



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA**  
**SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**  
**SECCIÓ CINQUENA**

Via Laietana, 56, 3a. planta 08003 - Barcelona  
93-344 00 50

**Recurs ordinari (Llei 1998) 356/2012 Secció: AE P.S.**

**Part actora:** SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A..  
**Representant de la part actora:** ANTONIO M<sup>a</sup> DE ANZIZU FUREST  
**Part demandada:** DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT  
**Representant de la part demandada:** LLETTRAT DE LA GENERALITAT

**INTERLOCUTÒRIA**

**President:**  
Alberto Andrés Pereira  
**Magistrats:**  
Juan Fernando Horcajada Moya  
Eduardo Paricio Rallo

ES COPIA

Barcelona, 23 de novembre de 2012

Se'ns n'ha donat compte, uniu a les actuacions l'anterior testimoniatge de l'escrit d'al·legacions presentat pel Lletrat de la Generalitat i

**ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.-** En data 14 de novembre de 2012 l'entitat "SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.", representada pel Procurador Sr. Anzizu Furest, va presentar davant aquest Tribunal escrit mitjançant el qual va interposar recurs contenciós administratiu contra la resolució dictada en data 13 de novembre de 2012 pel Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya de denegació de la vista de l'expedient corresponent a l'adjudicació del contracte de gestió del servei d'abastament d'aigua en alta Ter-Llobregat.

Mitjançant atressí va demanar l'adopció de les mesures cautelars urgents consistents en que es requereixi al Departament de Territori i Sostenibilitat per tal que emeti i lliuri a l'actora els següents documents o informació:

-Llistat de tots els documents continguts a l'expedient administratiu i, en concret, als sobres B (proposició econòmica) i C (oferta econòmica) presentats per l'agrupació licitadora liderada per "Acciona".



-Identificació clara i individual a l'esmentat llistat dels documents que han de ser reputats confidencials amb la consegüent motivació d'aquesta circumstància.

-Trasllat a la recurrent dels documents considerats no confidencials continguts als sobres B i C abans esmentats.

-Que es concedeixi de forma immediata a l'actora tràmit de vista del contingut de sobre C (oferta econòmica) de la proposició presentada per l'agrupació licitadora liderada per "Acciona".

**SEGON.**- Mitjançant interlocutòria de data 16 de novembre es va desestimar l'adopció d'una mida cautelar urgent tot disposant la tramitació de la sol·licitud en peça ordinària i traslladant-la a la demandada als efectes de manifestar-se.

La representació de la Generalitat de Catalunya ha presentat escrit tot oposant-se a la mida cautelar per entendre que no es donen en aquest cas les circumstàncies previstes a l'article 130 de la Llei jurisdiccional.

Ha estat ponent el Magistrat Sr. Eduard Paricio Rallo,.

## FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.** L'article 130 de la Llei jurisdiccional disposa que únicament es podran adoptar mesures cautelars quan l'execució de l'acte pogués fer perdre la finalitat legítima al recurs o causar al recurrent perjudicis de difícil o impossible reparació. Aquest precepte també estableix que es podrà denegar la mesura cautelar quan de la mateixa se'n pogués derivar una pertorbació greu als interessos generals o de tercer.

Aquest plantejament legal reconduïx en definitiva, com ha establert la millor doctrina, als criteris clàssics establerts pel Tribunal Constitucional (STC 148/93, de 29 d'abril) de la ponderació dels interessos en joc, el perill en l'espera i, finalment, l'aparença de bon dret. Un criteri aquest darrer entès de forma restrictiva, això és, referit a l'apreciació que l'objecte del recurs no estigui desproveït a primera vista de qualsevol fonament. En aquest últim sentit, la referència de l'article 130 a la finalitat legítima del recurs. A aquest plantejament ha afegit la jurisprudència els supòsits en els que la estimabilitat del recurs es presenti ja a primera vista com clara; això és, que l'aparença de bon dret sigui manifesta ja des d'un bon principi.

Als criteris esmentats afegeix la Llei el de la pèrdua de finalitat del recurs.

**SEGON.** L'entitat recurrent defensa la procedència de les mides cautelars que sol·licita remarcant el fet que la informació que demana li resulta indispensable per fonamentar el recurs especial en matèria de contractació que es proposa interposar



contra l'adjudicació del contracte. Informació la qual absència no podrà ser corregida per la sentència que en el seu moment es dicti, atès que ja s'haurà exhaurit el termini per interposar aquest recurs. Una situació que a judici de la recurrent no es pot resoldre apel·lant a l'òrgan administratiu de recursos contractuals de Catalunya, en el ben entès que aquest organisme encara ara no ha resolt el recurs especial que va interposar anteriorment en el moment d'obertura de les pliques.

Alhora la recurrent argumenta la il·legalitat que suposa denegar la informació demanada amb infracció de la normativa espanyola i europea en impedir l'exercici de la garantia inherent al recurs esmentat. Considera en aquest sentit que la declaració de confidencialitat de determinats documents no es troba justificada ni podria estar-ho, al menys pel que fa a determinats documents com ara l'oferta econòmica continguda al sobre C.

Per la seva banda, el representant de l'Administració demandada s'oposa a les mides cautelars demandades tot posant èmfasi en el fet que l'actora va poder accedir a la documentació en general, llevat els documents que es van declarar confidencials; documents que entén que no son determinats per a la defensa de la recurrent. Entén en aquest sentit que, respecte el sobre B, la informació es irrellevant atès que l'actora va obtenir millor puntuació i, respecte el sobre C, que l'actora va tenir coneixement del projecte d'explotació en la mida que es va llegir en l'acte públic de la mesa de contractació. Hom afegeix que l'oferta econòmica es calcula en base a criteris estrictament objectius, sense marge de discrecionalitat.

Alhora, la demandada apel·la al principi general d'executivitat dels actes administratius i al fet que no concorren les circumstàncies legalment previstes per a l'adopció de les mides cautelars, especialment tenint en compte el fet que una eventual sentència estimatòria tindria plens efectes. Hom afegeix que les mides cautelars suposen perjudici directe per l'adjudicatària i també per a la prestació d'un servei públic que resulta necessari.

**TERCER.-** D'entrada cal remarcar que l'actual Llei jurisdiccional admet les mides cautelars positives sense restriccions, superant d'aquesta forma la naturalesa revisora que aquesta jurisdicció ha arrossegat des del seu inici. L'article 129 estableix el dret del recurrent a demanar totes les mides cautelars necessàries per assegurar l'efectivitat de la sentència, sense més.

Cal precisar així mateix que, com ja s'ha apuntat, el criteri de l'aparença de bon dret ha de ser aplicat amb molta prudència doncs pressuposa d'un autèntic perjudici sobre el fons del debat processal, perjudici que s'adopta sense sentir a les parts sobre el fons i sense l'oportunitat de provar llurs al·legats. Per altra banda, és cert que la Llei d'Enjudiciament Civil esmenta aquest criteri a l'article 728, però ho fa no com causa determinant de la concessió de la mida cautelar, sinó com un requeriment més que cal complir i que no exclou la necessitat d'acreditar una situació de perill en l'espera. Conseqüentment, el criteri de l'aparença de bon dret ha de quedar constrenyit a situacions molt puntals i justificades. Així ho ha establert la recent jurisprudència (Tribunal Suprem, Sala contencions administratiu, secció tercera, interlocutòria de 18 de juliol de 2006, recurs nº 165/2006).



La valoració del perill en l'espera hauria de ser la raó de fons de la decisió cautelar atesa la seva vinculació amb la ponderació dels interessos en joc, que és el criteri central que disposa la Llei jurisdiccional. En aquest context, correspon a l'actora argumentar i en el seu cas acreditar els danys que invoca, danys que no puguin ser eventualment compensats en el supòsit que el recurs sigui estimat. En aquest sentit, els articles 728.1 i 732.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil condicionen l'adopció de mides cautelars no ja a la invocació d'un dany sinó a la justificació del mateix, justificació que cal fer en el moment de sol·licitud de les mides (article 732.2 in fine LECi).

**QUART.** Doncs bé, en el cas que ens ocupa succeeix que la resolució que s'adopti sobre la mida cautelar demanada condicionarà en bona mida el resultat del procés. En efecte, allò que s'impugna és la denegació de determinada informació referida al procediment de licitació als efectes de fonamentar el recurs especial en matèria de contractació. Segons consta, la resolució d'adjudicació va ser notificada a la recurrent el dia 7 de novembre, de forma que el termini d'interposició del recurs especial transcorre fatalment des d'aquesta data. En aquest context, si s'accedeix a les mides cautelars, l'actora tindrà accés a la informació demanada. Conseqüentment, s'haurà avançat aquesta informació i la sentència haurà perdut el seu sentit. Si més no, l'haurà perdut parcialment si l'actora pretén en aquest procés obtenir informació addicional no inclosa en la mida cautelar demanada.

En cas contrari, la denegació de la mida cautelar suposarà el fet que l'actora haurà de presentar el recurs especial sense disposar d'una informació eventualment transcendent per a la seva defensa.

Aquesta situació atorga una especial rellevància a la mida cautelar que s'hagi d'adoptar i modula en part els criteris que cal valorar. En efecte, si allò que s'està decidint pràcticament amb la mida cautelar és -en tot o en part- el mateix objecte del procés, caldrà prestar una atenció especial al criteri d'aparença de bon dret, més enllà del que normalment correspondria en una situació en el que la mida cautelar no té efecte definitiu o al menys quan aquests efectes son susceptibles de reparació raonable, que no és el cas.

**CINQUÈ.-** Doncs bé, un cop emmarcada la qüestió, cal valorar les següents circumstàncies:

- En primer lloc, convé remarcar la transcendència del recurs especial en matèria de contractació en tant que garantia essencial del contractista. En aquest sentit, la introducció d'aquest recurs ha estat conseqüència de la normativa europea, específicament la Directiva 92/13 i la posterior modificació de la mateixa per Directiva 2007/66. L'exposició de motius de la primera posa èmfasi en el fet que el recurs ha de contribuir al reforç substancial de les garanties de transparència. Alhora, l'article 1 posa de relleu que l'objectiu de la Directiva consisteix en garantir que les decisions adoptades per les entitats contractants poden ser impugnades de manera eficaç.



Aquest imperatiu d'eficàcia del recurs comporta necessàriament la disponibilitat de la informació necessària per fonamentar l'enfocament i l'argumentació de defensa. L'exposició de motius de la segona de les directives esmentades manifesta en aquest sentit que *"el plazo suspensivo debe dar a los licitadores afectados el tiempo suficiente para examinar la decisión de la adjudicación del contrato y evaluar si es preciso iniciar un procedimiento de recurso. Cuando se les notifique la decisión de adjudicación, los licitadores afectados deben proporcionar la información pertinente que les sea esencial en favor de un recurso eficaz. Lo mismo se aplica en consecuencia a los candidatos en la medida en que el poder adjudicador o la entidad contratante no haya facilitado en su momento información sobre la denegación de las solicitudes de aquellos"*.

- No hi ha dubte que l'accés de l'afectat a la informació rellevant és condició necessària per bastir els arguments del recurs especial amb fonament de causa. Una informació que ha d'incloure tant els informes d'avaluació de les ofertes, com el detall dels criteris utilitzats i la forma en que han estat aplicats a cadascuna de les ofertes, però també la informació mateixa de les ofertes que ha estat objecte d'avaluació. L'absència de la informació avaluada pot deixar sense sentit la informació d'avaluació en la mida que aquesta es refereix a aquella. En definitiva, no sols es tracta d'accedir al detall de la valoració sinó també a la proposta valorada, per tal de verificar la correspondència lògica, raonable i proporcionada entre aquesta i aquella. L'accés a aquesta informació per part de l'afectat és una condició òbvia per a l'eficàcia del recurs especial en matèria de contractació. De la mateixa manera que la integritat del dret a la defensa en el sí del recurs jurisdiccional requereix que el recurrent disposi de l'expedient administratiu en el moment de formalitzar la demanda.

- El recurs especial que ens ocupa té una virtualitat significativa per al recurrent en el sentit que suspèn l'adjudicació del contracte i evita una situació de fets consumats - article 45 del Reial Decret legislatiu 3/11-. D'ací la importància especial que aquesta garantia pot tenir per a l'afectat.

- La transparència és un principi general en el capteniment de les administracions públiques -article 3 de la Llei 30/1992 de règim jurídic les administracions públiques i procediment administratiu comú-. Aquest principi es projecta en el dret dels interessats a accedir als expedients administratius i a obtenir còpia dels documents que els integren -article 10 de la Llei 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya i articles 35, 37 i 84 de la Llei 30/92-. En conseqüència, el secret o la confidencialitat de la informació que afecta l'interessat constitueix una excepció en el nostre ordenament.

- La major part de la informació que l'actora reclama en aquesta demanada cautelar no està declarada en sí mateixa com a confidencial. Tan sols la darrera mida referida al contingut del sobre C es refereix a una informació que hom qualifica confidencial. Respecte l'anterior informació, resulta incomprensible hagi estat denegada o que s'hagi limitat l'accés a una mera vista sota vigilància atès el marc legal esmentat a l'apartat anterior.





- Pel que fa al contingut del sobre C, no s'han aportat raons que inicialment abonin la restricció d'accés a qui ostenta un interès competitiu, sense que aquestes raons es desprenguin per si soles de la naturalesa de la informació que ha de contenir aquest sobre.
- El plantejament dels articles 140, 151.4 i 153 del text refós de la Llei de contractes del sector públic sobre la divulgació de la informació de l'expedient de contractació o l'article 20 i correlatius de la Llei 31/07, no constitueixen base per limitar l'accés del licitador a la informació rellevant per a la seva defensa en el cas que ens ocupa.

Cal estar en aquest sentit a allò establert a l'article 46.5 de la mateixa Llei, que es refereix a la garantia de confidencialitat i a la protecció dels secrets comercials, o bé d'altres informacions quan concorrin raons amb suficient cobertura normativa, en el ben entès que aquesta circumstància no implica necessàriament la ocultació de la informació al licitador, que no pot quedar perjudicat en la seva protecció jurídica efectiva i en el seu dret a la defensa en el procediment, segons que estableix expressament l'esmentat precepte.

- La confidencialitat de documents o informació requereix en tot cas una resolució específica per part de l'administració. Una resolució que ha de ser motivada -article 27.3 de la Llei 26/2010-, en el ben entès que aquesta motivació s'ha de fonamentar en el marc legal i ha de ponderar els drets i interessos de privacitat, protecció de dades o altres que podrien resultar afectats.
- En el cas que ens ocupa no s'ha aportat una declaració de confidencialitat en els termes esmentats. Certament consta a l'acta de la compareixença de 13 de novembre una referència en aquest sentit, però ni la resolució va ser lliurada llavors a l'actora, destinatari principal de la mateixa, ni tampoc ha estat aportada a aquest procés per a la seva consideració, essent així que aquesta és justament la qüestió central en el recurs en aquesta peça separada.
- A l'escrit d'oposició no consten raons precises que justifiquin la necessitat objectiva de mantenir la confidencialitat de la informació declarada com a tal, sense que en aquest punt siguin acceptables referències abstractes.

Cal reiterar que inicialment la regla a considerar és la de la transparència de l'Administració i l'accés dels interessats a la informació que els pugui interessar. Per tant, les excepcions han de quedar prou justificades. En aquest sentit, no és suficient la referència genèrica a la informació afectada i a les causes que en abstracte podrien justificar la seva confidencialitat, sinó que cal una anàlisi suficientment descriptiva del contingut de la informació que es considera confidencial, tot argumentant la concreta raó que en cada cas justifica el secret. Fins i tot en aquest cas cal fer un esforç per reduir la informació confidencial al nucli indispensable, tot permetent l'accés a la informació perifèrica.

- La representació de la Generalitat de Catalunya tampoc no ha aportat raons que permetin deduir que el lliurament de la documentació demanada pugui afectar d'alguna manera els interessos públics. Al contrari, la transparència constitueix un



interès públic en si mateix.

D'altre banda, no es pot apreciar que el lliurament de la informació demanada per l'actora pugui tenir ni tan sols l'efecte de retardar la formalització del contracte, doncs l'efecte suspensiu resulta predicable del recurs especial en sí i no del lliurament d'informació de defensa a l'afectat.

Tampoc no es constata que els mides cautelars afectin de forma significativa els interessos de tercers, ni tampoc del licitant doncs, com ja s'ha argumentat, la major part d'informació demanada resulta innòcua, i pel que fa al contingut del sobre C, de la simple descripció del seu contingut no es desprèn que la seva comunicació a l'actora pugui causar perjudici ni s'aporta argumentació circumstanciada en aquest sentit.

Les anteriors raons son els que porten a admetre les mesures cautelars en el cas que ens ocupa.

Atesos els fonaments esmentats i altres d'aplicació general,

## PART DISPOSITIVA

**EL TRIBUNAL HA RESOLT** estimar la sol·licitud de mesures cautelars plantejada per l'actora, tot requerint al Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya per tal que, de forma immediata, posi a disposició de la recurrent la següent informació:

-El llistat de tots els documents continguts a l'expedient administratiu corresponent al contracte de gestió del servei d'abastament d'aigua en alta Ter-Llobregat i, en concret, es continguts als sobres B (proposició econòmica) i C (oferta econòmica) presentats per l'agrupació licitadora liderada per "Acciona".

-La identificació clara i individual a l'esmentat llistat dels documents que han de ser reputats confidencials amb la consegüent motivació d'aquesta circumstància.

-Que traslladi a la recurrent dels documents considerats no confidencials continguts als sobres B i C abans esmentats.

-Que es concedeixi de forma immediata a l'actora tràmit de vista del contingut de sobre C (oferta econòmica) de la proposició presentada per l'agrupació licitadora liderada per "Acciona".

Contra aquesta resolució es pot interposar **recurs de reposició** davant aquest Tribunal, en el termini de **CINC dies**, a comptar des del següent a la notificació. En el recurs cal fer constar la infracció en què la resolució hagi incorregut, segons el recurrent. Si no es compleixen els requisits establerts, el recurs no s'admetrà mitjançant una provisió no susceptible de recurs.

Conforme al que disposa la Disposició adicional quinzena de la LOPJ, per interposar el recurs de reposició, cal constituir un dipòsit de **25 euros**, en el compte de dipòsits i consignacions d'aquest



òrgan judicial, obert a BANESTO, compte expedient núm..0940-0000-85-0356-12, cal indicar en el camp concepte, la indicació "recurs" seguida del codi: "Contenciós-reposició". Si l'ingrés es fa mitjançant una transferència bancària, l'import es remetrà al compte número: **0030-1846-42-0005001274**, indicant en el "concepte" el número de compte de l'expedient referit (16 dígit). En queden exempts, en tot cas, el Ministeri Fiscal, l'Estat, les comunitats autònomes, les entitats locals i els organismes autònoms dependents, cal acreditar, si s'escau, la concessió de la justícia gratuïta.

Així ho acorden, manen i signen els magistrats del Tribunal, de la qual cosa, jo la Secretària, en dono fe.

E/

**DILIGÈNCIA.** - Tot seguit es compleix el que s'ha acordat. En dono fe.

ES COPIA