

III CONGRESO ANUAL DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA CONFIDENCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

ZARAGOZA 6 NOVIEMBRE 2019



IDEAS BÁSICAS

- ❖ **Transparencia y confidencialidad: principios de la contratación pública.**
- ❖ **LCSP 2018: puesta en valor de la transparencia.**
- ❖ **Acercamiento de la LCSP a la LTAIBG.**
- ❖ **Diversidad de datos:**
 - ❖ **Datos personales: Reglamento (UE) 2016/679 y LOPDGDD.**
 - ❖ **Datos no personales: Reglamento (UE) 2018/1807: Orientaciones en COM (2019) 250 final de 29.05.2019.**
 - ❖ **Datos empresariales: Directiva (UE) 2016/943 y Ley 1/2019.**
- ❖ **Diferencias entre:**
 - ❖ **Publicidad activa:**
 - ❖ **Publicidad en Portal de transparencia.**
 - ❖ **Publicidad en Plataforma de Contratación del Sector Público.**
 - ❖ **Acceso:**
 - ❖ **acceso de los interesados (licitadores)**
 - ❖ **acceso de las demás personas (ciudadanos y empresas).**

TRANSPARENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

❖ **TRANSPARENCIA:**

- ❖ Principio general de toda actuación del sector público (UE: Carta DFUE y art. 3 LRJSP 40/2015 y LTAIBG 2013).
- ❖ Marco general español: LTAIBG, con referencia expresa a los contratos públicos.
- ❖ Principio general de la contratación pública (Directivas y LCSP). También garantiza los demás principios: igualdad, no discriminación y libre competencia ([Ver Recomendación JCCAAr. 1/2014 sobre transparencia en la contratación pública](#)).
- ❖ Transparencia unida a integridad y lucha contra la corrupción.

❖ **CONFIDENCIALIDAD:**

- ❖ Principio general que protege bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público.
 - ❖ Protección de la innovación y el know how empresarial.
 - ❖ Protección de la competencia honesta y leal.
 - ❖ Principio general específico de la contratación pública.
- ❖ Ni transparencia (acceso) ni confidencialidad son principios o derechos absolutos: [Res. 927/2018](#), [360/2019](#) y [1107/2019 TACRC](#).

DOS RÉGÍMENES JURÍDICOS: LCSP Y LTAIBG

- ❖ **RÉGIMEN GENERAL:** LTAIBG: todas las personas. Sin acreditar interés: **Res. CTBG 27/03/2017.**
- ❖ **RÉGIMEN ESPECÍFICO:** Directivas de 2014 y LCSP: limitado a los licitadores y candidatos participantes en un procedimiento de adjudicación. Necesidad de legitimación. **Res. 282/2018 CTBG: desestimación licitadora que va por vía LTAIBG; remisión a los TARC, por D.A. 1ª LTAIBG.**
- ❖ **Acercamiento de la LCSP a la LTAIBG:**
 - ❖ **Art. 154.7:** necesidad de acudir al CTBG. Aplicación por **Informe 1/2018 del Consejo de Transparencia de Aragón.**
 - ❖ **Acceso al Registro de Contratos (art. 346.5):** remisión a LTAIBG.

TRANSPARENCIA GENERAL: LTAIBG

- **Publicidad activa (art. 8.1 a) LTAIBG):** Publicidad **mínima** que debe ofrecerse en Portal de transparencia
- **Publicidad pasiva: derecho de acceso (arts. 12 y ss. LTBG):** derecho de **titularidad universal** de **todas** las personas físicas y jurídicas, a **todos** los contenidos y documentos en poder de las Administraciones Públicas, sin que deban mostrar un interés: simple solicitud de acceso.
- Son dos caras de la misma moneda: **Res. CTBG 7/03/2017.**
- **LÍMITES** (arts. 14 y 15 LTBG): entre los que destacan:
 - Los **intereses económicos y comerciales** (**Res. CTBG 39/2016**): test de daño y test del interés (límite que puede ser salvado por un interés público superior). **CTBG: CI 1/2019.**
 - El **secreto profesional** y la **propiedad intelectual e industrial.**
 - La garantía de la **confidencialidad** o el **secreto** requerido en procesos de toma de decisión.
 - La **protección de los datos personales.**

TRANSPARENCIA- PUBLICIDAD: LCSP

- Una Ley **PRO transparencia. Confidencialidad limitada:**
 - Arts. 1 y 132: Principio de transparencia.
 - Art. 133: principio de confidencialidad.
- **PUBLICIDAD ACTIVA:** (Deberes del órgano de contratación, principalmente):
 - Publicidad licitaciones: art. 63 y lucha contra la corrupción: art. 64.
 - Consultas preliminares: art. 115.
 - Anuncios de licitación y formalización de los contratos.
 - Art.138.2.b): Información a los interesados limitada por confidencialidad.
 - Art. 151: Notificación de la adjudicación.
 - Art. 154.7: Anuncio de formalización de contratos. Confidencialidad y CTBG.
 - Art. 155: Comunicación a los candidatos y licitadores: confidencialidad.
 - Confidencialidades específicas para proteger la innovación en determinados procedimientos de adjudicación.
 - Publicidad informes JCCPE: art. 328.4.
 - ORIESCON: art. 332. 6.e).
 - Remisión contratos a los órganos de control externo (art. 335).
 - Remisión contratos al Registro y acceso: art. 346.5.

TRANSPARENCIA-ACCESO

LCSP

❖ **ACCESO** (arts. 52 y 56.5: recursos):

❖ **Carácter instrumental:** equilibrio entre derecho de defensa y los límites al derecho de acceso (**Res. TACRC 62/2012 y 47/2013, Res. TARCAnd. 36/2019**): **INDEFENSIÓN. (problemas con acceso general).**

❖ **Límites:** la confidencialidad: datos personales y empresariales.

❖ El acceso en el **recurso especial**:

❖ **1º)** Solicitud al órgano de contratación. Tiene que ser pedida en este momento no después (Res. 118/2019).

❖ **2º)** Si no la da o se ofrece acceso limitado: alegación ante el TARC que decide sin retroacción procedimental (art. 52 LCSP).

❖ Si no se pide al órgano de contratación, no se puede pedir al TARC (**Res. TARCAnd. 296/2019**).

❖ En todo caso, debe ponerse el recurso especial.

❖ **CASO Res. TARCAnd. 304/2019:** recurso sólo para acceso

EXPEDIENTE CONTRATACIÓN: MOTIVACIÓN Y COMUNICACIÓN

- ❖ **LCSP exige la motivación del acuerdo de adjudicación y su notificación a los participantes:** “En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas” (art. 151.1.c).
- ❖ También exige informar a los candidatos y licitadores (art. 155).
- ❖ **Independencia y diferencias de motivación y acceso (R. TARCAAnd. 188/2015):**
 - ❖ Motivación: obligación del poder adjudicador.
 - ❖ Acceso: derecho de los licitadores.
- ❖ **Motivación:**
 - ❖ Debe alcanzar el contenido mínimo exigido por la LCSP y las Directivas.
 - ❖ Debe ser comunicada a todos los licitadores.
 - ❖ Debe permitir la interposición de recurso especial con conocimiento de las razones de la adjudicación (doctrina: Res. 18/2019 TACRC, sobre LCSE).
- ❖ **Motivación insuficiente: Ac. TACPAragón 11/2019.**
- ❖ **AFIRMACIONES TARC: debiera bastar la motivación, sin necesidad de acceso para formular recurso.**

EL DERECHO DE ACCESO DE LOS LICITADORES

- ❖ **CONSULTA DIRECTA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN** (Res. TACRC 1/2016: diferencia con motivación): Derecho de acceso a las proposiciones de otros licitadores o candidatos (y demás documentación del expediente de contratación): art. 52 LCSP, art. 16 R.D. 814/2015 (y art. 29.3 para caso de denegación).
- ❖ **¿Qué es el expediente administrativo de contratación?**
El nuevo art. 70.1 LPAC (Res. TACRC 732/2016): “documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa”.
- ❖ **Principio de buena fe (y actos propios) del solicitante:**
Res. OAR130/2015 y Ac. TACPAr. 68/2018. Res. 247/2019: todos los licitadores declaran la confidencialidad de sus ofertas técnicas: actos propios. Así también Res. 236/2019: declara confidencialidad de su oferta y quiere ver la de los demás.
- ❖ **Doctrina general sobre confidencialidad:** Res. 166/2019 TACRC.

SOLICITUD DE ACCESO

- ❖ **Solicitud de acceso del licitador interesado (art. 52 LCSP):**

- ❖ Interesado: **LCSP: legitimados recurso especial (art. 48).**

- ❖ Objeto: acceso proposiciones admitidas (no inadmitidas o excluidas).

- ❖ **Organo competente para resolverla:** órgano de contratación.

- ❖ **Plazo:** cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud (art. 52.2 LCSP).

- ❖ **Silencio negativo o desestimación de la solicitud de acceso:** debe ponerse el recurso especial en plazo y alegarlo.

- ❖ **Examen de la solicitud de acceso:** El principio de confidencialidad. LCSP (art. 133). Necesidad de ponderar (**Res. TACP Ar. 58/2018**).

RESOLUCIÓN SOBRE ACCESO

- ❖ **Declaración de confidencialidad por el órgano de contratación:**
 - ❖ No vinculado por la solicitud de confidencialidad.
 - ❖ Si acepta o declara (total o parcialmente) la confidencialidad: la documentación no accesible.
 - ❖ Si no la acepta (total o parcialmente): documentación accesible. **Caso Res. TACRC 859/2019:** no ven documentación por no aceptar confidencialidad parcial.
 - ❖ Posibilidad de recurso del licitador en el caso de que no se acepte su solicitud de confidencialidad.
- ❖ **Contenido de la resolución sobre acceso:**
 - ❖ Motivación sobre la confidencialidad: requiere esfuerzo del órgano de contratación en delimitar qué es confidencial (Res. 710/2014). Crítica generalizada de TARC por falta de motivación.
 - ❖ Tiene que analizar la justificación del licitador (Crítica **Res. TACRC 1107/2019**).
 - ❖ Supuesto de concreción: **Res. TACRC 591/2018**.
- ❖ **Aceptación del acceso y vista del expediente:**
 - ❖ Retirada previa de la documentación confidencial.
 - ❖ Vista, pero no obtención de copias (**Res. TACRC 460/2016 y 488/2016, 431/2019 y Res. TCPAr. 121/2019**). Sin embargo **Res. 153/2018 TACRC** habla de vista y copias siguiendo la LPAC.
 - ❖ Diligencia del examen efectuado del expediente (Informe 15/2012 JCCA Aragón).
- ❖ **Denegación del acceso:**
 - ❖ Indicación por qué datos señalados como confidenciales han de ser protegidos.
 - ❖ No cabe simple alusión genérica, la resolución debe delimitar las partes confidenciales (**Res. TACRC 592/2014 y 19/2016**). Un ejemplo de ello puede verse en **Res. TACRC 591/2018**.
 - ❖ Recursos contra la resolución sobre confidencialidad: Alegación por el recurrente y el Tribunal Administrativo podrá acceder a ello y darle vista (art. 52 LCSP y art. 29.3 R.D. 814/2015). Ya no hay retroacción del procedimiento.
- ❖ **Acceso limitado a documentación del licitador adjudicatario, no de otros (Informe 3/2007 JCCA Madrid), excepciones para cuando sea necesaria la documentación para los recursos (Informes JCCA 46/2009 y JCCA Aragón 15/2012) y no acceso a las ofertas de licitadores con puntuación inferior a la de la empresa solicitante (Res. TACRC 56/2014). Res.TARCAnd. 304/2019: empresa 3ª en orden.**

DATOS/SECRETOS EMPRESARIALES

- ❖ No todos los datos empresariales son secretos empresariales.
- ❖ Doctrina CTBG: CI1/2019 // Doctrina TARC: **¿Son lo mismo intereses comerciales e industriales y secretos empresariales?**.
- ❖ Definición de APDIC (art. 39.2).
- ❖ Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio (Directiva de secretos comerciales o know how):
 - ❖ Definición.
 - ❖ Y aplicación a los contratos públicos (Considerando 18).
- ❖ Definiciones de órganos jurisdiccionales:
 - ❖ Protección secretos empresariales: principio general del Derecho UE: STJUE Varec 2008 reiterada por STJUE 19/06/2018, C-15/16.
 - ❖ Muy importante doctrinalmente: Res. CTyPD Andalucía 128/2016.
- ❖ Ley 1/2019, de 20 febrero: Secretos empresariales: recoge definición de Directiva.

DEFINICIÓN LEGAL DE SECRETOS EMPRESARIALES

❖ **Concepto (art. 1 Ley Secretos Empresariales):** “A efectos de esta ley, se 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; **(desconocimiento por operador medio o dificultad de acceso)**
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, **(ventaja competitiva –Res. TACRC 461 y 654/2019), información positiva y negativa, umbral mínimo), y**
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto. **(conducta y diligencia: cultura interna de protección, Res. 461/2019).**

DEFINICIÓN LEGAL DE SECRETOS EMPRESARIALES

- ❖ **Uso lícito:** cuando así lo exija o permita el derecho europeo o español. Y en todo caso en ejercicio del derecho de libertad de expresión e información recogido en la CDFUE y para proteger un interés legítimo reconocido en el Derecho europeo o español.
- ❖ **La protección de los secretos empresariales sigue en vía judicial (art. 15 Ley de Secretos Empresariales).**
- ❖ **Aplicación:** Informe CTAr. 1/2018 (en aplicación art. 154.7 LCSP) y Res. TARCAAnd. 212/2018 (know-how).
- ❖ **Alcance:**
 - ❖ **Secreto comercial, industrial, innovación tecnológica, financiera, organizativa, etc.**
 - ❖ **Cualquier ámbito de la empresa, cualquier actividad empresarial.**
- ❖ **Prueba por el titular del secreto. Necesidad de justificar la confidencialidad por quien la alega (Res. 534/2017 CTBG: RTVE).**

LA CONFIDENCIALIDAD

❖ **Informes JCCA** precisan los aspectos confidenciales: JCCACat. 11/2013 (p. 8) y JCCAAr. 15/2012. Informe JCCA Comunidad de Madrid 6/2016. Res. TAR Castilla Y León 82/2016.

❖ **Resumen doctrina confidencialidad:** Res. TACRC 153/2019.

❖ **CRITERIOS:**

- ❖ Solución caso por caso y prudente equilibrio entre confidencialidad y acceso (Res. TACRC 710/2014). Ponderación (Ac. TACPAr. 66/2018).
- ❖ Regla general, el acceso; confidencialidad, la excepción.
- ❖ Toda la oferta no puede ser confidencial (Res. TACRC 755/2014), solo los secretos técnicos o comerciales (Res. TARCAnd. 183/2015). No puede alcanzar a toda la documentación (Informe JCAA Aragón 15/2012 y Resolución TACRC 62/2012). Res. TACRC 592/2014: es fraude de ley la extensión a toda la documentación.
- ❖ La documentación así señalada por el licitador directamente o a requerimiento del órgano de contratación. Sólo excepcionalmente el órgano de contratación puede ampliarla (Res. TACRC 916/2015). No la puede hacer el licitador posteriormente (menoscaba el derecho de recurso, Res. TACRC 270/2016).
- ❖ No puede alcanzar a la proposición económica que se abre en acto público (Ac. TACPN 50/2014).

¿QUÉ NO ES CONFIDENCIAL?

❖ **No es confidencial:**

- ❖ Lo que el licitador no lo haya indicado como confidencial.
- ❖ **Toda** la oferta de un licitador no puede ser considerada como confidencial (Res. TACRC 144/2019 y Res. TARCAndalucía 85/2019: órgano de contratación no aceptó solicitud de confidencialidad de toda la oferta y se señaló la parte confidencial).
- ❖ Requerimiento al adjudicatario para que concrete qué parte de su oferta es confidencial (Res. TACRC 488/2016 y 591/2018).
- ❖ La oferta económica tampoco lo es (apertura pública).
- ❖ Certificados de cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social (en su caso con sombreado). Res. TACRC 710/2016

QUÉ ES CONFIDENCIAL EN DOCUMENTACIÓN SOLVENCIA

- ❖ Es confidencial la documentación que acredita la **solvencia económica y financiera y técnica o profesional** (art. 12 R. D. 1098/2001 RGLCAP y Res. TACPAr. 81/2015). En contra Res. TACRC 916/2015 y Res. TACPMadrid 8/2016.
- ❖ Resumen:
 - ❖ Son confidenciales:
 - ❖ Las informaciones no accesibles al público
 - ❖ Servicios prestados a particulares: datos sobre la clientela (listado de clientes?).
 - ❖ Los listados de trabajadores, titulación académica y experiencia profesional (además protección de datos), Res. TACPAr. 81/2005 (sería salvable con la disociación de datos, el blanqueado a que se refiere la Res. TACRC 196/2016).
 - ❖ No son confidenciales:
 - ❖ Escrituras o documentos de constitución.
 - ❖ Cifra de volumen global de negocios.
 - ❖ Relación de trabajos prestados a las AAPP o entidades sometidas a la LCSP.
 - ❖ Certificados de acreditación de calidad o medioambientales.
 - ❖ Información que conste en registros públicos y sea de acceso público (cuentas).

QUÉ ES CONFIDENCIAL EN LA OFERTA TÉCNICA

- ❖ Los secretos comerciales e industriales ([Res. TACPAr. 81/2015](#) contiene concepto sacado de la jurisprudencia). [Res. TACRC 196/2016](#) ofrece ejemplos. Al concepto se añade un cuarto requisito: “que no se produzca merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y transparencia” ([Res. TACPMadrid 106/2015](#), que sigue [Res. TACRC 196/2016](#)).
- ❖ El proyecto técnico ([Res. TACPAr. 81/2005](#)) o la solución técnica ([Res. TACRC 732/2016](#)).
- ❖ Ejemplos: características técnicas específicas de un producto, líneas generales de una campaña publicitaria, 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 ([Res. TACRC 196/2016](#)).
- ❖ Estrategia original de una empresa: estudios propios, formulación original de carácter técnico, articulación de medios humanos o introducción de patentes propias ([Res. TACRC 1/2016](#)).
- ❖ El pormenor de la propuesta técnica de desarrollo del servicio ([Res. TACPAr. 60/2018](#)).
- ❖ Organigrama y organización del personal ([Res. TACRC 591/2018](#)).
- ❖ El “Plan General de Organización del Servicio” es know how: [Res. TARCAndalucía 85/2019](#).

DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

- ❖ Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril (RGPD) y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDGDD).
- ❖ Clases de datos personales: sensibles y no sensibles (art. 9 RGPD).
- ❖ **Res. TACRC 559/2018**: no se puede acceder a datos de carácter personal obrantes en la oferta de la adjudicataria.
- ❖ Confidencialidad datos de carácter personal: Personal a adscribir y formaciones profesionales (**Res. TACRC 559/2018 y 656/2019**). Cabe darla con anonimización (**Res. TACRC 654/2019**)
- ❖ **Excusa utilizada en solicitudes información LTAIBG: negación en Res. 534/2017 CTBG: datos personales representantes legales no son datos personales, puesto que son accesorios o incidentales.**
- ❖ **Nota informativa 1/2019 Secretaría Técnica JCCACat.: protección datos personales en contratación pública**

EPÍLOGO

- ❖ **Dados los límites aplicados por los TARC en acceso LCSP: ¿podrán las personas físicas o jurídicas obtener esa información negada en recurso especial por acceso LTAIBG?**
- ❖ **¿Son lo mismo intereses comerciales e industriales y secretos empresariales?.**
- ❖ **¿Se aplican idénticos criterios de ponderación para acceso LCSP y LTAIBG?: SAN 18.09.2019: contrato de películas con RTVE.**
- ❖ **Necesidad de un acercamiento/coincidencia sobre acceso y límites.**
- ❖ **Necesidad de construir un sistema similar de protección de datos empresariales.**
- ❖ **Acceso complementa falta de publicidad activa (Res. CTBG 6/2018 y 256/2018, estimaciones formales): necesidad de una buena PUBLICIDAD.**