



CONSULTA 092/2024, de 24 de octubre de 2024. Extensión de la confidencialidad de las ofertas y su necesaria ponderación con el derecho de acceso al expediente.

CONSULTA (discurso directo)

“Consulta general: ¿Se considera confidencial la documentación presentada fuera de los sobres a falta de declaración expresa de confidencialidad?”

Consulta específica: Ante un supuesto de oferta anormalmente baja, si la empresa licitadora no hace manifestación expresa acerca de qué documentos justificativos o partes de los mismos es confidencial:

- *¿Se considera confidencial la documentación presentada para justificar la oferta anormalmente baja?*
- *¿Se puede dar acceso a esa documentación justificativa, sin restricciones, a otras empresas licitadoras en caso de que lo soliciten?*
- *¿Debe la Mesa de Contratación realizar una consulta a la licitadora a efectos de subsanar la falta de declaración expresa de confidencialidad?”.*

El servicio infocontrataCLM, requiere aclaración de la consulta en los siguientes términos:

“Para poder atender a su consulta, se requiere que el consultante exprese el caso concreto al que se está refiriendo cuando señala que si la empresa licitadora no hace manifestación expresa acerca de qué documentos justificativos o partes de los mismos es confidencial”.



El consultante, aclara lo siguiente:

“El caso concreto al que nos estamos refiriendo es el siguiente:

Una vez que han sido analizadas por la Mesa las ofertas económicas presentadas por los licitadores en una licitación, se detecta que una de las ofertas presentadas se encuentra incurso en presunción de anormalidad.

A estos efectos, la Mesa efectúa requerimiento a la licitadora para que, en su caso, presente la documentación que estime oportuna a los efectos de justificar las condiciones de la oferta que hayan determinado el bajo nivel del precio ofertado.

En caso de que no se indique por la empresa licitadora qué documentación de la facilitada en el requerimiento es confidencial, ¿cómo debe proceder la Mesa en caso de que dicha documentación sea requerida por otra empresa licitadora?”.

RESPUESTA

Se plantean por el consultante diversas cuestiones relacionadas con la confidencialidad de las ofertas por lo que debemos partir, en primer lugar, de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP, en lo sucesivo):

“1. 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.



El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

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

No obstante, este derecho de confidencialidad no es absoluto si no que, aparte de las exigencias del citado artículo 133, debe ponderarse con otros principios garantizados en la propia LCSP, como el de transparencia o el de acceso al expediente. En relación a este último, el artículo 52.1 de la LCSP señala : *“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley”.*

Sobre el carácter instrumental del principio de confidencialidad y la necesidad de ponderación con otros principios, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), como por ejemplo, en la Resolución nº 741/2018:



“Según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de 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. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad.

(...).

A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP (actual artículo 133 de la LCSP) garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores (...), 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”.

De igual modo, resulta ilustrativa la Resolución nº 232/2023, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias:

“(...) si bien el principio de confidencialidad de las ofertas debe inspirar toda la contratación pública europea en garantía de los secretos técnicos o comerciales en los que se basen las distintas soluciones propuestas por los operadores económicos, tal principio ha de ser necesariamente ponderado con los de transparencia de las actuaciones de los poderes adjudicadores y de protección del derecho de defensa efectiva de aquellas licitadoras cuyas ofertas resulten descartadas, al objeto, por una parte, de poner a disposición de estas últimas la información precisa relativa a las razones en las que se fundamente la adjudicación -en especial, la que se refiera a aquellos aspectos de la oferta seleccionada que supongan, a juicio de los técnicos del órgano de contratación, una ventaja con respecto a las restantes proposiciones presentadas-, y, por otra parte,



de que dichas interesadas cuenten con todos los elementos necesarios que les permitan interponer, en su caso, el recurso que corresponda.

La ponderación de los principio de confidencialidad, transparencia y protección del derecho de defensa efectiva, o lo que es lo mismo, la ponderación entre el derecho de los interesados a una buena administración y el derecho a la protección de los datos e informaciones de carácter confidencial, ha de llevarse a cabo por los órganos de contratación en dos momentos distintos de la tramitación de los expedientes contractuales, a saber: en el momento de comunicar la información relativa a las razones en las que se fundamente la adjudicación del contrato licitado (artículo 155 de la LCSP), y en el momento en la que un operador económico interesado en impugnar la misma, solicite, como trámite previo a la interposición del recurso especial, el acceso al expediente contractual (artículo 52 de la LCSP).

Por tanto, ha de concluirse que, aunque corresponde a los licitadores declarar qué documentos o partes de su oferta consideran que tienen el carácter confidencial, es el órgano de contratación el que, llegados a los antedichos momentos procedimentales, ha de determinar si aquellos se refieren a secretos industriales, técnicos o comerciales o a cualquier otra información que pueda afectar a la competencia leal entre las empresas y, consecuentemente y de conformidad con lo previsto en el artículo 155.3 de la LCSP, decidir trasladar o no la indicada información a los candidatos o licitadores no seleccionados que la soliciten, o conceder o no el acceso a la parte de las ofertas declaradas como confidenciales a aquel interesado que pretenda interponer recurso especial en materia de contratación. Tales decisiones, sin duda alguna, deberán adoptarse por los órganos de contratación de forma motivada, exponiendo las razones en las que se fundamente la determinación del carácter confidencial o no confidencial de la oferta, para lo que ha de tener en cuenta que, tal y como dispone el artículo 133.1 de la LCSP, la indicada condición no puede extenderse a la totalidad de la misma (...)”.



Finalmente, la resolución 864/2021 del TACRC, trata de concretar lo que se entiende por secretos profesionales o comerciales a los que se refiere el artículo 133.1 de la LCSP:

“En este sentido cabe recordar que, al ocuparse del alcance del artículo 133 de la LCSP, 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 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”.

De igual modo que el principio de confidencialidad, el derecho de acceso al expediente por parte de los interesados, también tiene carácter instrumental, tal y como se ha señalado y como recuerda la reciente Resolución nº 1058/2024 del TACRC:

“Por otra parte, una vez más debemos recordar que el acceso al expediente, que no tiene, en cualquier caso, carácter ilimitado, tiene carácter instrumental como dijimos en la resolución 566/2024:

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

Así, podemos extraer de todo lo anterior, que la confidencialidad -que no es absoluta y que deberá ponderarse con otros principios- se configura como un derecho de las licitadoras a que determinados elementos o documentos relacionados con la oferta se mantengan secretos al resto de participantes en el procedimiento de contratación. Esta confidencialidad, también, se puede extender a otros documentos del expediente como es el caso del supuesto que nos ocupa: la justificación de la oferta anormalmente baja, pues este documento, perfectamente, podría contener información que pueda configurarse como tal por parte de la licitadora; además, deviene de la propia oferta, pues trata de justificar que la empresa está capacitada para



ejecutar la prestación en los términos acordados, aun cuando el precio ofertado pudiera incurrir en causa de anormalidad, como ocurre en este supuesto.

En este caso, plantea el consultante cómo debe actuar la Mesa de Contratación ante una solicitud de acceso al expediente en relación con la justificación de una oferta anormalmente baja por otra licitadora que no ha concretado qué extremos se consideran confidenciales. Al respecto, es interesante traer a colación la Resolución nº 558/2020 TACRC, que trata sobre un supuesto de hecho similar (el resaltado es nuestro):

7

*“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 casos como el presente en que la declaración de confidencialidad haya sido genérica.***

*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.***

*Por otro lado, como hemos señalado anteriormente, el acceso al expediente por parte de los licitadores tiene un carácter instrumental, limitado a los aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso. Por lo tanto, **solo cabe revisar la declaración de confidencialidad efectuada por un licitador, y dar acceso a datos declarados confidenciales por éste (en nuestro caso el adjudicatario), cuando sea preciso para la defensa de los intereses de la peticionaria de acceso y en relación a aquellos datos que estén vinculados con su interés en el***



procedimiento para fundar su recurso o su intención de recurrir, lo que exige que el interesado lo explicite y concrete en su petición de acceso, y siempre que efectivamente no sean merecedores tales datos de la protección de la confidencialidad.

En nuestro caso, la peticionaria de acceso, INDUSAL CENTRO, no indicó ningún concreto interés que precisase el acceso a la información declarada confidencial por la adjudicataria, y, además, carece de todo interés, ya que fue excluida del procedimiento al no haber presentado oferta (la presentó a nombre de otra empresa, lo que determinó que la Mesa rechazase su oferta), lo que impide, no solo darle acceso, en su caso, a la información confidencial, sino también entrar a revisar si esa información es realmente merecedora de esa protección legal”.

De esta manera, y en relación al supuesto que nos ocupa, si el órgano de contratación tiene dudas acerca de qué parte de la documentación presentada por la licitadora se debe considerar confidencial, deberá requerir a la misma para que precise dicha información. Asimismo, y en relación con la petición de acceso al expediente, el propio órgano de contratación deberá requerir a la solicitante para que concrete y justifique los datos que tiene interés en visualizar, que deben estar vinculados con su intención de recurrir, respetando los límites de la documentación o parte de la misma previamente calificada como confidencial.

En cualquier caso, en última instancia, será el órgano de contratación quien, una vez aclarado por la contratista los extremos que considere como confidenciales, y a efectos de la solicitud de acceso al expediente, determine qué extremos han de calificarse como confidenciales y decida, de forma motivada, a qué documentación puede o no dar acceso a la peticionaria. A este respecto, no hay que olvidar la previsión del artículo 52.1 de la LCSP: “1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley”.

Como **conclusión** a todo lo anterior, podemos señalar que, la declaración de confidencialidad se puede extender a otros documentos que no formaron parte de la oferta originaria, como el de la justificación de la baja temeraria de la propia oferta. Por su parte, y ante una declaración genérica de confidencialidad o que no determine con exactitud los extremos a los que pueda



afectar, el órgano de contratación deberá requerir a la licitadora para que los concrete. Una vez realizado esto, y ante una petición de acceso al expediente (que, como hemos indicado, la interesada deberá señalar los datos a los que pretende acceder, vinculados a un posible recurso), el órgano de contratación deberá fijar, en último término, a qué documentos, o parte de los mismos, otorga acceso o no a la peticionaria, ponderando, de esta manera, los derechos de confidencialidad, acceso al expediente y transparencia.

Finalmente, indicar que, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

**EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN**