

INFORME SOBRE EL CARÀCTER CONFIDENCIAL DE LA INFORMACIÓ FACILITADA PER LES EMPRESES LICITADORES (Exp. 1431-0009/201 – Acord marc per a l'adquisició d'una solució informàtica per al seguiment, control i planificació dels contractes públics)

Segons l'article 52 de la Llei de contractes del sector públic (LCSP), si l'interessat vol examinar l'expedient de contractació de manera prèvia a la interposició del recurs especial, ho ha de sol·licitar a l'òrgan de contractació, el qual té l'obligació de posar-ho de manifest sense perjudici dels límits de confidencialitat que estableix la Llei. Els interessats poden fer la sol·licitud d'accés a l'expedient dins del termini d'interposició del recurs especial, i l'òrgan de contractació ha de facilitar l'accés en els cinc dies hàbils següents a la recepció de la sol·licitud. La presentació d'aquesta sol·licitud no paralitza en cap cas el termini per interposar el recurs especial.

I segons l'article 133 de la LCSP, sense perjudici del que disposa la legislació vigent en matèria d'accés a la informació pública i de les disposicions que conté aquesta Llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que s'ha de donar als candidats i als licitadors, **els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en el moment de presentar la seva oferta.**

Pel que fa al caràcter confidencial de la informació facilitada per les empreses licitadores, la clàusula vint-i-cinquena del plec de clàusules administratives particulars (PCAP) estableix el següent:

“Si és el cas, les empreses licitadores hauran d'incloure una declaració en què especifiquin quins documents i/o dades tècniques incorporades són, al seu parer, confidencials.

Els documents i les dades presentades per les empreses licitadores en el sobre 2 es poden considerar de caràcter confidencial si inclouen secrets industrials, tècnics o comercials i/o drets de propietat industrial i intel·lectual, en els termes que preveu la Llei 1/2019, de 20 de febrer, de secrets empresarials, i la seva difusió a terceres persones pugui ser contrària als seus interessos comercials legítims, perjudicar la competència lleial entre les empreses del sector; o bé quan el seu tractament pugui ser contrari a les previsions de la normativa en matèria de protecció de dades de caràcter personal. No tenen, en cap, cas caràcter confidencial les ofertes presentades: annex 1 (Model d'oferta), que l'òrgan de contractació publicarà íntegrament en el perfil de contractant, ocultant només les dades personals que hi constin.

La declaració de confidencialitat que es presenti ha de ser necessària i proporcional a la finalitat o interès que es vol protegir i ha de determinar de forma expressa i justificada els documents i/o les dades facilitades que considerin confidencials. **No s'admeten declaracions genèriques o no justificades del caràcter confidencial.** Només si el dèficit de motivació i/o justificació es refereix a aspectes puntuals de la declaració de confidencialitat inclosa en l'oferta, l'òrgan de contractació requerirà el licitador per tal que procedeixi a una nova declaració.

Tanmateix, sens perjudici de les declaracions de confidencialitat efectuades respecte de determinats documents i dades presentades per les empreses licitadores, correspon a l'òrgan de contractació valorar, davant d'una sol·licitud d'accés o vista de determinada documentació, si la qualificació de confidencial és adequada i, en conseqüència, decidir sobre l'accés o la vista de dita documentació, prèvia audiència de l'empresa o les empreses licitadores afectades.”

L'empresa NEXUS INFORMATION TECHNOLOGY SAU ha qualificat com a confidencial l'oferta inicial i l'oferta final, amb caràcter genèric. L'empresa justifica el caràcter confidencial de la informació perquè són secrets tècnics i/o mostren el model de negoci.

PIXELWARE SA també ha qualificat com a confidencial l'oferta inicial i l'oferta final, també amb caràcter (gairebé) genèric. L'empresa justifica el caràcter confidencial de la informació perquè el seu coneixement per part de les empreses competidores podria afectar els seus interessos tècnics i comercials. Igualment, PIXELWARE ha declarat confidencial la informació facilitada en la justificació de la seva oferta (incurso en valors anormals), i ho justifica perquè és informació desconeguda per tercers i està directament relacionada amb la seva estructura de costos.

L'article 133 de la LCSP regula l'abast de la confidencialitat designada per les licitadores i la informació no publicada en els següents termes:

“El caràcter de confidencial afecta, entre d'altres, els secrets tècnics o comercials, els aspectes confidencials de les ofertes i qualsevol altra informació amb un contingut que es pugui utilitzar per falsejar la competència, ja sigui en aquest procediment de licitació o en altres de posteriors.

El deure de confidencialitat de l'òrgan de contractació, així com dels seus serveis dependents, no es pot estendre a tot el contingut de l'oferta de l'adjudicatari ni a tot el contingut dels informes i documentació que, si s'escau, generi directament o indirectament l'òrgan de contractació en el curs del procediment de licitació. Únicament es pot estendre a documents que tinguin una difusió restringida, i en cap cas a documents que siguin públicament accessibles. El deure de confidencialitat tampoc pot impedir la divulgació pública de parts no confidencials dels contractes subscrits, com ara, si s'escau, la liquidació, els terminis finals d'execució de l'obra, les empreses amb les quals s'ha contractat i subcontractat, i, en tot cas, les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors del contracte, respectant en tot cas el que disposa la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, sobre protecció de dades de caràcter personal.”

Aquest precepte consagra el denominat **principi de confidencialitat bidireccional**, que en el vessant relatiu a la informació subministrada pel contractista garanteix la protecció dels secrets tècnics o comercials i dels aspectes confidencials de les ofertes, de manera que l'òrgan de contractació ha de respectar aquesta informació i no divulgar-la. No obstant això, com assenyala el propi precepte, aquest principi està matisat per les disposicions relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que ha de donar-se als candidats i als licitadors a l'efecte de poder fonamentar suficientment el seu recurs, de manera que ha d'existir un equilibri raonable i prudent entre aquests dos principis de la contractació pública.

L'article 154.7 de la LCSP fa referència a la informació no publicable:

“Es poden no publicar determinades dades relatives a la subscripció del contracte quan es consideri, i es justifiqui degudament en l'expedient, que la divulgació d'aquesta informació pot obstaculitzar l'aplicació d'una norma, ser contrària a l'interès públic o perjudicar interessos comercials legítims d'empreses públiques o privades o la competència lleial entre aquestes, o quan es tracti de contractes declarats secrets o reservats o l'execució dels quals s'hagi d'acompanyar de mesures de seguretat especials de conformitat amb la legislació vigent, o quan ho exigeixi la protecció dels interessos essencials de la seguretat de l'Estat i així s'hagi declarat de conformitat amb el que preveu la lletra c) de l'apartat 2 de l'article 19.”

Aquest precepte és plenament congruent amb l'esmentat article 133 de la LCSP, i fins i tot aconsegueix anar més enllà en la determinació de les condicions sota les quals ha de donar-se accés a la informació de les ofertes, doncs, d'una banda, en explicitar que l'òrgan de contractació podrà no comunicar determinades dades relatives a l'adjudicació, està partint d'una mena de regla general i bàsica, segons la que ha de donar-se informació suficient als altres licitadors per tal de

mantenir incòlume el principi de transparència, i, d'altra banda, en exigir-se una justificació suficient en l'expedient, està positivament exigint a l'òrgan de contractació que manifesti la seva opinió sobre el caràcter de la documentació en qüestió.

Cal analitzar la documentació declarada confidencial per les empreses licitadores, per tal de comprovar si s'ha observat un equilibri en la fixació de la documentació considerada com a confidencial per a la resta dels licitadors; en concret, cal observar que les matèries sobre les quals pivota la confidencialitat en l'àmbit de la contractació pública són els secrets industrials, tècnics o comercials, els interessos comercials legítims, els drets de propietat intel·lectual o la informació que pugui afectar la competència lleial entre les empreses.

Es considera secret empresarial qualsevol informació o coneixement que reuneixi les següents condicions:

- a) Ser secret, en el sentit que, en el seu conjunt o en la configuració i reunió precises dels seus components, no és generalment conegut per les persones que pertanyen als cercles en què normalment s'utilitza el tipus d'informació o coneixement en qüestió, ni fàcilment accessible per a elles.
- b) Tenir un valor empresarial, ja sigui real o potencial, precisament per ser secret.
- c) Haver estat objecte de mesures raonables per part del seu titular per mantenir-lo en secret." (Llei 1/2019, de 20 de febrer, de secrets empresarials)

Els plecs advertien **expressament** que, en relació a la confidencialitat de les ofertes, no s'admetrien declaracions genèriques o no justificades, i que l'òrgan de contractació requeriria a les empreses licitadores perquè procedissin a una nova declaració (de confidencialitat) només si el dèficit de motivació i/o justificació es referia a aspectes puntuals de la declaració de confidencialitat inclosa en l'oferta.

La declaració de confidencialitat feta per les empreses NEXUS INFORMATION TECHNOLOGY SAU i PIXELWARE SA és genèrica i no està suficientment justificada. No és procedent requerir-les perquè facin una nova declaració (de confidencialitat), perquè el dèficit de motivació i/o justificació no es refereix a aspectes puntuals de la declaració de confidencialitat inclosa en la seva oferta.

A criteri del sotassinat, la qualificació de confidencialitat efectuada per les empreses NEXUS INFORMATION TECHNOLOGY SAU i PIXELWARE SA no és adequada, en els termes que estableixen els articles 133 i 154.7 de la LCSP. D'acord amb això, cap informació facilitada per les empreses licitadores no té el caràcter de confidencial. I, per tant, les empreses, si ho demanen, han de tenir accés a la informació facilitada per la resta d'empreses licitadores; en concret, a les ofertes (inicial i final) i, si és el cas, a la seva justificació.

Joan Bosch
Cap de l'Àrea de Contractació