

LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL CONTENIDA EN LA OFERTA - ARTÍCULO 133.1 DE LA LEY 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Cristina MARTÍNEZ TOLEDO

Técnico de Administración General. Ayuntamiento de Carlet (Valencia)

*Trabajo de evaluación presentado para obtener el certificado de aprovechamiento del
Curso: Contratación pública local. (CEMCI)*

SUMARIO

1. Introducción
2. Transparencia y confidencialidad
 - 2.1. En la normativa de contratación administrativa
 - 2.2. En la normativa de transparencia. Necesidad de criterios unitarios.
3. Requisitos para cualificar una documentación de confidencial
 - 3.1. Los secretos empresariales
 - 3.2. Datos de carácter personal
 - 3.3. La normativa de acceso a la información pública como límite para el acceso a la información
 - 3.4. El Criterio interpretativo 1/2019 de 24 de septiembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, relativo al perjuicio para intereses económicos y comerciales como límite de acceso a la información pública
4. La confidencialidad en el procedimiento de contratación y en particular en la oferta
 - 4.1. La confidencialidad en el procedimiento de contratación
 - 4.2. El análisis por el órgano de contratación de la solicitud de confidencialidad
 - 4.3. La retroacción de actuaciones para la concreción de la confidencialidad por el poder adjudicador
 - 4.4. Recursos
5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ocupa de la confidencialidad de los datos en la contratación pública, en particular de los contenidos en la oferta de los licitadores, cuestión de la que se ocupa el artículo 133.1 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Según el artículo 132.1 LCSP, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

No obstante, este principio no es absoluto y por tanto tiene límites, como la confidencialidad de determinada información que no puede ser objeto de publicidad o libre acceso por proteger otros derechos o intereses legítimos¹.

Por este motivo, dispone el artículo 133.1 LCSP que sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. 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.

Por tanto, aun cuando en palabras de RAZQUIN LIZARRAGA² la LCSP sea una norma que “rezuma transparencia por todos sus poros” en la práctica de la

¹ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, Transparencia y contratación pública, en Anuario de Transparencia Local, 2/2019, págs. 11-47, en pág. 13.

² Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, Capítulo 22. El principio de confidencialidad en la contratación pública, en José María GIMENO FELIU (coordinador), Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Cizuz Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 867-911, en pág. 883.

contratación administrativa hemos de ocuparnos con cautela de la confidencialidad, en orden a no provocar vulneraciones que en su caso podrían dar lugar a responsabilidades, al tiempo que se mantiene la necesaria corrección en la licitación.

Como dice la Resolución 47/2022 de 20 de enero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), ante la existencia de dos bienes protegibles en conflicto (confidencialidad y derecho a la tutela efectiva) habrá de analizarse caso por caso, con el fin de encontrar el justo equilibrio.

2. TRANSPARENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

2.1. En la normativa de contratación administrativa

El principio de confidencialidad tiene su origen en la normativa comunitaria, en la actualidad la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, la cual dispone en su artículo 21.1 que sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Con anterioridad a la LCSP, la normativa española ya se había ocupado de la confidencialidad de las ofertas. Así, el artículo 12 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, no derogado, dispone que el órgano de contratación deberá respetar en todo caso el carácter confidencial de los datos facilitados por los empresarios en cumplimiento de los artículos relativos a la solvencia económica y financiera, técnica o profesional.

Se ocupó asimismo de la confidencialidad el artículo 140 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto

Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPP). La nueva regulación de la vigente LCSP viene a recoger la doctrina del TACRC sobre la confidencialidad, dándole ahora carácter legal³.

Además del artículo 132 LCSP el principio de transparencia aparece reflejado en el artículo 1.1 LCSP, cuando señala como objeto de la misma regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos.

Por otra parte, el artículo 64 LCSP conecta el principio de transparencia con la prevención, detección y solución efectiva de los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, a fin de evitar la distorsión de la competencia y garantizar la igualdad de trato.

Asimismo, la LCSP al regular el perfil de contratante en el artículo 63 establece un régimen extenso de publicidad y de acceso libre, fija la publicación de los contratos menores, procedimientos anulados, composición de mesas y comité de expertos. También, de acuerdo con el artículo 154.7 LCSP (aplicable en el ámbito estatal, según la STC 68/2021 de 8 de marzo) no procede la publicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere que su divulgación resulte contraria al interés público o perjudique intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal. Ello exige previo informe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación.

No obstante, esta transparencia aparece limitada por el principio de confidencialidad, en lo que aquí nos ocupa, del artículo 133 LCSP. Como dice entre otras la Resolución del TACRC 927/2018 de 11 de octubre, “ni el principio de

³ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, Capítulo 22. El principio de confidencialidad en la contratación pública..., pág. 884. También, Álvaro CANALES GIL-Justo Alberto HUERTA BARAJAS, Comentarios a la Ley 9/2017 de contratos del sector público, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018, pág. 169. Para la evolución de esta materia en la norma comunitaria y española, Antonia OLIVARES HORTAL, Confidencialidad y transparencia en la contratación pública, Gabilex-JCCM, nº 7, septiembre de 2016, págs. 59-113.

confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente, que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir”.

Es decir, en palabras de la Resolución del TACRC 149/2018 de 16 de febrero, “en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicado, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario”.

De la misma manera, la LCSP regula la confidencialidad en el acceso al expediente ante la interposición del recurso especial (artículo 56.5), en la información que ha de tener la notificación de las resoluciones de adjudicación (artículo 56.5), así como la contenida en el Registro de Contratos Públicos (artículo 346.5).

2.2. En la normativa de transparencia. Necesidad de criterios unitarios.

La Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTIABG), incluye dentro de la información que ha de ser objeto de publicidad activa en el portal de transparencia (artículo 8.1.a), todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.

Con carácter general dispone el artículo 5.3 LTAIBG que cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos. En particular, en la Resolución del TACRC 646/2017, de 14 de julio se afirma que la disociación de los datos contenidos es una fórmula que posibilita “un satisfactorio equilibrio entre la transparencia del procedimiento y la confidencialidad de las ofertas”, al permitir identificar “las prestaciones en que se basa

la valoración de la oferta, pero sin publicitar datos confidenciales como el nombre y apellidos de los empleados” de la adjudicataria.

Por otra parte, en la llamada publicidad pasiva, los expedientes de contratación pueden ser objeto de solicitud de acceso (artículos 17 y ss, LTAIBG). No obstante, el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga, entre otros, un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, así como el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial (artículo 14.1.h y j). La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso (artículo 14.2).

Por consiguiente, los límites de la transparencia vienen establecidos en dos normas diferentes, porque la solicitud de acceso puede ser pedida tanto por interesados en la licitación como por terceros no participantes.

Se plantea por tanto la cuestión del contenido de la declaración de confidencialidad, en el sentido de si un mismo documento o información puede ser declarado como confidencial por el órgano de contratación y por el tribunal de recursos contractuales (en aplicación de la LCSP) y, por el contrario, puede no ser considerado en igual sentido por el poder público y el consejo de transparencia (en aplicación de la LTAIBG).

El régimen específico de la contratación pública está limitado a licitadores en el procedimiento de licitación. Estamos ante uno de los regímenes especiales a que se refiere la Disposición Adicional 1ª LTAIBG. Dice la Resolución TACRC 282/2018 de 7 de agosto:

“En el presente caso, lo primero que debe analizarse es el procedimiento administrativo aplicable. A tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la LTAIBG, la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo. Para que este precepto sea de

aplicación deben concurrir dos circunstancias simultáneamente: primera, que el solicitante de la información sea interesado y segunda, que la solicitud se haga dentro de un procedimiento específico que se encuentre en curso. En el caso analizado, XXX ha sido empresa licitadora en el procedimiento...Fue precisamente en esta fase de recurso especial cuando la reclamante instó al Ministerio que se le concediera acceso a la documentación...Así, el acceso a la documentación solicitado debe resolverse en vía de recurso especial por el órgano de contratación competente para su resolución, no por este Consejo de Transparencia”⁴

A juicio de RAZQUIN LIZARRAGA, los criterios para declarar la confidencialidad de una misma información, documento o dato deben ser idénticos, se aplique la LTIABG o la LCSP. Los entes del sector público y los consejos de transparencia no pueden utilizar criterios diferentes de los aplicados por los órganos de contratación o por los tribunales de recursos contractuales, porque las causas no son distintas y los criterios de aplicación deben ser igualmente aplicados⁵.

De esta cuestión se ha ocupado el Criterio interpretativo 1/2019 de 24 de septiembre, del CTBG, relativo a la aplicación el artículo 14.1.h) LTAIBG, relativo a perjuicio para los intereses económicos y comerciales, que se tratará con más amplitud en apartado 3.4).

3. REQUISITOS PARA CUALIFICAR UNA DOCUMENTACIÓN DE CONFIDENCIAL

3.1. Los secretos empresariales

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) es el Anexo 1C del Convenio de la Organización Mundial del Comercio (1994) y establece una serie de principios básicos

⁴ Citada por Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, *Acceso y confidencialidad en la contratación pública*, Actualidad Administrativa, n° 1, Abril 2019.

⁵ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, *Transparencia y contratación pública...*, pág. 27.

sobre propiedad intelectual, tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación con el comercio mundial. Dice su artículo 39.2:

“Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos¹⁰, en la medida en que dicha información:

- a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”

Estos criterios han sido asumidos por la Unión Europea, como puede verse en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, asunto T-19/07:

“Los secretos comerciales son informaciones técnicas relativas al «know-how» que no sólo no pueden divulgarse al público, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 1996, Postbank/Comisión, T-353/94, Rec. p. II-921, apartado 87). Para que la información técnica entre, por su propia naturaleza, dentro del ámbito de aplicación del artículo 287 CE, es necesario, en primer lugar, que sólo la conozca un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación puede causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero. Por último, es necesario que los intereses que la divulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección (sentencias

del Tribunal de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429, apartado 71, y de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión, T-474/04, Rec. p. II-4225, apartado 65)”

En transposición al Derecho español, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se ha dictado la Ley 1/2019 de 20 de febrero, de secretos empresariales (LSE).

El artículo 1 la LSE considera secreto empresarial 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.

La LSE, que no trata de manera específica los problemas derivados de la contratación pública, regula la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales (Capítulo II), el secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad (Capítulo III), acciones de defensa de los secretos empresariales (Capítulo IV), así como normas procesales en el orden civil (Capítulo V).

Así, dice la Resolución 38/2016 de 13 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo, propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias». La jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales 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, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (Rec. STS 3243/2012), al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial: «Y esta exclusión incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados».”

Se ha de resaltar que el artículo 133.1 LCSP, al referirse al carácter confidencial de las ofertas, se refiere a los secretos técnicos y comerciales y añade: “a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”.

Es decir, la LCSP especifica además otra información confidencial. En palabras de RAZQUIN LIZARRAGA, estamos aquí un escalón inferior al de secretos empresariales, donde es preciso calibrar de forma precisa donde llega la confidencialidad de dichos datos empresariales. En estos casos, el titular de la información debe ofrecer una rigurosa y detallada justificación del por qué dicha

información, aun no constituyendo un secreto empresarial, incide en la competencia. De ahí que advierte del peligro de las cláusulas de confidencialidad y entiende que se refiere a proyectos incipientes o desarrollados de innovación empresarial, aspecto difícilmente deslindable en la práctica del secreto profesional⁶.

3.2. Datos de carácter personal

Es el propio artículo 133 LCSP el que marca el respeto en todo caso a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En la actualidad rige en la materia el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), así como la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales⁷.

Esta regulación es aplicable a la contratación pública, tanto en la vertiente de publicidad activa, como ante la solicitud de acceso a documentación. Así, la Resolución del TACRC 462/2018 de 8 de junio, dice:

“a lo único que no se dio acceso al recurrente fueron a las identidades de las personas ofrecidas por la UTE adjudicataria y a su información curricular, pues se tratan de datos protegidos en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”

De ahí el cuidado de los operadores administrativos ante el manejo de tal información. Véase a modo de ejemplo la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos 1534/2012. Con motivo de la licitación del servicio de emergencias, el Ayuntamiento expuso en la web de contratación el listado de empleados

⁶ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, *Acceso y confidencialidad en la contratación pública...*, pág. 39.

⁷ Entre otros, OLIVER GARCIA MUÑOZ, *Capítulo XIV. La protección de los datos de carácter personal*, págs. 227-260., en el colectivo *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

en los que figuraban los nombres y apellidos de cada empleado, ligado a la categoría, fecha de ingreso, salario anual y antigüedad. La Resolución consideró que se había producido una conculcación de los principios y garantías establecidos en la normativa de protección de datos.

En todo caso, puede salvarse la confidencialidad con la disociación de datos, de acuerdo con el artículo 15.4 LTAIBG.

Por el contrario, la Resolución del CTBG 534/2017 señala que los nombres de los representantes legales no son datos personales, puesto que son accesorios o incidentales.

3.3. La normativa de acceso a la información pública como límite para el acceso a la información

Nótese que el artículo 133.1 LCSP se inicia con una remisión expresa a la normativa de acceso a la información pública. Como indica RAQUIN LIZARRAGA ello exige que la LCSP sea interpretada a la luz de la LTAIBG y encajada dentro de alguno de los supuestos del artículo 14 LTAIBG⁸.

Por este motivo, el informe de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña de 2 de mayo de 2018, indica que a diferencia del TRLCSP, el artículo 133 LCSP hace referencia a la legislación en materia de acceso a la información. Por tanto, como ya se ha indicado en el apartado 2.2) para determinar la confidencialidad se tiene que tener en cuenta la LTAIBG.

Por un lado, la confidencialidad se producirá cuando se presente una causa de las previstas en este precepto. Por otro lado, el interés público constituye un criterio a

⁸ Dispone el artículo 14.1 LTAIBG que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional; b) La defensa; c) Las relaciones exteriores; d) La seguridad pública; e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) Los intereses económicos y comerciales; i) La política económica y monetaria; j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) La protección del medio ambiente. Entre otros, véase el colectivo *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017 y Lorenzo COTINO HUESO-Andrés BOIX PALOP (coordinadores), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

ponderar en el conflicto entre el acceso y confidencialidad. Como ejemplo la normativa sobre medicamento contiene determinadas cláusulas de confidencialidad aplicables a los contratos públicos fácilmente reconducibles a los intereses económicos y comerciales⁹.

En el mismo sentido, los contratos del sector de defensa, que tienen una regulación especial contenida en la Directiva 2009/81/CE y en la Ley 24/2011 de 1 de agosto, de contratos de sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad¹⁰.

3.4. El Criterio interpretativo 1/2019 de 24 de septiembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, relativo al perjuicio para intereses económicos y comerciales como límite de acceso a la información pública

Este documento tiene como objeto racionalizar la interpretación del artículo 14.1.h) LTAIBG, que establece como límite del acceso a la información pública el perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

A la hora de calificar una determinada información como secreta o confidencial, determina el CTBG que han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- Ha de ser relativa a circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa.
- La información no ha de tener carácter público, es decir, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.
- Debe haber una voluntad subjetiva del titular de la información de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión.
- La voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo interés objetivo que debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar. Por ejemplo, cuando la revelación de la información produzca el detrimento de la competitividad de la empresa titular del secreto frente a sus competidores, debilita la posición de esta en el mercado o le cause un daño económico al

⁹ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, *Transparencia y contratación pública...*, pág. 45.

¹⁰ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, Capítulo 22. *El principio de confidencialidad en la contratación pública...*, pág. 894.

hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial.

El CTBG aplica el llamado test del daño (citado en el Preámbulo de la LTAIBG), donde cada caso debe ser objeto de un estudio individualizado, y de la ponderación de sus circunstancias tal como rige en el Preámbulo de la Ley.

Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información¹¹.

La Resolución 89/2016 de 14 de septiembre del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, se remite a la sentencia n.º 85/2016, de 14 de junio, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Madrid, que dice:

“la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley [LTAIBG], es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación”

Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar.

4. LA CONFIDENCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y EN PARTICULAR EN LA OFERTA

4.1. La confidencialidad en el procedimiento de contratación

Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, de acuerdo con el artículo 139 LCSP. Por tanto,

¹¹ En extenso, sobre el test del daño, Elisa DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO-Carlota TARÍN QUIRÓS, *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Madrid, La Ley, 2014, págs. 246 y sig.

hay una transmisión de información desde la empresa al poder adjudicador, información que puede contener materia que la empresa califique como confidencial.

En consecuencia, la proposición deberá llevar en la solicitud de participación la determinación de los aspectos que designe como confidenciales (artículo 133.1 LCSP).

Es reiterada doctrina, hoy cristalizada en el párrafo segundo del artículo 133.1 LCSP, que el contenido de la solicitud de confidencialidad por parte del licitador no puede alcanzar a toda la documentación. Así, entre otros, la Resolución del TACRC 592/2014 de 30 de julio, califica de fraude de ley la extensión de la confidencialidad a toda la documentación:

“A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario...habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil”

También resulta del todo improcedente extender, la declaración de confidencialidad a la documentación relativa a la proposición económica, cuya apertura se realiza en acto público (Acuerdo 50/2014 de 16 de diciembre del Tribunal de Contratos Administrativos de Navarra).

Más allá de todo lo anterior, en esencia, como se ha explicado en el apartado 3.1), se ha de constatar que la documentación, por su carácter, pueda ser considerada confidencial de forma efectiva. Como dice la Resolución del TACRC 58/2018 de 19 de enero:

“En primer lugar, este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales.
(...)

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

Sigue con ello el criterio marcado por la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de enero de 2017 en el asunto T-189/14 Deza, A.S. contra Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA), donde indica que resulta necesario demostrar que los documentos controvertidos contienen elementos que pueden, con su divulgación, perjudicar a los intereses comerciales de una persona jurídica. Es lo que sucede, en particular, cuando los documentos solicitados contienen información comercial sensible relativa a las estrategias comerciales de las empresas de que se trata o a sus relaciones comerciales o cuando contienen datos propios de la empresa que indican sus conocimientos técnicos (sentencia de 9 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, T-516/11, no publicada, apartados 82 a 84).

Esta regulación, así como la doctrina citada, lleva al planteamiento a desarrollar en el apartado 4.2) de este trabajo, relativo a la ausencia de vinculación del órgano de contratación a la declaración de confidencialidad realiza por el licitador y la posibilidad de no considerar como tal la misma.

La otra cara de la moneda es el respeto por parte del contratista de la documentación confidencial a la que tenga acceso por la ejecución del contrato. Es aquello llamado por TERÓN SANTOS confidencialidad a sensu contrario¹². Dispone el artículo 133.2 LCSP que el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el

¹² Daniel TERRÓN SANTOS, *Las particularidades del recurso especial en contratación y su relación con la transparencia*, Contratación Administrativa Práctica, nº 163, 2019, págs.. 58-76.

contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

De esta manera, la obligación de confidencialidad se fija de manera bilateral, refiriendo el término tanto para la Administración como para el operador económico¹³.

4.2. El análisis por el órgano de contratación de la solicitud de confidencialidad

Según se ha indicado, el órgano de contratación no está vinculado por la declaración de confidencialidad que realiza el licitador. De esta manera, si no la acepta, de manera total o parcial, la documentación no será confidencial.

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2021 (asunto C-927/19) dice que el órgano judicial está obligado, como sucede en el ámbito del recurso especial de contratación, a sopesar y ponderar si la información es confidencial, y realizada dicha ponderación adoptar una resolución motivada (controlando la motivación otorgada en vía administrativa) y, en su caso, denegando el derecho al acceso completo al expediente si con ello se afecta a un derecho fundamental o alternatively debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si el Derecho nacional lo autoriza.

Indica CASTILLO BLANCO que las nuevas resoluciones de la justicia europea vuelven a abordar el alcance del principio de confidencialidad y su difícil y no siempre pacífico encaje con los principios de publicidad y transparencia que eso sí, constituyen la regla mientras que la confidencialidad debe ser la excepción, como recientemente ha subrayado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de marzo de 2022 (rec. 324/2019)¹⁴.

¹³ Antonia OLIVARES HORTAL, *Confidencialidad y transparencia en la contratación pública...*, pág. 85.

¹⁴ Federico CASTILLO BLANCO, *De nuevo sobre la confidencialidad de las ofertas. A propósito de la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022 (asunto C 54/21)*, 30 de noviembre de 2022, en el blog: <https://www.acalsl.com/blog/2022/11/confidencialidad-de-las-ofertas-sentencia-tjue> (consultado el 14 de mayo de 2024).

Escribe RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO que le corresponde al órgano de contratación la obligación de no divulgación de la documentación designada como confidencial por los licitadores. No obstante, recae también sobre dicho órgano de contratación la compleja obligación de decidir cuál es la documentación o información concreta que tendrá carácter confidencial, que deberá realizar de forma debidamente motivada y justificada¹⁵. Sin perjuicio de que las proposiciones sean secretas hasta el acto de apertura¹⁶.

Como se indicó en la Resolución del TACRC 592/2014 de 30 de julio (citada en el apartado 4.1), puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la normativa de contratación y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia licitadora, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial fundado.

Es decir, el órgano de contratación ha de hacer esta designación con carácter previo, en la propia proposición, cuando todavía nadie pretende el acceso a esta

La sentencia 127/2022 de 11 de marzo del TSJ de Aragón, Sección 1ª, recurso 324/2019, recurre el Acuerdo 21/2019 de 27 de mayo del Consejo Aragonés de Transparencia de acceso por un sindicato a información relativa a datos sobre condiciones laborales y salariales de los trabajadores. Consideró la información no amparada por la cláusula de confidencialidad del artículo 140 TRLCSP.

¹⁵ María Carmen RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, *Secreto, transparencia, confidencialidad y protección de datos en la contratación pública. Estudio de las resoluciones de los tribunales administrativos de contratación y del consejo de transparencia y buen gobierno y órganos equivalentes*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2020, núm. 24, págs. 150-191.

¹⁶ Esta cuestión lleva al problemático asunto del rechazo de proposiciones presentadas en sobre distinto. La Resolución del TACRC 261/2016 de 15 de abril, dispone que la exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación (Resoluciones 89/2015 y 1082/2015, entre otras). Antes bien, antes de expulsar a un candidato del procedimiento, debe analizarse si se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación.

En el supuesto a que se refería la Resolución, la exclusión de la empresa seleccionada supondría, a la postre, invalidar, so pretexto de una hipotética contaminación del personal técnico, una adjudicación que, sustancialmente, se ha basado en criterios objetivos, de cuya aplicación no se ha formulado reparo alguno.

información, mediante indicación concreta de qué documentos o partes del mismo o información tiene este carácter de confidencial (Resolución del TACRC 363/2020 de 12 de marzo).

Como escribe RAZQUIN LIZARRAGA, se observa una conducta bastante generalizada en los órganos de contratación de falta de motivación, limitándose a aceptar la confidencialidad alegada por el licitador afectado, normalmente, el adjudicatario¹⁷. Así, siguiendo la Resolución TACRC 710/2014 de 26 de septiembre, teniendo en cuenta la doctrina de este Tribunal, que como se puede observar tiene el carácter de reiterada, la única conclusión posible es que el órgano de contratación debió realizar un esfuerzo suficiente para delimitar qué partes de la documentación de cada licitador era confidencial. Al no hacerlo ha vulnerado el derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado.

Dispone la Resolución TACRC 668/2019 de 20 de junio:

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

Es el concepto de confidencialidad bidireccional a que se refiere la Resolución 114/2016 de 11 de marzo:

“Como ya expusimos en nuestra anterior resolución sobre esta cuestión este precepto consagra el denominado principio de confidencialidad bidireccional, que en la vertiente relativa a la información suministrada por el

¹⁷ Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, *Transparencia y contratación pública...*, pág. 25.

contratista garantiza la protección de los secretos técnicos o comerciales y de los aspectos confidenciales de las ofertas, de modo que el órgano de contratación debe respetar esa información y no divulgarla”

Por lógica, esta decisión relativa a la confidencialidad puede ser revisada por los órganos jurisdiccionales y por tanto confirmar o no la idoneidad de la misma. Así, la sentencia 2336/2020 de 18 de noviembre, del TSJ de Andalucía (Sevilla), Sección 1ª, recurso 439/2018, confirma la Resolución del TACRC 212/2018, que desestimó recurso frente a la adjudicación de servicio de limpieza viaria:

“La invocación genérica del derecho a la información no ampara conforme a la normativa y doctrina anteriormente expuesta la relativa al know how y basta una lectura del índice de documentación en relación a la excluida, para comprender se trata de información sensible relativa al proyecto relacionado con costes de prestación del servicio y sus resultados elaborados sobre la base de conocimientos adquiridos por la adjudicataria XXX a lo largo de sus años de experiencia en el sector. Se trata por tanto de datos estratégicos que proporciona una ventaja en el mercado y por tanto sobre el resto de licitadores. Es por ello que preservando la confidencialidad de la oferta de XXX, el órgano de contratación ha cumplido las exigencias legales, sin merma del derecho de información que ha permitido a la actora formular el recurso especial y el actual con conocimiento de los criterios de valoración aplicado a cada uno de los licitadores en relación a lo dispuesto en el pliego y demás elementos para articular su defensa incluyendo nuevos motivos de anulación y exclusión de la adjudicataria”

Como indica el informe 15/2012 de 19 de septiembre la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente.

Esta situación obliga al licitador a un previo juicio de valor sobre la necesidad de proteger esta información, pero antes deberá requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales¹⁸.

Por consiguiente, se puede constatar que en ocasiones el órgano de contratación no considera bastante justificada la confidencialidad planteada por el licitador. Como dice la Resolución del TACRC 616/2019 de 6 de junio, es obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar que la documentación aportada es confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada.

De esta manera, la Resolución del TACRC 927/2018 de 11 de octubre configura la alegación de confidencialidad como una carga de la prueba que se debe motivar por quien la propone.

En este sentido, la sentencia 3389/2023 de 18 de octubre, del TSJ de Cataluña, Sección 5ª, recurso 2339/2021, no considera confidencial una información así declarada por el TACRC. Considera el TSJ que la localización de un parque auxiliar no tiene este carácter:

“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 (...)”. Desde luego no parece que la información de la localización de un parque de estas características pueda tener la capacidad de falsear la competencia, afectando aspectos confidenciales que puedan ser utilizados para ello”

A título de ejemplo, pueden verse los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de la Diputación de Valencia de 30 de enero y 27 de marzo de 2018.

En la licitación de un servicio, una de las empresas participantes solicita ver la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor aportadas por las otras empresas participantes (Sobre 2).

¹⁸ Roberto CARRODEGUAS MÉNDEZ, *La confidencialidad de las ofertas en el expediente de contratación*, en: <https://www.jaimepintos.com/la-confidencialidad-de-las-ofertas-en-el-expediente-de-contratacion/> (consultado el 14 de mayo de 2024).

En base a ello, la Junta de Gobierno, mediante acuerdo de 30 de enero decide dar trámite de audiencia a las empresas licitadoras para que concretaran los apartados o fragmentos de la Memoria Técnica que califiquen expresamente de confidenciales y motiven los hechos que originen dicha confidencialidad, justificar la confidencialidad y de qué manera afecten a sus respectivos secretos técnicos o comerciales por perjudicar intereses comerciales legítimos o la competencia leal entre ellas.

Una vez transcurrido el plazo y presentadas las alegaciones, se emitió un informe por parte del Servicio de Proyectos Técnicos de Patrimonio, donde analizó este carácter de confidencial de los Sobres 2. En el informe se significa que ciertas informaciones señaladas como confidenciales por las empresas no pueden ser consideradas como tales.

Para ello, el informe indica que en algunos puntos por parte de la empresa se ha presentado una motivación generalista, sin especificar aspectos concretos o la falta de cualquier conocimiento concreto o hecho diferencial que justifique una declaración objetiva de confidencialidad

En base a este informe, mediante nuevo acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de marzo de 2018 se decidió determinar qué partes de las ofertas del Sobre 2 eran verdaderamente confidenciales, y cuáles no, al no haberse justificado dicho carácter en el plazo de audiencia.

4.3. La retroacción de actuaciones para la concreción de la confidencialidad por el poder adjudicador

Según se ha explicado en el apartado anterior, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos confidenciales, siendo necesario que se justifique en el expediente. Y cómo esta situación obliga al licitador a un juicio de valor sobre la necesidad de proteger esta información, eso sí, previo requerimiento al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales.

Puede observarse en los tribunales administrativos de contratación el criterio de la devolución de las actuaciones al órgano de contratación al efecto de que requiera al licitador la concreción de los documentos que considera confidenciales y las razones en que lo fundamenta, para resolver después de forma motivada, más allá de una mera afirmación general de proteger sus legítimos intereses empresariales y comerciales.

Es clara en este sentido la Resolución TACRC 58/2018 de 19 de enero:

“...este Tribunal constituye una instancia de carácter revisor, que no puede hurtar al órgano de contratación su competencia para revisar la documentación presentada por la adjudicataria y, a la vista de las alegaciones y justificaciones que efectúe XXX, determinar qué parte de su oferta es verdaderamente confidencial y por ello vedado su acceso al otro licitador, y qué parte no. Solo cuando ese análisis haya sido efectivamente realizado por el órgano de contratación, podrá este órgano entrar a revisar si resulta conforme con arreglo a la normativa reguladora de la contratación pública. De este modo, se ha de ordenar, en línea con lo solicitado por el recurrente, la retroacción del expediente al momento de notificación de la adjudicación para que, a la vista de la solicitud de acceso al expediente efectuada por YYY, el órgano de contratación requiera a XXX para que ésta manifieste, con aportación de las justificaciones que considere pertinentes, que documentos de su oferta considera confidenciales por contener secretos técnicos o comerciales, en el sentido referido en esta resolución..., debiendo el órgano de contratación pronunciarse sobre la misma”

Esta retroacción de actuaciones se ha de producir también cuando tras una declaración genérica de confidencialidad de la documentación por una empresa, el órgano de contratación la declara no confidencial, sin darle oportunidad de concretar. Dice el TACRC en la Resolución 558/2020 de 23 de abril:

“Se verifica, pues, un exceso de la declaración de confidencialidad efectuada por la recurrente, que el órgano de contratación, frente a la petición de

acceso al expediente del competidor excluido, puede reducir a lo que efectivamente sea confidencial con arreglo al artículo 133 de la LCSP.

Ahora bien, no corresponde al órgano de contratación atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, sino a éste, si bien el órgano de contratación, a instancia de otro interesado que pida acceso a esa información, puede concretar qué es efectivamente confidencial de lo declarado como tal por el licitador, pero para ello debe, en todo caso, requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales en aquellos

En nuestro caso, es evidente que el órgano de contratación no ha requerido a la recurrente para que concretara qué información era realmente y en concreto confidencial, y por qué habiéndose limitado a denegar unilateralmente una confidencialidad que corresponde declarar al interesado, eso sí, siempre que efectivamente se trate de informaciones amparables en la confidencialidad con arreglo a la norma que ampara esa declaración que es el artículo 133 de la LCSP. Por tanto, se ha producido exceso por parte del órgano de contratación al omitir el citado trámite de requerimiento al interesado”

Un paso más realiza el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en su Acuerdo 42/2014 de 16 de diciembre. Al igual que en los supuestos anteriores, decide la retroacción del procedimiento al trámite de acceso al expediente por parte de los interesados, pero el propio Acuerdo señala que cierta documentación no puede tenerse por confidencial y marca algunos criterios a seguir por el órgano de contratación.

4.4. Recursos

La garantía de la confidencialidad se mantiene en el recurso especial en materia de contratación. Así, el artículo 56.5 LCSP dispone que el órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en

el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

Ello se desarrolla en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del TACRC, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre. Así, en su artículo 16.1, al regular el acceso al expediente para la interposición del recurso especial, lo hace “sin perjuicio de los límites de confidencialidad”.

De la misma manera, en cuanto a la remisión del expediente, su artículo 28.2 indica que se incluirán en el mismo los documentos declarados confidenciales por los licitadores haciendo constar este carácter en el índice y en el lugar del expediente donde se encuentren dichos documentos.

De estos preceptos de la LCSP y RD 814/2015 extraen los tribunales administrativos de recursos contractuales el derecho de acceso al expediente como un derecho instrumental vinculado a la resolución impugnada¹⁹.

Así, la Resolución 285/2020 de 4 de junio, dice que, 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.

A este respecto, (continúa la Resolución 285/2020) se remite a la Resolución nº 144/2020, de 30 de enero de 2020:

“...dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la

¹⁹ María Carmen RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, *Secreto, transparencia, confidencialidad y protección de datos en la contratación pública...*, pág. 177.

motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación...la recurrente ha tenido acceso al expediente administrativo, en concreto: al informe técnico en que se fundamenta la propuesta de adjudicación de la Mesa de Adjudicación, a la propuesta de adjudicación, al acuerdo de adjudicación y a las partes de la oferta que no fueron declaradas confidenciales...Por otra parte, la recurrente no ha justificado la necesidad de acceso a las partes de la oferta de la adjudicataria declaradas como confidenciales y de la lectura del recurso interpuesto se infiere que ha tenido toda la información necesaria para la interposición del mismo”.

Es decir, se ha motivar por el recurrente la necesidad de acceso a tal documentación. Esta situación lleva incluso a la Resolución del TACRC de 1 de julio (confirmada por la sentencia 103/2023 de 23 de marzo del TSJ de La Rioja, recurso 146/2021) a decir que la solicitud de acceso del recurrente al expediente de contratación de formuló genérica y globalmente, sin especificar motivos por los que pretendía acceder ni justificarlos, y concluye que “el recurrente, más que acceder al expediente lo que pretende es acceder a la oferta de otro licitador”.

5. CONCLUSIONES

1) El principio de transparencia de la LCSP no es absoluto y uno de sus límites es la confidencialidad de información que no puede ser objeto de publicidad o libre acceso por proteger otros derechos o intereses legítimos, en los términos del artículo 133.1 LCSP. Con carácter general, hemos de remitirnos a la Ley 1/2019 de 20 de febrero, de secretos empresariales y al Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016).

Por tanto, los operadores administrativos han de actuar con cautela en relación a la confidencialidad, en orden a no provocar vulneraciones que en su caso podrían dar lugar a responsabilidades, al tiempo que se mantiene la necesaria corrección en la licitación. En palabras de la Resolución del TACRC 149/2018 de 16 de febrero, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicado, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

2) Los parámetros para declarar la confidencialidad de una misma información han de ser idénticos, se aplique la LTAIBG para terceros interesados, o la LCSP para participantes en la licitación. En este sentido, hemos de remitirnos al Criterio 1/2019 de 24 de septiembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y en particular al llamado test del daño.

3) El órgano de contratación no está vinculado por la declaración de confidencialidad del licitador. De esta manera, si no la considera como tal la documentación no será confidencial.

Por tanto, recae sobre el órgano de contratación la compleja obligación de decidir cuál es la información concreta que tendrá carácter confidencial, que deberá realizar de forma motivada y justificada.

4) En todo caso, antes de la emisión de ningún juicio de valor por parte del órgano de contratación sobre la necesidad de proteger la información, ante el planteamiento de cualquier solicitud de acceso, se ha de requerir al licitador para que motive qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales.

Ante la ausencia de este trámite, puede observarse en el TACRC el criterio de la devolución de las actuaciones al órgano de contratación al efecto de que requiera al licitador para que motive la confidencialidad y se pronuncie después el órgano de contratación sobre la misma.

El licitador debe concretar los documentos que considera confidenciales y las razones que lo fundamentan, más allá de una mera afirmación general de protección de sus legítimos intereses empresariales y comerciales.

5) La doctrina del TACRC configura el derecho de acceso al expediente con un carácter instrumental, como un presupuesto del derecho de defensa del licitador. Por ello concluye 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 y se ha de motivar por el mismo la necesidad de acceso a tal documentación.

BIBLIOGRAFÍA

CANALES GIL, Álvaro; HUERTA BARAJAS, Justo Alberto. *Comentarios a la Ley 9/2017 de contratos del sector público*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, Roberto. *La confidencialidad de las ofertas en el expediente de contratación* [en línea]. Disponible en: <https://www.jaimepintos.com/la-confidencialidad-de-las-ofertas-en-el-expediente-de-contratacion/> [consulta: 14 mayo 2024].

CASTILLO BLANCO, Federico. *De nuevo sobre la confidencialidad de las ofertas. A propósito de la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022 (asunto C-54/21)* [en línea]. 30 noviembre 2022. Disponible en: <https://www.acalsl.com/blog/2022/11/confidencialidad-de-las-ofertas-sentencia-tjue> [consulta: 14 mayo 2024].

COTINO HUESO, Lorenzo; BOIX PALOP, Andrés (coords.). *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa; TARÍN QUIRÓS, Carlota. *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Madrid: La Ley, 2014.

GARCÍA MUÑOZ, Oliver. “La protección de los datos de carácter personal”. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, pp. 227-260.

OLIVARES HORTAL, Antonia. “Confidencialidad y transparencia en la contratación pública”. *Gabilex-JCCM*, 2016, nº 7, pp. 59-113.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. “El principio de confidencialidad en la contratación pública”, en: GIMENO FELIU, José María (coord.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 867-911.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. “Transparencia y contratación pública”. *Anuario de Transparencia Local*, 2019, nº 2, pp. 11-47.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. “Acceso y confidencialidad en la contratación pública”. *Actualidad Administrativa*, 2019, nº 1, abril.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María Carmen. “Secreto, transparencia, confidencialidad y protección de datos en la contratación pública”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2020, nº 24, pp. 150-191.

TERRÓN SANTOS, Daniel. “Las particularidades del recurso especial en contratación y su relación con la transparencia”. *Contratación Administrativa Práctica*, 2019, nº 163, pp. 58-76.

ANEXO DE ABREVIATURAS

ADPIC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Anexo 1C del Convenio de la Organización Mundial del Comercio (1994)

CTBG: Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

LCSP: 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LSE: Ley 1/2019 de 20 de febrero, de secretos empresariales (LSE).

LTAIBG: La Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

TRLCSPP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.