



**Recurso nº 1324/2017**

**Resolución nº 58/2018**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 19 de enero de 2018

**VISTO** el recurso interpuesto por D.. S. S. H. en representación de ILUNION BPO, S.A.U (en adelante, ILUNION), contra el acuerdo de 7 de diciembre de 2017 de la Directora General de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, AEMPS) por el que se adjudica el contrato para los “*Servicios técnicos de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Expte.: 2017/22706/017*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El órgano competente de la AEMPS acordó el 2 de agosto de 2017 el inicio del procedimiento de licitación del contrato de “*Servicios técnicos de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Expte.: 2017/22706/017*”. El acuerdo junto con los pliegos que deben regir la contratación se publicó el 26 de agosto de 2017 en el DOUE y el 31 de agosto del mismo año en el BOE. Se publicó asimismo en la página web del organismo y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

**Segundo.** El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)

**Tercero.** Constituida la mesa de contratación, se procedió a la apertura sucesiva de los sobres que contienen la oferta de las licitadoras que se presentaron a la licitación y



fueron admitidas en el procedimiento, con el resultado que obra en el expediente. Una vez valoradas las ofertas, el 22 de noviembre de 2017 la mesa de contratación propone la adjudicación a favor de quien había resultado haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, de conformidad con los informes que fueron elaborados, resultando ser la empresa RICOH, S.A. (en adelante RICOH).

**Cuarto.** El 24 de noviembre de 2017 ILUNION solicita acceso al expediente y en particular a los informes técnicos que habían servido de base para la valoración de la oferta correspondiente a los criterios sujetos a juicios de valor, así como a la documentación técnica presentada por RICOH en relación con tales criterios (el sobre nº2). Recabados los informes que tuvieron por conveniente, la AEMPS denegó la solicitud de acceso, considerando que se trataba de documentación confidencial.

**Quinto.** El 15 de diciembre de 2017, ILUNION presenta escrito ante el órgano de contratación por el que anuncia la interposición del recurso especial de revisión en materia contractual. A la vista del mismo, el órgano de contratación se dirige a RICOH solicitando que se manifieste sobre la procedencia de remitir la documentación solicitada a ILUNION. El 21 de diciembre RICOH contesta señalando que se opone a la entrega de la documentación técnica, por considerar que se trata de documentación que contiene “*secretos profesionales, comerciales y know how*”. El mismo 21 de diciembre, el órgano de contratación deniega a ILUNION el acceso a la documentación técnica, por considerar que se trata de documentación confidencial.

**Sexto.** Previamente, el 7 de diciembre de 2017 se había acordado por el órgano de contratación la adjudicación a RICOH, una vez que fue aportada la documentación requerida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP, acuerdo fue notificado a los licitadores el mismo día.

**Séptimo.** El 28 de diciembre de 2017, ILUNION formuló recurso contra dicho acuerdo. Recibido en este Tribunal el expediente completo, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras el mismo día, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. RICOH presentó las alegaciones que tuvo por convenientes el 17 de enero de 2018.



**Octavo.** El procedimiento se encuentra suspendido como consecuencia de la formulación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 TRLCSP.

**Segundo.** El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) TRLCSP, por tratarse del acto de adjudicación y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

**Tercero.** El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, pues fue uno de los licitadores admitidos en el procedimiento y existiendo interés legítimo en el presente procedimiento.

**Cuarto.** En primer lugar conviene destacar que la única pretensión ejercitada en este procedimiento es que se proceda a la *“retroacción de las actuaciones al momento posterior al de la notificación de la adjudicación a fin de que el órgano de contratación dé vista del expediente a mi mandante en la parte de la oferta técnica del adjudicatario no incurso en confidencialidad, pronunciándose expresamente al efecto, con el fin de que ILUNION pueda fundamentar, en su caso, nuevo recurso contra la adjudicación.”* O, subsidiariamente, que sea el Tribunal quien se pronuncie *“acerca del alcance de la confidencialidad de la oferta técnica y resto de documentos con carácter previo al trámite de alegaciones, concediendo el acceso directo al expediente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16.2 y 29.3 del RD 814/2015, para que pueda completar su recurso en el plazo establecido”*.

Teniendo en cuenta que esa es la única pretensión ejercitada, las alegaciones de ILUNION vienen referidas a la doctrina de este Tribunal elaborada entorno al equilibrio entre el principio de confidencialidad establecido en el artículo 140 TRLCSP y el principio de transparencia que ha de inspirar la normativa de contratación pública, señalando el recurrente que, a su juicio, se habría vulnerado el principio de transparencia en este caso



al haberse aceptado por el órgano de contratación la declaración de confidencialidad efectuada por RICOH con carácter global y sin efectuar ningún tipo de análisis ni revisión sobre si en dicha documentación concurre verdaderamente tal carácter confidencial y sin analizar si guarda la debida proporcionalidad respecto del derecho de defensa de ILUNION, derecho de defensa que, a juicio del recurrente, habría sido así vulnerado.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe ante este Tribunal, se remite a un dictamen elaborado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de fecha 4 de diciembre de 2017, en el que se concluye que el órgano de contratación ha de dar prevalencia al principio de confidencialidad, por lo que solo debe facilitarse el informe técnico de forma parcial, sin que puedan revelarse aspectos confidenciales de la otra licitadora. A la vista de dicho informe, únicamente se le entregó el informe técnico completo, una vez que RICOH manifestó expresamente que no se oponía a su entrega, pero en ningún caso, a juicio del órgano de contratación, podía dar acceso a la documentación que dicha empresa había declarado como confidencial, por ser tal actuación contraria a lo dispuesto en los artículos 140 y 153 TRLCSP.

RICOH por su parte, presenta alegaciones en el mismo sentido, reafirmando el carácter confidencial de la documentación presentada.

**Quinto.** En primer lugar, este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. En relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el *“conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”*.



También se señaló en la misma resolución, que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que *“a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado.”*

Se ha señalado también, finalmente, que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación.

Así se señaló en la resolución 343/2015:

*“A estos efectos, este Tribunal considera 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 140.1 del TRLCSP 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 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que “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 definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso pueda invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador.

En este caso, RICOH se limitó a señalar que la documentación técnica en la que se recogía su oferta contenía “*secretos profesionales, comerciales y know how*”, sin efectuar esfuerzo alguno por motivar y justificar la concurrencia en dicha documentación de las circunstancias antes alegadas, esto es, la ventaja competitiva que dicho “*know how*” le otorga frente a sus competidores y las razones por la que resulta necesario mantener su carácter confidencial por poder perjudicar sus legítimos intereses comerciales. Tampoco el órgano de contratación ha efectuado motivación alguna de su decisión de no dar acceso al expediente a ILUNION, limitándose a alegar un genérico principio de confidencialidad que, como se ha dicho, ha de ser invocado de forma limitada a documentos concretos, verdaderamente confidenciales y justificadamente.

Por todo ello, debe darse la razón al recurrente, en el sentido de considerar que su derecho de defensa se ha visto vulnerado en este caso, al no haber dado acceso a la totalidad de la documentación técnica que contenía la oferta de la empresa RICOH, adjudicataria.



**Sexto.** Ahora bien, este Tribunal constituye una instancia de carácter revisor, que no puede hurtar al órgano de contratación su competencia para revisar la documentación presentada por la adjudicataria y, a la vista de las alegaciones y justificaciones que efectúe RICOH, determinar qué parte de su oferta es verdaderamente confidencial y por ello vedado su acceso al otro licitador, y qué parte no. Solo cuando ese análisis haya sido efectivamente realizado por el órgano de contratación, podrá este órgano entrar a revisar si resulta conforme con arreglo a la normativa reguladora de la contratación pública.

De este modo, se ha de ordenar, en línea con lo solicitado por el recurrente, la retroacción del expediente al momento de notificación de la adjudicación para que, a la vista de la solicitud de acceso al expediente efectuada por ILUNION, el órgano de contratación requiera a RICOH para que ésta manifieste, con aportación de las justificaciones que considere pertinentes, que documentos de su oferta considera confidenciales por contener secretos técnicos o comerciales, en el sentido referido en esta resolución y sin que en ningún caso esa declaración de confidencialidad pueda afectar de forma global a toda la documentación requerida, debiendo el órgano de contratación pronunciarse sobre la misma, dando acceso a ILUNION a aquella parte de la documentación que no tenga carácter confidencial y concediendo un nuevo plazo para la formulación del recurso.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso formulado por D.. S. S. H. en representación de ILUNION BPO, S.A.U, contra el acuerdo de 7 de diciembre de 2017 de la Directora General de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios por el que se adjudica el contrato para los "*Servicios técnicos de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Expte.: 2017/22706/017*", ordenando la retroacción del procedimiento al momento de notificación del acuerdo de adjudicación, al objeto de que se proceda en el sentido establecido en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.



**Segundo.** Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5 TRLCSP

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