

Expte.: eAJ-0020/2022

Asunto: Licitación de un Servicio de desarrollo de proyectos tecnológicos, gestión integral de los mismos y otros servicios conexos en el marco del ecosistema digital de Promotur Turismo Canarias S.A, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con el Fondo REACT-EU o Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (Fondos "Next Generation EU"). Procedimiento Abierto sujeto a regulación armonizada y Tramitación Ordinaria.

RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN RELATIVA A LA DENEGACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN CONFIDENCIALIDAD DECLARADA POR LA ENTIDAD LICITADORA 'AMBAR TELECOMUNICACIONES, S.L.', DE PROPOSICIÓN TÉCNICA PRESENTADA EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN DE UN SERVICIO DE DESARROLLO DE PROYECTOS TECNOLÓGICOS, GESTIÓN INTEGRAL DE LOS MISMOS Y OTROS SERVICIOS CONEXOS EN EL MARCO DEL ECOSISTEMA DIGITAL DE PROMOTUR TURISMO CANARIAS, S.A, COFINANCIADO CON EL FONDO EUROPEO REGIONAL DE DESARROLLO (FEDER) Y/O CON EL FONDO REACT-EU O MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA (FONDOS "NEXT GENERATION EU")-LOTE 4

I.- Según se desprende de la huella electrónica que consta en el Portal de licitación que emplea Promotur Turismo Canarias, S.A, para la gestión de sus licitaciones y contrataciones, el día 19 de septiembre de 2022, a las 17:16 horas, la entidad licitadora "AMBAR TELECOMUNICACIONES, S.L.", presenta oferta al **Lote 4** en el marco de la licitación electrónica del **Servicio de desarrollo de proyectos tecnológicos, gestión integral de los mismos y otros servicios conexos en el marco del ecosistema digital de Promotur Turismo Canarias, S.A., (n.º expediente eAJ0020/2022)**, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con el Fondo REACT-EU o Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (Fondos "Next Generation EU").

II.- Con fecha de 27 de septiembre de 2022, se reúne la Mesa de Contratación, previa convocatoria y constitución que se refleja en Acta Primera evacuada al efecto, con el objeto de examinar y calificar la documentación del cumplimiento de los requisitos previos aportada en **Sobre-Archivo Electrónico N.º 1** por las entidades licitadoras que concurren al procedimiento de referencia, acordando en Acta Segunda, donde se deja constancia de dichas actuaciones, otorgar a las entidades licitadoras cuya documentación presenta defectos o que no aportan la totalidad de la exigida, por medio del portal de licitación que utiliza Promotur Turismo Canarias, S.A., un plazo de tres (3) días hábiles

para la subsanación de la documentación aportada en este Sobre electrónico, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente al requerimiento efectuado.

III.- Con fecha 18 de octubre de 2022, la Mesa de contratación del procedimiento de referencia se vuelve a reunir a fin de examinar la documentación aportada en subsanación, concluyéndose que la presentada por la entidad licitadora “AMBAR TELECOMUNICACIONES, S.L.” es correcta, por lo que resulta admitida al procedimiento de licitación, lo que se recoge en Acta Tercera.

En ese mismo acto se procede la apertura del Sobre-Archivo electrónico n.º 2.

IV.- Posteriormente, el día 09 de marzo de 2023, por la Mesa de contratación, se valoran las proposiciones técnicas presentadas por las entidades licitadoras admitidas en base a los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor, de lo que se deja constancia en Acta Décimo Cuarta.

En la referida reunión, la Mesa de contratación constata que, entre la documentación presentada, se incluye una declaración del carácter confidencial del contenido de los tres (3) documentos que configuran la oferta técnica, sin justificar las razones por las que tiene tal consideración, por lo que, tras analizar el supuesto concurrente, la Mesa de contratación decide **proponer al órgano de contratación la denegación de la declaración de la confidencialidad de la totalidad de la oferta técnica**.

Habiéndose elevado por la Mesa de contratación la referida propuesta, procede resolver sobre esta cuestión por el órgano de contratación.

A los anteriores antecedentes le resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El apartado 1 del artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/UE/24, de 26 de febrero (en lo sucesivo, LCSP) prohíbe a los órganos de contratación “(...), *divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta (...)*”, precisando que “(...) *el carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en*

otros posteriores (...)", y añadiendo su apartado 2 que "Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles".

Al respecto, resulta necesario recordar la doctrina constante del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recopilada en su Resolución n.º 616/2019, de fecha 06 de junio (rec. 484/2019), y citada en su Resolución n.º 558/2020, de fecha 23 de abril (rec. 166/2020):

"a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución n.º 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución n.º 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución n.º 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución n.º 741/2018)"

En esta línea, los párrafos primero y cuarto de la Cláusula núm. 15.1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) prevé expresamente que:

"los licitadores deberán indicar expresa y claramente (al margen o de cualquier otra forma) la documentación o información aportada a la licitación que tenga carácter confidencial, por afectar a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos

confidenciales de la oferta, y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores, sin que resulten admisibles las declaraciones genéricas de confidencialidad de todos los documentos o datos de la oferta. Es decir, el licitador está obligado a señalar las informaciones y aspectos de la oferta que consideran de carácter confidencial por razón de su vinculación a secretos técnicos o comerciales, así como exponer las razones concretas que justifican dicha vinculación.

(...)

El carácter confidencial no podrá extenderse, en ningún caso, a todo el contenido de la proposición. Únicamente podrá afectar a los documentos que tengan una difusión restringida y no a documentos que sean públicamente accesibles.”.

Precisamente respecto a una declaración genérica de confidencialidad efectuada por la entidad licitadora interesada, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indica, en su Resolución n.º 985/2017, de fecha 27 de octubre (rec. 866/2017) que:

“el órgano de contratación dispone de ‘la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales’ (Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 14 de febrero de 2008; asunto C-450/06). Por ello, se entiende que el hecho de no haber pedido alegaciones o subsanación de tal fundamentación, no es óbice alguno para resolver con fundamento”.

SEGUNDO.- En contraposición a lo anterior, procede traer a colación los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos que rigen la contratación del sector público de conformidad con el artículo 1 de la LCSP, así como que el propio apartado 1 *ab initio* del precitado precepto hace una referencia expresa al respeto de la “*legislación vigente en materia de acceso a información pública*”, esto es, la Ley básica 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Ley canaria 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública. En este contexto de posible colisión normativa, tales principios se materializan específicamente en los artículos 52 y 346.5 de la LCSP, contemplando ambos preceptos la excepcionalidad de los datos que tengan carácter confidencial, así como que, según la doctrina reiterada del Tribunal Administrativo Central, ni el principio de confidencialidad ni el principio de publicidad son absolutos (ver, por ejemplo, su Resolución n.º 363/2020, de fecha 12 de marzo, rec. 64/2020).

Por lo tanto, a los efectos de valorar la procedencia o no de la declaración del carácter confidencial de la información contenida en la documentación aportada por la "AMBAR TELECOMUNICACIONES, S.L." con relación a su oferta técnica, o parte de la misma, procede la ponderación de los principios que colisionan y de los intereses en juego, buscando el equilibrio entre la protección de la confidencialidad que tenga, en su caso, la información facilitada por la entidad licitadora y el derecho del resto de personas de conocer el fundamento de las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de licitación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente supuesto. Para ello, siguiendo *mutatis mutandis* el Informe n.º 11/2013, de fecha 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, una vez determinados los intereses concurrentes, se ha de ponderar:

- i) La utilización del denominado “test del daño o perjuicio”, es decir, valorar el daño producido si es facilitada o publicada una información determinada y el que se irrogaría si no lo es.
- ii) La aplicación del principio de proporcionalidad, que exige que las medidas que se adopten sean las menos gravosas u onerosas de entre aquellas que sean adecuadas y necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos con carácter general. En este contexto, resulta conveniente recordar, salvando las distancias con el caso actual, que la normativa de transparencia precitada prevé que los intereses económicos y comerciales son uno de los límites al derecho de acceso.

TERCERO.- El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución n.º 64/2020, de 21 de mayo, reiterando su Resolución n.º 196/2016, de fecha 11 de marzo (rec. 114/2016), realiza una síntesis de la doctrina, según la cual para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación:

- “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.”*

Concretando el término de secreto empresarial, resulta necesario consultar el contenido del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que indica que se considera como tal “*cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:*

- a) *Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;*
- b) *Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y*
- c) *Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”.*

Una vez examinada la documentación presentada, y en línea con las consideraciones anteriormente expuestas, así como con la propuesta elevada por la Mesa de contratación en virtud de lo dispuesto por los artículos 157.1 y 326.2 de la LCSP, que considera que no consta protección alguna por derecho exclusivo ni tampoco que implique ventaja competitiva, no debiéndose según dicho órgano auxiliar el conocimiento de la oferta técnica presentada a fin de llevar a cabo la oportuna evaluación comparativa con plenas garantías entre las ofertas presentadas, admitidas y susceptibles de valoración subjetiva, ni excluir el derecho de acceso, porque, de lo contrario, se estarían conculcando los principios de publicidad y transparencia, ya que no se estaría permitiendo el conocimiento de los elementos por los que la Mesa de contratación ha otorgado una determinada puntuación a una entidad licitadora frente a otra, elementos que han de ser suficientes y razonables para fundar su decisión con respecto a los puntos a otorgar a cada entidad licitadora concurrente, y que **no pueden asignarse si no se procede a la valoración completa de todas las proposiciones, se concluye por este órgano de contratación que, dado que los documentos presentados no contienen ninguna información que constituya un valor estratégico empresarial real para ésta.** Por lo tanto, no se estima que los mismos tengan carácter de confidencial, no siendo susceptible de producir perjuicios económicos en el mercado, pues que su eventual difusión no implicaría la pérdida de una ventaja competitiva que tenga la empresa licitadora concernida respecto de las empresas con las que compite.

CUARTO.- Respecto al régimen de impugnaciones de la presente decisión, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en su la Resolución n.º 558/2020, de fecha 23 de abril (rec. 166/2020), reiterando su criterio ya expresado en su Resolución n.º 985/2017, de fecha 27 de octubre (rec. 866/2017), ha concluido que:

“La declaración impugnada es un acto de trámite que no decide la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión, pero puede causar un perjuicio irreparable a la recurrente, en la medida que puede permitir que un competidor acceda a

información estratégica y comercial relevante que, como dice la recurrente, facilite 'la obtención de una posible ventaja competitiva para otros procesos de licitación'. Por ello entendemos que, de acuerdo con lo establecido en el artículo transcrito, el acto de trámite impugnado es susceptible de recurso especial”.

QUINTO.- Considerando lo anterior y teniendo en cuenta que el segundo párrafo de la Cláusula núm. 15.1.3 del PCAP establece que “en caso de que se dimensiona inadecuadamente dicha declaración [de confidencialidad], será el órgano de contratación el que determine de forma motivada qué datos y/o documentos merecen dicha consideración. Del mismo modo, actuará el órgano de contratación en el supuesto de que la declaración no contenga motivos que estén adecuada y suficientemente fundados por los que la licitadora ha considerado confidencial la información declarada como tal”, así como que “es el órgano de contratación quien debe valorar, si dicha documentación debe o no considerarse confidencial con el fin de lograr un correcto equilibrio entre los principios de confidencialidad y de transparencia que deben regir el procedimiento de contratación” (Resolución n.º 369/2020, de 12 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. 79/2020), procede resolver al respecto por parte de este órgano de contratación.

De acuerdo con lo anterior, vistos los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, esta Dirección-Gerencia actuando como órgano de contratación, puesto que, a pesar de la previsión de la Cláusula núm. 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en virtud de las facultades ampliadas a favor de la misma mediante escritura pública de fecha 15 de mayo de 2023, la misma tiene competencia para dictar los actos y ejercer las prerrogativas enumeradas en la Cláusula núm. 2.2 del PCAP en sustitución de la referida Consejera Delegada, cuyo poder no ha sido revocado expresamente hasta la fecha.

RESUELVE

Primero.- DENEGAR la confidencialidad que declara la entidad licitadora “**AMBAR TELECOMUNICACIONES, S.L.**” sobre el contenido de la documentación que integra la oferta técnica presentada por la misma al **Lote 4** en el marco del expediente de contratación del Servicio de desarrollo de proyectos



tecnológicos: mantenimiento de la infraestructura tecnológica, desarrollo de software, consultoría tecnológica, integración de soluciones de terceros, configuración de oficinas técnicas de gestión, data center e infraestructuras hardware, atención al cliente y seguridad gestionada, cibervigilancia y ciberdefensa para Promotur Turismo Canarias S.A, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con el Fondo REACT-EU o Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (Fondos "Next Generation EU").

Segundo.- ORDENAR la realización de las publicaciones y notificaciones preceptivas y oportunas, de conformidad con la legislación vigente que es de aplicación.

Contra la presente resolución podrá interponerse, potestativamente, recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el plazo de **quince (15) días hábiles** a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera tenido conocimiento por la entidad licitadora de la posible infracción o acudir directamente a la jurisdicción del orden que corresponda.

El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en la oficina del órgano de contratación o en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias competente para su resolución.

Siendo esta actuación susceptible de ser impugnada mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que está adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (la Consejería de Turismo, Industria y Comercio).

D. Jose Juan Lorenzo Rodríguez

**Director-Gerente
Promotur Turismo Canarias S.A**