criterios técnicos de valoración de las ofertas:

*“Se valorarán las características técnicas de la solución **hasta un máximo de 50 puntos**, con relación al siguiente desglose:*

- *Características técnicas de los elementos software de la solución, **hasta un máximo de 19 puntos**, con el siguiente desglose:*
 - *Sistema Integral Central de Modernización del Transporte Interurbano, hasta un máximo de 10 puntos.*
 - *Módulo integración con la Tarjeta Única de Transporte de Navarra, hasta un máximo de 3 puntos.*
 - *Módulo integración “bono operadoras”, hasta un máximo de 2 puntos.*
 - *Módulo gestión de ventas en taquilla y EE, hasta un máximo de 2 puntos.*
 - *Módulo gestión del transporte a la demanda, hasta un máximo de 2 puntos.*
- *Características técnicas de los Equipos Embarcados, **hasta un máximo de 20 puntos**, con el siguiente desglose:*
 - *Capacidades y funcionalidades de los Equipos Embarcados propuestos, hasta un máximo de 9 puntos.*
 - *Hardware de los Equipos Embarcados e instalación en autobuses, hasta un máximo de 9 puntos.*
 - *Características de los Equipos Embarcados Portátiles, hasta un máximo de 2 puntos.*
- *Propuesta de mantenimiento, **hasta un máximo de 7 puntos**.*
*Puesta en ejecución del proyecto, **hasta un máximo de 4 puntos”**.*

Concreta la cláusula 14 del PCAP la documentación a incluir por parte de los licitadores en el sobre nº 2, relativo a la propuesta técnica, en los siguientes términos:

“Los licitadores deberán aportar en el sobre Número 2- Proposición Técnica para el contrato de....” La siguiente documentación:

1.- Descripción de la propuesta técnica de conformidad con el condicionado técnico (Anexo I) de la asistencia a prestar.

2.- La documentación que aporte el licitador relativa a los criterios de adjudicación mencionados en la cláusula 5, excepto la correspondiente al apartado 5.1 (Criterios económicos).

3.- Soporte electrónico que contenga una copia idéntica y no modificable de la oferta técnica presentada, de acuerdo con lo establecido en los números 1 y 2 anteriores”.

Por último, en el Anexo I se incorpora el PPTP, documento de 104 páginas que recoge la descripción de los fines y objetivos perseguidos con la contratación, así como los requerimientos y condiciones técnicas con arreglo a las cuales han de desarrollarse los trabajos objeto de licitación.

SEXTO.- La cuestión a resolver en primer lugar es si, tal y como afirma la reclamante, no se ha producido una valoración totalmente objetiva de las propuestas técnicas presentadas por los licitadores, o si, por el contrario, como sostienen tanto el órgano de contratación como la empresa adjudicataria, la valoración se ha realizado con arreglo a criterios objetivos y el contenido del informe técnico de valoración asumido por la Mesa de Contratación en primera instancia, y por el órgano de contratación, en último término, debe enmarcarse dentro del margen de discrecionalidad técnica de que dispone la Administración.

Como ya hemos señalado en anteriores Acuerdos (por todos, el Acuerdo 49/2014, de 1 de diciembre), la Mesa de Contratación debe actuar con objetividad e independencia del órgano que la ha nombrado y valorar las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que goza.

Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación. En definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

Dicho esto, este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) también ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994: *"lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita"*.

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE"*. Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente.

Revisado el expediente, se advierte que existe un informe técnico de valoración de las propuestas técnicas, fechado el 26 de mayo de 2016, firmado por los miembros de la Mesa de Contratación y asumido por ésta, que analiza el contenido de aquéllas, destacando los aspectos más relevantes de las mismas de conformidad con los criterios de adjudicación contemplados en el condicionado, y asignando la puntuación correspondiente a cada uno de los apartados recogidos en la cláusula 5.2 del PCAP. El propio informe técnico señala que los servicios ofertados por las cinco empresas licitadoras cumplen con los requisitos mínimos exigidos en el condicionado técnico que rige la licitación y que las puntuaciones se otorgan en función de la adecuación y satisfacción de los requisitos, por lo que viene a destacar los aspectos de cada propuesta que se consideran más relevantes.

Junto a este informe de valoración, el informe de alegaciones presentado por el órgano de contratación incorpora un examen detallado de los aspectos cuya valoración es cuestionada por la reclamante, donde se hace un análisis pormenorizado de cada una de las cuestiones controvertidas, ratificando la puntuación otorgada.

En definitiva, la lectura objetiva del informe de la Mesa de contratación, y de las alegaciones aportadas a la presente reclamación por el órgano de adjudicación, pone de manifiesto que se ha realizado una exhaustiva comparativa entre las diferentes ofertas y que en modo alguno ha incurrido en falta de motivación, arbitrariedad, error de hecho o discriminación. Así las cosas, se justifican de forma suficiente, a juicio de este Tribunal, las puntuaciones otorgadas a cada una de las propuestas en aplicación de los criterios señalados en el PCAP, por lo que la reclamación no puede prosperar en este punto.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, alega la reclamante que la consideración como confidenciales de numerosas partidas y datos contenidos en las proposiciones técnicas

presentadas por los demás licitadores, que precisamente coinciden con los apartados que obtienen más peso en cuanto a puntuación técnica de la oferta, le ha generado una situación de indefensión, pues no ha podido tener acceso a las mismas ni, consecuentemente, realizar una valoración objetiva de lo adecuado de las puntuaciones realizadas y de los criterios seguidos para asignar dicha puntuación.

En relación con esta alegación, la obligación de las entidades adjudicadoras de contratos públicos de mantener confidencialidad respecto de la información técnica o mercantil que hayan facilitado los licitadores y contratistas, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos hayan designado como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas, viene reconocida en el artículo 23 de la LFCP, que supone la transposición a nuestro ordenamiento interno del mandato establecido en los artículos 6 y 41.3 de la Directiva 2004/18/CE. El primero de estos preceptos establece lo siguiente:

«Artículo 6. Confidencialidad

Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en el apartado 4 del artículo 35 y en el artículo 41, y de conformidad con la legislación nacional por la que se rija el poder adjudicador, éste no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial.

Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas».

El artículo 41 de esta norma, en desarrollo de las normas de publicidad y transparencia aplicables a la información a dar a los candidatos y licitadores por los poderes adjudicadores, recoge en su apartado 3 que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición

cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos.

Por su parte, la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008 (Asunto C- 450/06, VAREC), justifica esta figura de la siguiente manera:

“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 (el 6 de la Directiva 2004/18/CE) establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores”.

Por ello, dice el Tribunal, el organismo “...debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio...”.

En este mismo sentido se pronuncia el informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al señalar que “Es evidente que este derecho a la confidencialidad puede entrar en concurrencia o contradicción con uno de los derechos vertebradores de la contratación pública, como es el de la transparencia de los procedimientos, recogido en el artículo 1 TRLCSP, que se manifiesta tanto en la publicidad de las licitaciones, como en el acceso a aquella información que permita que los licitadores puedan hacer revisar aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

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 mas allá de lo necesario, como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras, la nº 199/2011 y la nº 62/2012”.

En el mismo sentido, el Informe 11/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya señala que “La declaración de confidencialidad no se puede entender como una opción indiscriminada

de las empresas y, por lo tanto, es imprescindible que en esta declaración se especifique expresamente qué documentación y qué información tiene carácter confidencial y los motivos o las circunstancias en base a los cuales debe reconocerse este carácter. Sin perjuicio de lo que se ha expuesto, debe tenerse en cuenta que, en última instancia, el órgano de contratación puede decidir, después de hacer la valoración correspondiente, que difundir determinada información puede perjudicar los intereses legítimos de la empresa adjudicataria o la competencia leal entre las empresas; pero también puede considerar que no existen motivos suficientes para proteger una determinada información. (...). Añade este informe que “la confidencialidad siempre debe motivarse y estar justificada en razones objetivas, con la finalidad de proteger intereses legítimos tanto públicos (...), como privados (...). Y concluye: “En conclusión, si bien se puede afirmar que, con carácter general, debe considerarse que los principios de publicidad y de transparencia deben prevalecer respecto del principio de confidencialidad, eso no obsta para que, después de hacer la valoración correspondiente, se acuerde no facilitar el acceso a una información determinada porque ésta es verdaderamente confidencial. La declaración de confidencialidad debe ser necesaria y proporcional a la finalidad o interés que se pretende proteger”.

Como ya señalábamos en nuestro Acuerdo 50/2014, de 16 de diciembre, para poder calificar como confidencial una parte de las propuestas técnicas presentadas a la licitación “es preciso que en el expediente se justifiquen y motiven las razones que en cada caso para ello concurren, y que la entidad contratante se pronuncie sobre tales extremos, de forma que si la declaración efectuada por un licitador se extiende a aspectos que no afectan a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales (artículo 23 LFCP), el órgano de contratación deberá resolver que la documentación de que se trate no resulta confidencial, dando acceso a la misma al resto de los interesados en el procedimiento; y todo ello en orden a hacer efectivo el principio de transparencia en materia de contratación pública.

Así se desprende de la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando dice que <En el caso que nos ocupa, la

adjudicataria del contrato, AIR-RAIL, S.L., ha señalado confidencial la totalidad de la documentación que compone su proposición sin referirse por tanto a los aspectos concretos de su oferta que debieran ser mantenidos bajo secreto, pues, según parece, considera que toda su documentación tiene el carácter de secreta y por tanto confidencial. A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 124.1 de la LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 135.4 de la propia LCSP (art. 151.4 TRLCSP) A mayor abundamiento, el propio pliego de cláusulas (apartado 7.12), de acuerdo con la finalidad perseguida por la LCSP en su artículo 124.1 (art. 140 TRLCSP), se refiere a la posibilidad de designar como confidenciales “alguno o algunos” de los documentos aportados, sin que resulte admisible, como pretende la adjudicataria del contrato, extender la confidencialidad a toda su proposición, cuestión que por otra parte podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. De acuerdo con lo anterior, y puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado>”.

En el caso que nos ocupa, consta en el expediente que el día 30 de mayo de 2016 PROCONSI solicitó por burofax al órgano de contratación el acceso a las ofertas técnicas presentadas por cada uno de los licitadores. Recibido el mismo, la secretaria de la Mesa de Contratación dio traslado del escrito al resto de licitadores con el fin de que, si lo estimaban oportuno, informaran si sus respectivas propuestas técnicas contenían información confidencial y, en su caso, la identificaran. En respuesta a esta comunicación, las distintas empresas licitadoras trasladaron a la secretaria la identificación de los documentos que debían considerarse confidenciales a los efectos previstos en el artículo 23 de la LFCP.

Del mismo modo, la mercantil IECISA, que participaba en la licitación, solicitó el 1 de junio de 2016 acceso a las propuestas técnicas presentadas por los demás licitadores, razón por la cual la secretaria de la Mesa de Contratación también requirió a la mercantil PROCONSI que identificara los datos confidenciales que pudiera contener su propuesta técnica. A raíz de esta comunicación, PROCONSI envió un escrito fechado el 9 de junio de 2016 en el que concretaba los aspectos confidenciales de su oferta.

Con fecha 15 de junio de 2016 la secretaria de la Mesa de Contratación envió un email a la reclamante informándole de la documentación que los restantes licitadores habían considerado como confidencial, e indicándole que no podría por ello tener acceso a la misma. Finalmente, el día 22 de junio de 2016, la representación de PROCONSI tuvo acceso a la parte no confidencial de las propuestas técnicas presentadas.

Así las cosas, no consta en el expediente que ni la Mesa ni el órgano de contratación efectuaran una valoración de los dos intereses confrontados, derivado uno del principio de transparencia en la licitación y otro del principio de confidencialidad de las ofertas, puesto que la entidad contratante se ha limitado a reproducir la declaración de confidencialidad señalada por los licitadores, sin motivar en modo alguno tal decisión.

Por otro lado, si bien es cierto que los licitadores no han declarado confidencial la totalidad del contenido de sus propuestas técnicas, no lo es menos que el alcance de estas declaraciones es más que relevante, afectando prácticamente a la mitad de la documentación del sobre número 2, sin que conste en el expediente que el órgano de contratación haya realizado una valoración de los motivos alegados para ello y una ponderación entre estos motivos y las exigencias derivadas del principio de transparencia.

Circunstancia, ésta última, que determina la estimación parcial de la reclamación presentada, y la retroacción del procedimiento con el fin de que la entidad contratante resuelva, de forma motivada y con aplicación de los criterios anteriormente expuestos, la concreción de los documentos que considera confidenciales y las razones en que se fundamenta. Y es que sólo con esta valoración y ponderación de los intereses afectados, y previa aprobación de la oportuna resolución razonada por parte del órgano de contratación, puede proporcionarse a la reclamante un acceso al expediente con todas las garantías, respetando el principio de transparencia en la contratación pública, y posibilitando, en su caso, la interposición de un recurso eficaz.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don T.C.A., en nombre de PROCONSI, S.L. contra la Resolución de fecha 15 de junio de 2016, del Director General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública, por la que se adjudica a la mercantil INDRA SISTEMAS S.A., los trabajos de asistencia técnica para el diseño e implantación del sistema integral de modernización del transporte interurbano de viajeros de Navarra durante los años 2016 y 2017, así como el mantenimiento del sistema durante los años 2018 y 2019, y ordenar la retroacción del procedimiento para que el órgano de contratación resuelva

motivadamente sobre la solicitud de confidencialidad de las ofertas de las empresas licitadoras.

2º. Notificar el presente Acuerdo a PROCONSI, S.L. y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona 26 de julio de 2016. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.