



ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN, POR EL PROCEDIMIENTO ABIERTO CON VARIOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, DEL CONTRATO DE OBRA DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE RECTIFICACIÓN Y MEJORA DE LA TF-47-INTERSECCIÓN DE ARMEÑIME, EN EL MUNICIPIO DE ADEJE. (C-701).

ACTA NÚMERO DOS.

En Santa Cruz de Tenerife, a 14 de septiembre de 2017, siendo las 11:30 horas del día, en el Despacho de la Sra. Directora Insular de Carreteras y Paisaje sito en la tercera planta del Palacio Insular, se reúne la Mesa de Contratación formada por los Señores que a continuación se relacionan a dar cuenta de la calificación de la documentación incluida en el sobre nº 1 “documentación general” así como a la apertura de los sobres nº 2, esto es, “documentación relacionada con los criterios de valoración no económicos ni evaluables mediante fórmulas” de las personas licitadoras admitidas en el procedimiento abierto de la licitación arriba referenciada (Expediente Nº C-842).

La referida Mesa está integrada por los siguientes miembros:

Presidenta: D^a. Ofelia Manjón-Cabeza Cruz, Directora Insular de Carreteras y Paisaje.

Vocales:

- D^a. Lucía Llorente Aguilera, Responsable de Unidad de Operaciones de Capital de la Intervención General.
- D^a. Julia Esther Martín Hernández, Responsable de Unidad del Servicio de la Asesoría Jurídica, en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica
- D^a. Mercedes Torres Pascual, Jefa del Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje.
- D^a. Sonia Vega Muñoz, Jefa del Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje.

Secretaria: D^a. M^a. Isabel Rodríguez Mirabal, Responsable de Unidad del Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje.

De orden de la Sra. Presidenta, se procede a la apertura del acto público sin que se personaran representantes de las personas licitadoras por lo que acto seguido se procedió a la apertura de los sobres nº 2 que lleva por título "*Documentación relacionada con los criterios de valoración no económicos ni evaluables mediante fórmulas para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato de obra*". En dicho sobre los licitadores deberán incluir la

documentación relacionada con la "*memoria descriptiva*" (Problemática de la obra, Fases, Organización de los trabajos y Plan de Obra, y Desvíos) y en Anexo nº IX "*compromiso social de contratación*".

Comienza la apertura del Sobre nº 2 de los licitadores admitidos, dando lectura al índice de su contenido y al Anexo nº IX por cada uno de los licitadores admitidos.

Se observa que la mercantil FERROVIAL AGROMAN, S.A. presenta el Anexo nº III "Declaración de confidencialidad" en el sobre nº 2, declarando confidencial todo el contenido del sobre nº 2 por los siguientes motivos:

"Incorpora soluciones técnicas, procesos constructivos, secuencias de ejecución y elementos técnicos que FERROVIAL AGROMAN, S.A. ha desarrollado y que constituyen su planteamiento técnico para la ejecución de las obras.

Todos estos recursos, sistemas y procedimientos son producto del conocimiento tecnológico de FERROVIAL AGROMAN, S.A., y su divulgación a terceros puede tener consecuencias negativas para FERROVIAL AGROMAN, S.A. desde el punto de vista tecnológico y comercial."

Como determina el Pliego de Cláusulas Administrativas de conformidad con lo establecido en la cláusula 14.9 del presente pliego, las personas licitadores podrán presentar una declaración, designando qué documentos administrativos y/o técnicos presentados, son, a su juicio, constitutivos de ser considerados como confidenciales por ser contrario a sus intereses comerciales legítimos, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee dicho carácter. A tal efecto rellenará el Anexo nº III. De no aportarse esta declaración se está a lo establecido en el art. 140 del TRLCSP.

Este Anexo forma parte del contenido del sobre nº 1 pero la mercantil FERROVIAL AGROMAN, S.A. lo presenta en el sobre nº 2.

Al respecto, la cláusula contractual 14.9 del pliego de cláusulas administrativas determina que **".../.... los documentos y datos presentados por las empresas licitadoras pueden ser considerados de carácter confidencial cuando su difusión a tercero pueda ser contraria a sus intereses comerciales legítimos, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de Datos de carácter personal"**.

Sigue dicha cláusula contractual diciendo que el *licitador deberá indicar de forma expresa la confidencialidad y reflejarse claramente en el propio documento señalado como tal*".

Por su parte, el artículo 140 del TRLCSP que regula la "confidencialidad" marca el referido concepto significando que *sin perjuicio de las obligaciones de publicidad de la adjudicación y de la información que debe darse a los candidatos y licitadores los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan*

*designado como confidencial, **por afectar, en particular a secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de la oferta.***

La jurisprudencia viene interpretando que un *secreto técnico o comercial* se define como 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/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, que procura a quien dispone de ellos de ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación.

Asimismo los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador y el derecho a la protección de los *intereses comerciales* del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (entre otras, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central 343/2015; 199/2011, de 3 de agosto, y 62/2012, de 29 de febrero, 45/2013, de 30 de enero, 288/2014, de 4 de abril, ó 417/2014, de 23 de mayo; 775/2014); ello sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano de contratación de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente al secreto comercial o industrial debiendo justificarlo debidamente en el expediente.

Por otro lado, entrando en qué documentación debería ser accesible al licitador la Resolución nº 509/2016 del referido Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recordando la Resolución número 755/2014, dice que: “Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente respecto del alcance y extensión del derecho de acceso de los licitadores a la documentación obrante en el expediente de contratación, y de los casos en que resulta posible limitar ese derecho con fundamento en la confidencialidad de determinados documentos, basada en la protección del secreto profesional o comercial de las otras empresas licitadoras; cuestión que se halla íntimamente relacionada con la referente a la motivación de la adjudicación, dado que también la falta de acceso de los recurrentes o reclamantes a la proposición de la adjudicataria puede tener efectos negativos sobre sus posibilidades de presentar un recurso fundado contra el acuerdo de adjudicación. Al principio de confidencialidad se refiere el TRLCSP, en lo que ahora interesa, en sus artículos 140.1 (“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”) y 151.4 (“Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153”).”

Sigue diciendo el Tribunal en la meritada Resolución “... En particular, en nuestro caso se ha denegado en aras de la confidencialidad el acceso a la escritura de constitución de la sociedad adjudicataria (ésta, incluso, que obra en un registro público), a la documentación acreditativa de la solvencia técnica y profesional y del cumplimiento de normas de gestión medioambiental y de calidad, y a la documentación acreditativa del cumplimiento de

obligaciones tributarias, de Seguridad Social, y de la constitución de garantía definitiva: Pues bien, en aplicación de la doctrina antes expuesta, entendemos que, salvo que la propia ofertante señale y justifique qué datos concretos de tal documentación considera que pueden afectar a sus secretos comerciales o industriales, o por otra causa deben resultar confidenciales, tal documentación debería ser de acceso a los licitadores; siendo que, además, el acceso debe facilitarse, aunque se justifique la existencia de concretos datos confidenciales, si éstos pueden ser suprimidos (sombreados, etc) en la documentación que se exhiba .

Respecto de la confidencialidad de la memoria descriptiva completa no puede el licitador sin más, declarar confidencial la totalidad de la misma sin justificar qué concreto/s derecho/s o interés legítimo han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador.

Así lo han expresado, reiteradamente, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales *“la obligación de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecta a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario...; dentro de las proposiciones pueden haber elementos protegidos por la excepción de confidencialidad, pero también pueden – y deben – haber otros que no lo estén... Tal declaración debe ser sobre aspectos concretos, no sobre la totalidad de la proposición* (como ejemplo la Resolución 15/2016 de 3 de marzo, 68/2016, de 24 de octubre y 82/2016 de 22 de diciembre del Tribunal Administrativo de Castilla y León; nº1 183/2015 de la Junta de Andalucía y acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 39/2015).

La Directiva (U.E.) 2016/943, de secretos comerciales o Know how, define al secreto comercial como toda aquella información *“que reúne todos los requisitos siguientes:*

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 secretas, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.

En consecuencia, la Mesa de Contratación entiende, del análisis de la documentación presentada por FERROVIAL AGROMAN, S.A. que no tiene la consideración de “confidencial”, por cuanto que no se justifica que la divulgación de esa información pueda perjudicar derechos, intereses o secretos comerciales legítimos de la empresa o la competencia leal entre ellas para poder abstraer dicha información de los principios de transparencia y publicidad que rigen la contratación pública. Además la declaración de confidencialidad es presentada en el sobre nº 2 cuando debía ser presentada en el sobre nº1 tal y como indica el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares en la Cláusula 15.3.

Finalizada la apertura, la Sra. Presidenta insta la remisión de los sobres nº 2 a informe técnico.

La Mesa de Contratación, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula nº 18.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, una vez finalizada la apertura de los sobres Nº 2 **acuerda, por unanimidad de sus miembros con derecho a voto:**

1. En relación a la **declaración de confidencialidad del contenido del sobre nº 2 presentada por FERROVIAL AGROMAN, S.A.**, al haber presentado la declaración de confidencialidad en el sobre nº 2, cuando debía ser presentada en el sobre nº1 tal y como indica el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares en la Cláusula 15.3, **se puede dar por no puesta.**

Ello no obstante, entrando en su contenido, **se rechaza la consideración de confidencialidad de la documentación presentada por la empresa FERROVIAL AGROMAN, S.A.**, por cuanto que no se justifica que la divulgación de esa información pueda perjudicar derechos, intereses o secretos comerciales legítimos de la empresa o la competencia leal entre ellas para poder abstraer dicha información de los principios de transparencia y publicidad que rigen la contratación pública, por lo que se concluye, que dicha “calificación” debe interpretarse *“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”*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo el artículo 140.1 del TRLCSP, y por tanto, se rechaza el carácter de “confidencial”.

2. **Remitir la documentación contenida en los sobres nº 2 al Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje** al objeto de emitir informe técnico de valoración y ponderación de los criterios dependientes de un juicio de valor conforme a lo previsto en la cláusula nº 18.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de obra.

Y siendo las 11:36 horas del día arriba citado se da por terminada la reunión de la Mesa de Contratación, levantándose la presente acta para la debida constancia en el expediente de su razón.

D^a. Ofelia Manjón-Cabeza Cruz

D^a. Lucía Llorente Aguilera.

D^a. Julia Esther Martín Hernández.

D^a. Mercedes Torres Pascual.

D^a. Sonia Vega Muñoz.

D^a. M^a Isabel Rodriguez Mirabal.