

Barcelona, 5 d'abril de 2018

Resolució núm.: 55/2018

Vist el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor C.H.V. en nom i representació de l'empresa CLEAR CHANNEL ESPAÑA, SLU contra l'adjudicació del contracte de serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei Bicing 2.0 de l'Ajuntament de Barcelona (expedient 20180001, contracte 16003724), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. La Comissió d'Ecologia, Urbanisme i Mobilitat de l'Ajuntament de Barcelona, en la sessió del dia 19 d'abril de 2017, va aprovar l'expedient de contractació dels serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de transport mitjançant bicicletes compartides ("Bicing 2.0") per als anys 2018 a 2028, prorrogable cinc anys més, d'un valor estimat de 344.060.471,79 euros, així com el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (PPT) reguladors del contracte.

En els mateixos acords va disposar l'obertura de licitació per a l'adjudicació del contracte, mitjançant procediment obert i dues fases de valoració de les ofertes, la primera per criteris dependents d'un judici de valor -amb un llindar mínim de puntuació de 20 punts per accedir a la segona fase i de caràcter excloent de la licitació- i la segona per criteris de valoració automàtica.

SEGON. D'acord amb la clàusula 1 del PCAP, aquest contracte de serveis té per objecte *"la implantació, manteniment i gestió del servei de transport mitjançant bicicletes compartides, denominat Bicing 2.0, per als anys 2018 a 2028"* i *"inclou el subministrament de tots els*

elements necessaris, la seva instal·lació, manteniment i gestió integral, incorporant tot allò que resulti escaient pel bon funcionament del servei, d'acord amb allò establert al Plec de Prescripcions Tècniques”.

Les característiques i condicions de les prestacions incloses en l'objecte del contracte vénen recollides en el PPT, l'apartat 1.1 del qual remarca que el servei inclou “*la posada a disposició de tots els elements necessaris per al funcionament del servei d'acord amb el plec tècnic, així com el manteniment i la redistribució de bicicletes i qualsevol altre aspecte complementari per al bon funcionament del sistema de transport individual compartit mitjançant bicicletes elèctriques i mecàniques a la ciutat de Barcelona*” i que “*també forma part de la finalitat del contracte la cobertura del vandalisme i les bicicletes desaparegudes*” en les condicions i requisits indicats en el plec.

TERCER. El 21 d'abril de 2017 es va remetre l'anunci de licitació al Diari Oficial de la Unió Europea i es van posar a disposició els plecs i la resta d'informació sobre aquesta licitació en el perfil de contractant, allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya. Així mateix, en data 6 de maig de 2017 es va publicar la licitació en el Butlletí Oficial de l'Estat.

El termini de presentació de les ofertes inicialment previst es va ampliar fins al 26 de setembre de 2017.

QUART. L'empresa MOVEMENT BARCELONA 2005, SLU va interposar recurs especial en matèria de contractació contra l'anunci de licitació i els plecs rectors de la licitació.

El recurs va ser estimat parcialment per aquest Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) mitjançant la Resolució 123/2017, de 6 de setembre, en el sentit següent:

“En conseqüència, correspon estimar el recurs en el primer motiu d'impugnació, en el sentit que l'òrgan de contractació ajusti la pròrroga del contracte prevista a la clàusula 3 del plec de clàusules administratives (PCAP), en el sentit d'adaptar el seu contingut al règim singular de pròrroga dels contractes de serveis establerts en l'article 303.1 del TRLCSP i doni compliment al que disposa aquest precepte a fi que el contracte sigui autoritzat per l'òrgan competent a tenir la durada especial que ha justificat en l'expedient, si escau”.

CINQUÈ. L'Ajuntament de Barcelona va rectificar la clàusula 3 del PCAP per adaptar el seu contingut al règim singular de pròrroga per mutu acord dels contractes de serveis establert a l'article 303.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP). La redacció de la clàusula va passar a ser la següent:

“La vigència del present contracte podrà prorrogar-se, per mutu acord de les parts, manifestat expressament, fins a un màxim de 5 anys. El contractista haurà de prestar la seva conformitat, de forma expressa, a la proposta de pròrroga formulada pel servei tècnic corresponent, un mes abans de la finalització de la seva vigència inicial o de les seves pròrrogues.”

La rectificació d'aquesta clàusula es va publicar en el perfil de contractant el 21 de setembre de 2017 i, en data 23 de setembre de 2017, en el Diari Oficial de la Unió Europea i el Butlletí Oficial de l'Estat.

SISÈ. En data 24 de novembre de 2017, el Consell de Ministres, mitjançant acord adoptat en virtut de les mesures governamentals aprovades pel ple del Senat el 27 d'octubre de 2017 a l'empara de l'article 155 de la Constitució espanyola, va autoritzar l'Ajuntament de Barcelona a celebrar el contracte de referència amb una durada de deu anys, amb possibilitat de pròrroga per mutu acord de les parts fins a un màxim de cinc anys, en considerar que la sol·licitud municipal estava justificada per raons d'interès públic, tenint en compte les particularitats del servei de transport públic de què es tracta, i que la necessitat de la durada estava degudament justificada a l'expedient i es fonamentava en el període d'amortització de les inversions que ha de realitzar l'adjudicatari.

SETÈ. Van concórrer a la licitació diverses empreses agrupades en compromisos d'unió temporal d'empresaris (UTE):

- UTE TRADISA LOGICAUTO, SL – BONOPARK, SL.
- UTE CESPÀ, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, SA – PBSC URBAN SOLUTIONS INC (en endavant, UTE PEDALEM BARCELONA).
- UTE MARFINA BUS, SA – SMOOVE SAS (en endavant, UTE MARFINA-SMOOVE).

- UTE ACCIONA FACILITY SERVICES, SA – SHAREBIKE AS – HOURBIKE.
- UTE CLEAR CHANNEL ESPAÑA, SLU – MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE, SL.
- UTE NEXTBIKE GMBH – EMPRESA SAGALÉS, SA – FERROCARRILES Y TRANSPORTES, SA – ESTYOFI, SL – BARCELONA BUS, SL – DISBUS 21, SL – 25 OSONA BUS, SA – GRANOLLERS TRANSPORT, SL.

Una vegada realitzades les fases de valoració de les ofertes, les empreses que conformen l'UTE CLEAR CHANNEL ESPAÑA, SLU – MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE, SL van obtenir la segona posició en la classificació final de les proposicions, precedides per l'UTE PEDALEM BARCELONA.

VUITÈ. El contracte es va adjudicar, en data 5 de desembre de 2017, a favor de la proposició de l'UTE PEDALEM BARCELONA.

La notificació de l'adjudicació es va trametre a les empreses licitadores el 7 de desembre de 2017 i l'11 de desembre de 2017 es va publicar en el perfil de contractant.

NOVÈ. En data 13 de desembre de 2017, el Tribunal va aprovar la Resolució 173/2017 en virtut de la qual va desestimar l'incident d'execució formulat MOVEMENT BARCELONA 2005, SLU respecte de la Resolució 123/2017, tot conclouent que:

“Fetes aquestes precisions, de l'examen de l'expedient tramès consta que l'òrgan de contractació, en execució de la Resolució d'aquest Tribunal, d'una banda, va rectificar la clàusula 3 del PCAP per tal que inclogués el règim de pròrroga per mutu acord establert legalment per als contractes de serveis, tot conferint a aquesta rectificació la mateixa publicitat oficial que al mateix procediment de contractació; i, de l'altra, va instar la corresponent sol·licitud d'autorització per tal que l'òrgan competent autoritzés aquest concret contracte a tenir excepcionalment la durada que havia justificat en l'expedient, constant en l'expedient de contractació que aquesta autorització s'ha obtingut efectivament per part del Consell de Ministres.

En conseqüència, aquest Tribunal aprecia que la Resolució núm. 123/2017 va ser executada per l'òrgan de contractació en els seus estrictes termes i, per tant, que l'incident d'execució formulat per MOVEMENT BARCELONA 2005, SLU ha de ser desestimat.”

DESÈ. En data 2 de gener de 2018, l'empresa CLEAR CHANNEL ESPAÑA, SLU (en endavant, CLEAR CHANNEL) va presentar en el registre del Tribunal, prèviament anunciat a

l'òrgan de contractació, recurs especial en matèria de contractació contra la referida adjudicació del contracte en virtut del qual sol·licita:

- La retroacció de les actuacions al moment posterior a la notificació de l'adjudicació, per tal que l'òrgan de contractació li doni vista de l'expedient en la part de l'oferta de l'empresa adjudicatària –en particular, els certificats de compliment tècnic de les bicicletes a subministrar, el sistema de llums i les estacions- no inclosa en confidencialitat, pronunciant-se a l'efecte de forma expressa, a fi de poder fonamentar el recurs especial després de l'accés.
- Subsidiàriament, la nul·litat del procediment de contractació per haver-se modificat el règim de pròrroga del contracte sense atorgar un nou termini de presentació de les ofertes i per haver-se obtingut de l'òrgan competent l'autorització de la durada excepcional del contracte amb posterioritat a l'aprovació de l'expedient de contractació.

ONZÈ. El recurs de CLEAR CHANNEL ha seguit la tramitació prevista en els articles 46 del 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 (Decret 221/2013), 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).

DOTZÈ. L'expedient de contractació va tenir entrada al Tribunal el 18 de gener de 2018.

En l'informe que acompanya l'expedient, destaca especialment que l'òrgan de contractació qüestiona la legitimació de l'empresa recurrent, que en aquesta licitació va concórrer en unió temporal amb una altra empresa no signatària del recurs, i considera que les qüestions de nul·litat que planteja el recurs no entren dins de la competència d'aquest Tribunal perquè serien pròpies d'una revisió d'ofici de l'article 34.3 del TRLCSP i, per tant, la seva resolució correspondria a l'òrgan de contractació.

Per aquest motiu sol·licita la inadmissió total o parcial del recurs i, en cas de ser admès, que el desestimi en la seva totalitat i s'aixequi la suspensió del procediment de contractació.

TRETZÈ. Obert el període d'al·legacions a la resta de parts interessades, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació, van fer ús del tràmit les empreses que conformen l'UTE MARFINA-SMOOVE, en data 16 de març de 2018, i les de l'UTE PEDALEM BARCELONA, en data 20 de març de 2018.

En l'escrit d'al·legacions de l'UTE MARFINA-SMOOVE s'interessa l'estimació del recurs en la pretensió subsidiària de nul·litat del procediment per haver-se modificat el règim de pròrroga del contracte sense atorgar un nou termini de presentació de les ofertes i per haver-se obtingut l'autorització de la durada excepcional del contracte després de l'aprovació de l'expedient de contractació

En l'escrit d'al·legacions de l'UTE PEDALEM BARCELONA s'interessa la inadmissió del recurs pel fet d'haver-se presentat al Tribunal en suport paper i no per via electrònica i pel fet que les qüestions relatives a la rectificació del règim de pròrroga del contracte i l'autorització de la durada excepcional del contracte ja van ser plantejades i resoltes per aquest Tribunal en les resolucions 123/2017 i 172/2017 i, per tant, constitueixen cosa jutjada. Pel que fa a la pretensió d'accés a l'expedient de contractació i a la informació declarada confidencial, aquesta UTE sol·licita la desestimació del recurs. En qualsevol cas, sol·licita també la imposició a l'empresa recurrent de la multa prevista en l'article 47.5 del TRLCSP en la seva quantia màxima de 15.000 euros, per mala fe evident apreciada en el recurs, la manca absoluta de raonament d'aquest i el perjudici ocasionat amb la suspensió del procediment de contractació, que persegueix impedir que l'Ajuntament de Barcelona pugui procedir a la formalització del contracte i a l'inici del servei.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria 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.

Respecte a la normativa aplicable a aquest contracte, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, cal aclarir que aquesta licitació es regeix pel seu règim jurídic (TRLCSF i Directives de quarta generació) atès que es tracta d'un expedient de contractació iniciat abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

Quant a la normativa aplicable per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, atès que el procediment de recurs es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera de la LCSP, continuarà tramitant-se aquest procediment fins a la seva resolució d'acord amb el TRLCSF.

SEGON. El contracte de serveis de referència, atès el seu caràcter harmonitzat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 del TRLCSF.

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 TRLCSF.

QUART. El Tribunal aprecia que CLEAR CHANNEL té drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 42 del TRLCSF i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

A propòsit de l'oposició de l'òrgan de contractació, convé dir que no obsta a la legitimació el fet que aquesta empresa participi en la licitació en compromís d'unió temporal amb una altra i, en canvi, hagi interposat el recurs individualment. Aquesta possibilitat resulta precisament admesa en el Decret 221/2013 i el RD 814/2015, els articles 16.2 i 24.2 dels quals, respectivament, disposen que qualsevol de les empreses de la unió podrà interposar el recurs sempre que els seus drets s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats per les decisions objecte de recurs, com s'aprecia en el cas plantejat.

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

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de 15 dies hàbils que estableix l'article 44.2 del TRLCSP.

També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP, inclosa la presentació dels recursos en suport paper i no per via electrònica, contràriament al que ha al·legat l'UTE PEDALEM BARCELONA en aquest procediment sobre la base dels articles 14.2 a) de la LPAC i 38 del RD 814/2015, atès que el sistema informàtic del Tribunal –el del departament a través del qual el Tribunal es relaciona amb la Generalitat de Catalunya-, a la data de presentació del recurs, no disposava del mòdul de presentació d'aquest escrit per via electrònica, de manera que l'única forma de presentació possible era en suport paper i així s'ha d'admetre en aquest cas.

SISÈ. Amb l'anàlisi fins aquí dels requisits d'admissió es conclou la competència d'aquest Tribunal per a la tramitació i resolució del recurs presentat per CLEAR CHANNEL, i la seva funció s'estén a revisar la legalitat de l'acte impugnat, això és, pels vicis de nul·litat de ple dret o d'anul·labilitat que el puguin afectar, ja siguin els que preveu específicament el TRLCSP, o bé, per remissió d'aquesta norma, la LPAC.

En conseqüència, aquest Tribunal considera que amb el recurs de CLEAR CHANNEL contra l'adjudicació del contracte no s'està davant un procediment de revisió d'ofici d'actes nuls a instància de la persona interessada, que entraria dins la competència resolutòria de l'òrgan de contractació, contràriament al que aquest sosté en el seu informe, atès que, d'acord amb l'article 106.1 de la LPAC, aquest procediment escau contra, entre d'altres, actes administratius fermes, és a dir, "*que no hagin estat recorreguts dins el termini*", i aquest precisament no és el cas plantejat, en el qual l'UTE interessada ha optat per recórrer l'adjudicació per la via potestativa del recurs especial en matèria de contractació.

Qüestió diferent és la conclusió a què s'arribi en aquesta Resolució de l'anàlisi dels motius de fons plantejats, i davant la qual quedarà expedita la via judicial d'impugnació i/o les vies de revisió que les parts considerin pertinents, però el present recurs ha estat presentat

formalment contra l'adjudicació del contracte en temps i forma i, per tant, correspon a aquest Tribunal la seva resolució.

SETÈ. Entrant a analitzar les alegacions materials del recurs, la primera pretensió de CLEAR CHANNEL interessa la retroacció de les actuacions al moment posterior a la notificació de l'adjudicació, per tal que l'òrgan de contractació li doni vista de l'expedient en la part de l'oferta de l'UTE adjudicatària –en particular, els certificats de compliment tècnic de les bicicletes a subministrar, el sistema de llums i les estacions- no inclosa en confidencialitat, pronunciant-se a l'efecte de forma expressa, a fi de poder fonamentar el recurs especial després de l'accés.

Al respecte, cal dir que la pretensió última de fonamentació del recurs interposat el 2 de gener de 2018, sobre la base de l'accés a l'oferta de l'UTE adjudicatària davant l'òrgan de contractació, trobaria la seva base jurídica en l'article 16.1 del RD 814/2015, segons el qual:

“1. Si l'interessat vol examinar l'expedient de contractació prèviament a la interposició del recurs especial, l'ha de sol·licitar a l'òrgan de contractació, el qual té l'obligació de posar-lo de manifest sense perjudici dels límits de confidencialitat que estableixen els articles 140 i 153 del text refós de la Llei de contractes del sector públic.

La sol·licitud d'accés a l'expedient la poden fer els interessats dins del termini d'interposició del recurs especial, i l'òrgan de contractació ha de facilitar l'accés en els cinc dies hàbils següents a la recepció de la sol·licitud.”

Ara bé, aquestes premisses i la petició del recurs ja s'han acomplert en l'expedient de contractació.

En efecte, tal com es manifesta en el recurs i ho ha asseverat l'òrgan de contractació, l'empresa recurrent va sol·licitar vista de l'expedient i la va obtenir el 21 de desembre de 2017, abans de la interposició del recurs, a excepció del contingut de les ofertes tècniques que els licitadors, com la mateixa empresa recurrent, havien declarat confidencials.

A la vista de la sol·licitud presentada per l'empresa recurrent d'examinar l'oferta de l'UTE adjudicatària, adduint que no podia ser declarada confidencial en la seva totalitat, l'òrgan de contractació va requerir aquesta darrera perquè especificqués i justificqués les parts de l'oferta que realment eren confidencials i, una vegada rebuda la resposta, va emetre el 3 de gener de 2018 un informe tècnic d'anàlisi d'aquestes especificacions (document 32 del volum 6 de

l'expedient) indicant, de cada part de l'oferta tècnica, si considerava que s'havia d'aixecar, o no, la confidencialitat justificada.

Respecte de la concreta informació que volia consultar CLEAR CHANNEL (bàsicament, els certificats de compliment dels requisits tècnics exigits en la prescripció 3.2 *in fine* del PPT), l'òrgan de contractació va ratificar el manteniment de la confidencialitat declarada per les empreses de l'UTE adjudicatària, titulars de les dades i certificacions aportades, per raó que són certificats *“que formen part de la propietat intel·lectual d'un producte de desenvolupament propi de les empreses de la UTE”* i que *“van acompanyats d'assajos i una altra documentació en la qual consten especificacions tècniques dels productes i per tant es considera secret industrial, i fer-ho públic suposaria un desavantatge competitiu per a les empreses”* titulars.

L'informe municipal de 3 de gener de 2018 va ser traslladat a CLEAR CHANNEL, oferint-li la possibilitat d'obtenir vista de la part de l'oferta finalment no declarada confidencial (document 33 del volum 6), sense que l'empresa la sol·licités, segons ha informat l'òrgan de contractació. Posteriorment, en data 5 de gener de 2018, aquesta empresa va presentar al registre del Tribunal un nou escrit en què, malgrat allò, insisteix en el mateix *petitum* del recurs interposat el 2 de gener de 2018.

D'aquests antecedents, doncs, es pot comprovar com CLEAR CHANNEL ja va obtenir la vista de l'expedient que sol·licita en el recurs i, després que l'òrgan de contractació analitzés la confidencialitat declarada per l'UTE adjudicatària i s'hi pronunciés expressament, que és també el que se sol·licita en el recurs, li va oferir igualment nova vista en els extrems no considerats finalment confidencials, sense que CLEAR CHANNEL fes ús del dret que pretén i forçant el recurs, amb el nou escrit de 5 de gener de 2018, a discutir el manteniment per part de l'òrgan de contractació de la confidencialitat dels certificats que interessa consultar i acrediten el compliment dels requisits tècnics exigits en el PPT, tot dilatant la tramitació del procediment de contractació amb la suspensió *ex lege* de l'adjudicació amb motiu de la interposició del recurs.

La recurrent –malgrat haver fet la mateixa declaració de confidencialitat que ara qüestiona de l'UTE adjudicatària- pot no estar d'acord amb els arguments tècnics esgrimits per l'òrgan de contractació per mantenir la confidencialitat de la documentació que vol consultar de l'UTE competidora, però la vista de l'expedient i el pronunciament de l'òrgan de contractació que sol·licita en el recurs ja s'han complert i es consideren conformes a dret.

La declaració genèrica de confidencialitat efectuada per l'UTE adjudicatària va ser analitzada detalladament per l'òrgan de contractació mitjançant informe tècnic i en aquest es pot comprovar com manté la confidencialitat degudament motivada en algunes parts de l'oferta, per les raons abans exposades, i aixeca la confidencialitat en d'altres que considera que no participen d'aquestes característiques.

L'escrit addicional de CLEAR CHANNEL presentat el 5 de gener de 2018 no pot confondre ni induir a confusió sobre la confidencialitat argumentant que no poden tenir aquest caràcter els certificats de compliment de normativa tècnica. Això és així, a criteri d'aquest Tribunal, perquè en les actuacions examinades la confidencialitat no s'explica per raó dels certificats aïlladament considerats, sinó per raó dels productes que se certifiquen amb aquests i la documentació tècnica, assajos i demostracions amb què van acompanyats, de manera que l'accés a aquests certificats i el coneixement de les característiques tècniques dels productes enllaça amb la propietat intel·lectual i industrial de la seva creació i la seva divulgació pot perjudicar els interessos comercials legítims de les empreses titulars i la competència lleial entre elles, la qual cosa justifica que l'òrgan de contractació hagi confirmat la seva confidencialitat.

Així, l'anàlisi de la confidencialitat de l'oferta adjudicatària que ha efectuat l'òrgan de contractació, i que aquest Tribunal disposa en l'expedient tramès a efectes de la formació d'aquest judici, s'aprecia ajustada als articles 140.1 i 153 del TRLCSP i, per tant, considera que l'ha de preservar i estar a allò que va indicar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en la Sentència de 14 de febrer de 2008 (C-450/06, Varec) en aquests apartats (el subratllat és nostre):

“38 En el marco específico de la comunicación a un candidato o licitador descartado de las razones por las que se rechazó su candidatura o su oferta y en el de la publicación del anuncio de adjudicación de un contrato, los artículos 7, apartado 1, y 9, apartado 3, de dicha Directiva reconocen a las entidades adjudicadoras la facultad de no comunicar determinada información cuando su divulgación perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.

39 Es cierto que dichas disposiciones versan sobre la actuación de las entidades adjudicadoras. Sin embargo, hay que reconocer que su eficacia se vería seriamente comprometida si, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, toda la información sobre este procedimiento debiera ponerse, sin límite alguno, a disposición del autor de dicho recurso, o incluso de otras personas como las partes coadyuvantes.

40 En tal supuesto, la mera interposición de un recurso daría acceso a información que podría utilizarse para falsear la competencia o para perjudicar los intereses legítimos de operadores económicos que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate. Tal posibilidad podría incluso incitar a los operadores económicos a interponer recursos con el único objetivo de acceder a los secretos comerciales de sus competidores.

(...)

51 De lo anterior se desprende que, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trata que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.

52 El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, Mobistar, C-438/04, Rec. p. I-6675, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

53 Para ello, el organismo responsable de los procedimientos de recurso debe poder disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales (véase, por analogía, la sentencia Mobistar, antes citada, apartado 40)."

En un altre ordre de consideracions, la concreta documentació de l'UTE adjudicatària a què CLEAR CHANNEL vol tenir accés, que es manté confidencial, fa referència al compliment per les bicicletes i estacions ofertes dels requeriments tècnics exigits en la prescripció 3.2 del PPT. En aquesta licitació, això no és objecte d'una avaluació discrecional de l'òrgan de contractació que pugui modular les puntuacions de la valoració tècnica de les ofertes, sinó únicament de la decisió d'admissió o rebuig de la proposició adjudicatària segons si complex, o no, aquells requeriments tècnics. I en aquest sentit, l'òrgan de contractació ha informat expressament que l'UTE adjudicatària, a través del contingut dels certificats que CLEAR CHANNEL vol conèixer, compleix els requisits tècnics mínims exigits en el PPT, la qual cosa fa dissipar, a criteri d'aquest Tribunal, qualsevol interès de l'empresa recurrent a aspirar a l'adjudicació del contracte per raó d'una eventual exclusió de l'UTE recurrent per aquest motiu.

Arribats a aquest punt, aquest Tribunal considera que la vista de l'expedient i el pronunciament de l'òrgan de contractació sobre la confidencialitat de la documentació de l'UTE adjudicatària interessada per CLEAR CHANNEL ja s'han acomplert en el cas examinat, com s'ha vist, i que

cal estar a la confidencialitat que va confirmar l'òrgan de contractació i a les apreciacions segons les quals l'oferta tècnica adjudicatària, en els extrems confidencials qüestionats, compleix els requeriments tècnics exigits en aquesta licitació, decisions totes elles que queden emmarcades en la presumpció de veracitat i encert de què gaudeix el criteri tècnic de l'òrgan de contractació i s'aprecien conformes a dret.

Totes aquestes consideracions fan decaure la pretensió principal del recurs i de l'escrit complementari presentat per l'empresa recurrent i porten a haver-lo de desestimar.

VUITÈ. Amb caràcter subsidiari, CLEAR CHANNEL formula una pretensió de nul·litat del procediment de contractació basada en dos motius: d'una banda, per haver-se modificat el règim de pròrroga del contracte sense atorgar un nou termini de presentació de les ofertes i per haver-se obtingut de l'òrgan competent l'autorització de la durada excepcional del contracte amb posterioritat a l'aprovació de l'expedient de contractació.

Pel que fa al primer motiu, CLEAR CHANNEL al·lega que la rectificació que l'ajuntament va realitzar del règim de la pròrroga contractual prevista en la clàusula 3 del PCAP, passant de ser de caràcter forçós per al contractista a haver de ser convinguda de mutu acord, no es pot considerar una simple rectificació del plec sinó una alteració de les condicions aprovades, atès que té incidència en la preparació de les ofertes perquè la previsió econòmica que han de fer les empreses no és la mateixa en un règim o en l'altre.

Per aquest motiu, l'empresa recurrent sosté que la rectificació de la clàusula 3 del PCAP a escassos dies del venciment del termini de presentació de les ofertes hauria d'haver motivat una publicació de la modificació del plec amb l'atorgament d'un nou termini de presentació de les ofertes, i el fet de no haver-se fet així vulneraria els principis de concurrència, publicitat i transparència que han de regir en els procediments de contractació d'acord amb l'article 1 del TRLCSP.

Per la seva banda, en l'informe del recurs, l'òrgan de contractació sosté la legalitat de l'actuació municipal per raó que:

- No s'ha modificat la durada inicial del contracte (10 anys), ni la de la seva possible pròrroga (fins a un màxim de 5 anys), com tampoc l'import de licitació, el valor estimat del

contracte i el seu objecte, les obligacions de les parts ni cap altre element que pugui considerar-se significatiu als efectes de la preparació de l'oferta pels licitadors.

- El fet que la pròrroga passi de ser obligatòria a ser de mutu acord és un avantatge per al futur adjudicatari i no afecta a la preparació de les ofertes. El recurs no explica quina és la "incidència" que aquesta rectificació té en la preparació de l'oferta i en quina mesura afecta a la previsió econòmica: l'oferta econòmica es presenta per a la prestació del servei durant la seva vigència inicial (10 anys) i en cap cas sobre les possibles pròrroques, siguin aquestes obligatòries o no per al contractista, i en cas d'acordar-se finalment la pròrroga, aquesta es dota econòmicament de forma addicional, de manera que l'oferta a presentar per les empreses no depèn que en el futur s'acordi, o no, la pròrroga.
- En tot cas, les empreses licitadores van comptar amb cinc dies per ajustar la seva oferta si així ho consideraven, temps que el consistori va considerar suficient i no justificava una ampliació del termini de presentació de les ofertes, front l'interès públic de continuar amb el procediment.
- La rectificació de la clàusula 3 del PCAP es va publicar en els mateixos mitjans en què s'havia publicat la licitació (perfil de contractant, DOUE i BOE) i amb caràcter previ al venciment del termini de presentació de les ofertes, i l'empresa recurrent la va acceptar presentant finalment la seva proposició, sense posar de manifest l'al·legació que ara esgrimeix en el recurs.

Exposades les posicions de les parts en aquest motiu, aquest Tribunal també percep que l'empresa recurrent es limita a afirmar en el recurs que la rectificació del règim de la pròrroga contractual va tenir una incidència en els elements econòmics del contracte, però sense especificar quins exactament, més enllà de fer entendre que inicialment comptava a formular una oferta que ja comprengués l'horitzó de l'eventual pròrroga obligatòria del contracte i fer deduir que suposadament la va haver d'ajustar a la vista del seu passi a pròrroga per voluntat mútua de les parts.

Aquest plantejament del motiu, a criteri d'aquest Tribunal, fa que no tingui prou força impugnatòria de l'adjudicació ni, aprofitant el caràcter impugnable d'aquesta, del propi PCAP, en la mesura que l'empresa recurrent va disposar del termini que restava per a la presentació de la seva oferta i així ho va fer finalment, acceptant la rectificació del plec pacíficament i

incondicionadament ex article 145.1 TRLCSP en presentar-se a la licitació, esdevenint així *lex inter partes*.

El termini que quedava per a la presentació de les ofertes, amb l'adaptació que considerés oportuna, en el seu cas, va ser el mateix per a totes les empreses interessades a concórrer en la licitació, i totes elles comptaven amb la mateixa informació de les condicions de la licitació i la referida rectificació del règim de pròrroga, que va ser degudament publicada per l'òrgan de contractació en els mateixos mitjans en què havia publicat la licitació, la qual cosa fa dissipar qualsevol indicatiu d'indefensió i d'afectació als principis de concurrència i transparència al·legats en el recurs.

I, en definitiva, després de la rectificació de la clàusula 3 del PCAP, la durada del contracte va continuar essent la mateixa de deu anys, sobre la base del qual s'havien establert el pressupost de licitació i les amortitzacions, tal com resultava ja inicialment de la clàusula 2 del PCAP, de l'informe de necessitat i idoneïtat del contracte, de 28 de setembre de 2016, i de l'informe justificatiu del termini del contracte, de 3 d'abril de 2017, sense que aquests paràmetres econòmics, ni cap altre element essencial del contracte, tal com ha apuntat l'òrgan de contractació, es veiés modificat amb la referida rectificació.

No apunta res el recurs que demostrï que en aquest moment de l'adjudicació s'hagi evidenciat cap vici que pogués afectar el PCAP amb motiu de la rectificació de la clàusula 3 del PCAP i que CLEAR CHANNEL no hagués pogut reaccionar en el moment procedimental que pertocava, havent-ho pogut fer, ja fos impugnant la rectificació en temps i forma o, fins i tot, plantejant les objeccions pertinents en l'incident d'execució de la Resolució 123/2017 que, sobre aquesta qüestió, li va ser oportunament traslladat per a efectuar al·legacions com a part interessada.

Així les coses, aquest Tribunal ha d'estar a allò que va resoldre amb caràcter definitiu al respecte d'aquesta qüestió en la Resolució 173/2017, això és, que es va tractar d'una rectificació de la clàusula 3 del PCAP amb una importància menyspreable als efectes de la preparació de les ofertes, que facultava l'òrgan de contractació a no ampliar el termini de presentació de les proposicions, d'acord amb l'article 47.3 *in fine* de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, i la jurisprudència comunitària (en aquest sentit, Resolució 102/2017 i Sentència del TJUE de 5 d'abril de 2017, C-298/15, «Borta» UAB i Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VJ, apartats 74, 75 i 76).

CLEAR CHANNEL no va fer ús dels drets a reaccionar contra la rectificació que disposava jurídicament i no consta que hagués impugnat la Resolució 173/2017, que era immediatament executiva, de manera que no són acceptables les al·legacions sobre la falta de temps per a la preparació i coordinació de l'oferta que ara aboca contra l'adjudicació quan el resultat del procediment no li ha estat favorable (entre d'altres, Resolució 43/2015, Resolució del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 196/2012 i Acord del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón –TACPA- 48/2012).

Aquest plantejament ha de conduir aquest motiu subsidiari del recurs a la seva inadmissió per aplicació de la doctrina de la denominada impròpiament cosa jutjada administrativa, la qual, amb fonament en la jurisprudència del Tribunal Suprem (per totes, sentències de 12 de juny de 1997 i 29 de maig de 1995), atén especialment a la seguretat jurídica i tracta d'evitar que qüestions i pretensions resoltes en anteriors recursos puguin plantejar-se novament en recursos posteriors, prolongant la discussió indefinidament i afavorint que es puguin produir resolucions contradictòries, ja que, amb paraules del TACRC, *“admitir lo contrario daría lugar a un continuo bucle de recursos, que entorpecería de forma exponencial la debida tramitación de los procedimientos de licitación, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos, cuya salvaguarda también constituye uno de los principios fundamentales de la contratación pública”* (entre moltes altres, resolucions d'aquest Tribunal 10/2016, 133/2015, 43/2015 i 206/2014, resolucions del TACRC 1.036/2016, 915/2016, 593/2016, 995/2015, 881/22015, 880/2015 i 580/2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 384/2017, 76/2015, 22/2015, 40/2014, 13/2013 i 95/2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales –TARC- de la Junta de Andalucía 315/2016 i 73/2013 i acords del TACPA 88/2015 i 23/2014).

NOVÈ. Pel que fa al segon motiu subsidiari de nul·litat de les actuacions, això és, que l'autorització de la durada excepcional del contracte per l'òrgan competent s'hagi obtingut amb posterioritat a l'aprovació de l'expedient de contractació, aquesta qüestió també ja va ser tractada per aquest Tribunal en aquest expedient de contractació i resolta per l'òrgan de contractació. I, al respecte d'aquesta qüestió, CLEAR CHANNEL tampoc no va plantejar-la en l'incident d'execució de constant menció que aquest Tribunal li va traslladar com a part interessada per tal que presentés, precisament, les al·legacions que considerés convenientes.

En efecte, en la Resolució 123/2017, aquest Tribunal va estimar parcialment el recurs interposat per tal que, entre d'altres motius, l'òrgan de contractació donés compliment al que disposa l'article 303.1 del TRLCSP, a fi que el contracte fos autoritzat per l'òrgan competent a tenir la durada especial que s'havia justificat en l'expedient de contractació.

I en la Resolució 173/2017 dictada en execució d'aquella resolució, el Tribunal va concloure que s'havia donat compliment a aquell requisit d'autorització, en tant que l'òrgan de contractació havia instat la corresponent sol·licitud d'autorització a l'òrgan competent de la Generalitat de Catalunya i l'autorització finalment va ser atorgada pel Consell de Ministres mitjançant acords de 24 de novembre de 2017, tal com s'ha reflectit en els antecedents de fet de la present Resolució.

Amb la Resolució 173/2017, doncs, ja va quedar confirmada l'obtenció de l'autorització de la durada excepcional del contracte per part del Consell de Ministres i, per tant, convalidats els vicis que pogués tenir l'expedient, d'acord amb l'article 52.4 de la LPAC, segons el qual, *“si el vici consisteix en la manca d'alguna autorització, l'acte pot ser convalidat mitjançant l'atorgament de l'autorització per part de l'òrgan competent”*.

Així, l'autorització de la durada excepcional del contracte consta a l'expedient de contractació (per totes, a més de la Resolució 173/2017 ja citada, les resolucions 498/2013 i 484/2013 del TACRC i la 31/2017 del TARC d'Andalusia); l'autorització es va obtenir amb caràcter previ a la “celebració” del contracte, tal com determina l'article 303.1 del TRLCSP, en tant que l'òrgan de contractació no va procedir a l'adjudicació del contracte ni a l'aprovació de cap compromís de despesa abans de la seva obtenció; aquesta autorització va ser per a la concreta durada i la possibilitat de pròrroga que l'òrgan de contractació havia justificat *ab initio* en l'expedient de contractació, fonamentalment pel termini d'amortització de les inversions a realitzar pel contractista, i aquest termini d'amortització amb què comptaven les empreses des de l'inici del termini de presentació de les ofertes, no es va veure alterat –com tampoc cap altre element essencial del contracte- per la rectificació de la clàusula 3 del PCAP, com ja s'ha indicat en aquesta Resolució, havent acceptat les empreses totes aquestes condicions de la licitació quan s'hi van presentar finalment.

En conclusió, havent estat resolta aquesta qüestió amb caràcter definitiu en la Resolució 173/2017, el recurs també ha de ser inadmès, per cosa jutjada, en aquest segon motiu de la pretensió subsidiària.

DESÈ. Per últim, l'article 47.5 del TRLCSP estableix:

“En cas que l'òrgan competent aprecii temeritat o mala fe en la interposició del recurs o en la sol·licitud de mesures cautelars, pot acordar la imposició d'una multa al responsable d'aquella. L'import de la multa ha de ser d'entre 1.000 i 15.000 euros i la quantia s'ha de determinar en funció de la mala fe apreciada i el perjudici ocasionat a l'òrgan de contractació i a la resta dels licitadors. Les quanties indicades en aquest apartat s'han d'actualitzar cada dos anys mitjançant una ordre ministerial.”

Tal com va indicar la Sentència de l'Audiència Nacional de 4 de març de 2015 (recurs 265/2014) en un supòsit com el present:

“(…) en relación con el origen de esta norma cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 en el que se indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”, en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la “facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”.

Pues bien, interpretando el precepto y analizando un supuesto prácticamente idéntico al de autos, la SAN (3ª) de 6 de febrero de 2014 (Rec. 456/2012) razona que “es de apreciar el abuso de derecho tenido en cuenta en la resolución recurrida, por cuanto las alegaciones formuladas por la recurrente en su nuevo recurso especial ante el TACRC reproducían los mismos argumentos....que ya habían sido desestimados...de modo que su nuevo recurso administrativo sólo podrá tener como finalidad la suspensión del procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo tanto para los adjudicatarios como para la entidad contratante y el interés público por llevar aparejada una suspensión automática”.

En la misma línea nos hemos pronunciado en la SAN (4ª) de 14 de julio de 2013 (Rec. 3595/2012) y 14 de mayo de 2014 (Rec. 278/2013) donde hemos dicho que “la finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación, suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que sea resuelto”. Se trata en suma de garantizar lo que podríamos denominar “seriedad” en el recurso.

Pues bien, aplicando los indicados precedentes al caso de autos procede confirmar la sanción impuesta. No se trata de negar al recurrente su derecho al recurso, sino de rechazar un uso abusivo o temerario del mismo. Entendiendo la Sala que dicho uso existe cuando habiéndose recibido una contestación del TACRC a las pretensiones, estas se vuelven, simplemente a reiterar en un recurso posterior.”

La jurisprudència va considerant temerària la interposició de recursos mancats manifestament de fonament o de viabilitat jurídica.

Així, la Sentència del Tribunal Suprem d'11 de maig de 2004 (recurs 4634/2001) va declarar que pot estimar-se l'existència de temeritat processal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o quan de manera reiterada es donen pronunciaments sobre la mateixa qüestió, tal com l'Alt Tribunal va assenyalar en la Sentència de 10 d'abril de 1990: *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*.

En aquest sentit, també, l'Audiència Nacional en la Sentència de 23 abril de 2007 va indicar que la manca de precisió del concepte de temeritat processal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el present cas, s'observa que la conducta de CLEAR CHANNEL resulta totalment incongruent amb els seus actes propis, atès que està retraient una manca d'autorització excepcional del contracte i d'ampliació del termini de presentació de les ofertes amb motiu d'una rectificació del PCAP que va consentir expressament en el seu moment i impugna ara quan el resultat del procediment no li ha resultat favorable, sense la més mínima demostració de la mesura en què la seva oferta se n'hagi pogut veure afectada que no sigui per la lògica competència que s'ha produït finalment en aquesta licitació.

És més, crida desmesuradament l'atenció la incoherència i els termes en què es formula el recurs quan sol·licita com a pretensió principal un accés a l'expedient i un pronunciament exprés de l'òrgan de contractació sobre la confidencialitat de l'oferta de l'UTE adjudicatària que ja els havia obtingut efectivament i, a través de l'escrit d'al·legacions complementari, no només va insistir en aquesta evidència i una suposada indefensió, amb clara intenció d'incloure a confusió sobre les actuacions practicades, sinó que va pretendre allargar la discussió jurídica a interessos no coberts pel seu títol legitimador, per no resultar clara la voluntat per la qual vol conèixer la informació confirmada com a confidencial i perquè, en qualsevol cas, el coneixement d'aquesta, tal com ha plantejat el recurs, no li reportaria en cap cas l'adjudicació del contracte del servei que ve prestant en l'actualitat.

Aquesta actuació de part posa de manifest que la interposició del recurs s'ha fet amb un clar abús de dret no emparat per la llei, tal com proscriu l'article 7 del Codi civil, i amb la finalitat de continuar la prestació del servei valent-se de la suspensió automàtica del procediment aconseguida amb la interposició del recurs contra l'adjudicació del contracte, en un ús abusiu i temerari d'aquest i amb el perjudici consegüent per a l'interès públic perseguit amb el contracte.

En conseqüència, s'aprecia una clara temeritat en la interposició del recurs i, per tant, com aquest Tribunal ja ha resolt en altres supòsits similars, correspon imposar la multa prevista en l'article 47.5 del TRLCSP en la seva quantia mínima de 1.000 euros, en no constar acreditat l'import dels perjudicis certs ocasionats a l'òrgan de contractació i a la resta d'empreses licitadores, sinó únicament l'endarreriment de la formalització del contracte i l'inici de l'execució del servei provocat per la suspensió automàtica de l'adjudicació amb motiu de la seva impugnació.

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

ACORDA

1.- Desestimar, en la pretensió principal, el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor C.H.V. en nom i representació de l'empresa CLEAR CHANNEL ESPAÑA, SLU contra l'adjudicació del contracte de serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei Bicing 2.0 de l'Ajuntament de Barcelona (expedient 20180001, contracte 16003724), i inadmetre'l per cosa jutjada, en la pretensió subsidiària, d'acord amb els fonaments jurídics vuitè i novè.

2.- 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.

3.- Declarar que s'aprecia la concurrència de temeritat en la interposició del recurs i imposar a la part recurrent la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP en l'import de 1.000 euros.

4.- 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 5 d'abril de 2018.

Vist i plau

Carme Lucena Cayuela
Vocal, en substitució de la secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta