

ACCESO AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN, INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

- [junio 30, 2022](#)

Estos días se está celebrando la [Semana de la Administración Abierta](#) (#OPEN_GOV_WEEK #SAA2022) que tiene, entre otros objetivos, **acercar las Administraciones Públicas a la ciudadanía basándose en los principios de Gobierno Abierto: transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana, integridad pública y colaboración**, y creo que es un buen momento para comentar una [Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público](#) que analiza el **derecho al acceso al expediente de contratación y a la totalidad de la documentación** que lo forma, no solo a las ofertas de los licitadores, **así como el posible derecho a obtener copias de los documentos.**

En este caso se trata de un concurso de proyectos restringido con intervención de jurado, con primas a los participantes seleccionados para participar en la segunda fase que hayan presentado su proposición técnica de conformidad con el pliego, y el recurso se basa en la falta de acceso por parte de una de las empresas licitadores de la documentación solicitada específicamente por esta empresa. En concreto, la recurrente argumenta que, para poder interponer y fundamentar el recurso necesitaba comprobar la solvencia y la experiencia de la adjudicataria en diferentes referencias y proyectos.

Respecto al **DERECHO DE ACCESO AL EXPEDIENTE**, el artículo 52 LCSP establece que, 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 (...).

En la resolución analizada, el Tribunal recuerda que *el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014 /24/UE), establece lo siguiente: (...) 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. (...)

¿Y en estos casos, cómo debe proceder el órgano de contratación para conseguir coordinar y cumplir ambos derechos?

Porque, tal y como establece la Directiva, el poder adjudicador está obligado a no divulgar determinada información pero también está obligado a conceder acceso a la documentación del expediente. En estos casos, el Tribunal entiende que es necesario analizar caso por caso la documentación declarada confidencial, a fin de comprobar si se ha observado un equilibrio en la fijación de la documentación considerada como confidencial para el resto de los licitadores y, en el mismo sentido deberá de garantizarse el derecho de la recurrente de acceso al expediente. Es decir, en base al principio de confidencialidad, el derecho a la defensa y el derecho a la protección de los secretos comerciales, deberán conciliarse los derechos que tiene la recurrente con los derechos que tienen el resto de empresas, a fin de que ninguno de los derechos se vea perjudicados.

En este sentido, la STJUE de 14 de febrero de 2008 (asunto C-450/06, Varec/État belge) ya reconoció el el derecho a la protección de los secretos comerciales como un principio general vinculado a la competencia leal.

Siguiendo esta línea, el TJUE recientemente ha precisado en la citada Sentencia de 7 de septiembre de 2021, C-927/19 (apartado 120) que **en los supuestos en los que el poder adjudicador se niegue a comunicar la información confidencial de un operador económico a uno de los competidores (...)** debe atenerse al **principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración.**

Dicho esto, destaca la importancia, de entre estas exigencias, de la obligación de motivar las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales, en tanto que permite a los destinatarios de estas decisiones defender sus derechos y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de interponer un recurso contra los mismos. Respecto al alcance de la motivación, el TJUE señala que el poder administrador debe poner de manifiesto con claridad los motivos por los que considera que la información a la que se solicita acceder o, al menos, la parte de la documentación que tiene el carácter confidencial y añade que no sólo debe motivar su decisión de tratar determinados datos como confidenciales, sino que debe

comunicar de forma neutra, en la medida de lo posible y siempre que esta comunicación pueda preservar el carácter confidencial de los elementos específicos de estos datos por los que esté justificada una protección por este motivo, el contenido esencial de éstos a la empresa licitadora que los haya solicitado y, más concretamente, el contenido de los datos relativos a los aspectos determinantes de su decisión y de la oferta seleccionada con el fin de no vaciar la obligación de motivación del contenido esencial (STJUE de 15 de julio de 2021, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR, C 5 84/20 P y C 621/20 P).

¿Cómo conciliamos ambos derechos de forma que ambos sean respetados?

Para hacerlo posible, el Tribunal recuerda que las materias sobre las que pivota la confidencialidad en el ámbito de la contratación pública son los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que pueda afectar a la competencia leal entre las empresas. La delimitación de estos aspectos ha sido y es, sin duda, el núcleo de la cuestión en la medida en que requiere su evaluación caso por caso.

¿Y cómo sabremos que realmente nos encontramos ante un SECRETO COMERCIAL?

Como dice el Tribunal, habrá que estar caso por caso pero, la Directiva 2016/943 nos facilita el trabajo al incluir en su cláusula una definición de secreto comercial; indica la Directiva que, para que un **SECRETO COMERCIAL** pueda ser considerado como tal, la información debe reunir todos los requisitos siguientes:

“a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

b) tener un valor comercial por su carácter secreto;

c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.”

¿Y si el acceso se solicita sobre datos relativos a la personalidad, capacidad, solvencia...?

En este caso el Tribunal recuerda al órgano de contratación que en el expediente *no consta un razonamiento ni motivación concreta y específica de las razones por las que se consideran datos confidenciales, teniendo en cuenta que, en estos casos, como este Tribunal ya se pronunció en la Resolución núm. 67/2017, respecto a esta clase de datos/información, si se tratan de datos que constan en registros de acceso público, en principio, y salvo justificación expresa y razonable en el sentido antes expuesto ampliamente sobre su confidencialidad, se ha de entender que debe permitirse el acceso a las mismas si ya constan en registros públicos o si son de público conocimiento*

¿Qué ocurre con el derecho a obtener copias de la documentación?

El Tribunal recuerda que este no es un derecho absoluto, sino que queda condicionado por la apreciación de tratarse de información confidencial, normalmente vinculada a los secretos comerciales o industriales, lo que nos llevaría de nuevo a comprobar si los documentos solicitados pueden considerarse SECRETO COMERCIAL conforme a la definición ya indicada y, en base a ello, conceder o no el derecho a obtener copias de los mismos.

Conclusiones:

- Los licitadores tienen derecho a examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial (artículo 52 LCSP), pero este derecho no es absoluto por cuanto debe coordinarse con la obligación del poder adjudicador de no divulgar aquella información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, ya que la administración está obligada a respetar y cumplir el principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración.
- Ante la duda, es necesario **comprobar si la información puede considerarse como SECRETO COMERCIAL**, conforme a la definición dada por la Directiva 2016/943.
- La **solicitud de acceso a información que ya se encuentra en registros públicos debe, como regla general, concederse**. En caso contrario, el poder adjudicador está obligado a razonarlo y justificarlo de forma expresa.
- **El derecho a obtener copias no es un derecho absoluto**, sino que está condicionado a la apreciación de que se trate o no de información confidencial.