



LA CONFIDENCIALITAT A LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

I. Introducció

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), és una llei pro transparència; així, com s'estableix al seu preàmbul, els objectius que inspiren la regulació continguda en la Llei són, en primer lloc, assolir una major transparència en la contractació pública.

L'article de la LCSP que tracta la confidencialitat és el 133. Aquest article estableix que, sense perjudici del que disposa la legislació vigent en matèria d'accés a la informació pública i de les disposicions contingudes en 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 podran divulgar aquella informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en el moment de presentar la seva oferta. El caràcter de confidencial afecta, entre d'altres, als secrets tècnics o comercials, als aspectes confidencials de les ofertes i a qualsevol altra informació que pugui ser utilitzada per falsejar la competència, ja sigui en aquest procediment de licitació o en altres posteriors.

A diferència del TRLCSP, l'article 133 de la LCSP fa referència a la legislació en matèria d'accés a la informació. Per tant, per determinar la confidencialitat, s'ha de tenir en compte la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. A més, la nova regulació sobre contractes públics amplia les dades que poden ser confidencials a qualsevol informació que pugui ser utilitzada per falsejar la competència, ja sigui en aquest procediment de licitació o en altres posteriors i estableix en quin moment s'ha de fer la declaració de confidencialitat, indicant que es farà al presentar l'oferta.

Com a novetat, la LCSP posa límits al deure de confidencialitat i estableix que l'òrgan de contractació, així com els seus serveis dependents, no poden estendre el deure de confidencialitat a tot el contingut de l'oferta de l'adjudicatari, ni a tot el contingut dels informes i de la documentació que, si 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 podrà impedir la divulgació pública de parts no confidencials dels contractes celebrats, com ara, si 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 el que disposa la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

Pel que fa al deure de confidencialitat del contractista, la LCPS manté que aquest haurà de respectar el caràcter confidencial d'aquella informació a la que tingui accés amb ocasió de l'execució del contracte a la qual se li hagués donat el referit caràcter en els plecs o en el contracte, o que per la seva pròpia naturalesa hagi de ser tractada com a tal. Aquest deure es mantindrà durant un termini de cinc anys des del coneixement d'aquesta informació, tret que

els plecs o el contracte estableixin un termini major. Pel què fa aquest termini la LCSP estableix que haurà de ser definit i limitat en el temps; per tant, no es pot determinar un deure de confidencialitat indefinit o per sempre.

II. A què afecta el caràcter confidencial?

El caràcter confidencial pot afectar, entre d'altres, als aspectes següents:

- Secrets tècnics i comercials.
- Aspectes confidencials de les ofertes.
- Qualsevol altre informació el contingut de la qual pugui ser utilitzat per falsejar la competència, en aquest procediment de licitació o en procediments posteriors.¹
- Dades protegides per la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personals, en el cas de les persones físiques.

Les dades empresarials que s'han de protegir seran els drets d'autor i les patens, els secrets empresarials i altres informacions que el seu contingut pugui ser utilitzat per perjudicar els interessos legítims o la competència lleial entre empreses. Aquesta protecció ha d'estar encaminada a salvaguardar la innovació i el *know how* de les empreses i preservar la competència lleial i evitar la competència falsejada.

III. Concepte de secret tècnic i comercial

La Directiva 2016/943, del Parlament Europeu i del Consell de 8 de juny de 2016, relativa a la protecció dels coneixements tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites, defineix a l'article 2 el secret comercial com aquella informació que reuneix els requisits següents:

- Ser secreta en el sentit de no ser, en el seu conjunt o en la configuració i reunió precises dels seus components, generalment coneguda per les persones pertanyents als cercles en què normalment s'utilitza el tipus d'informació en qüestió, ni fàcilment accessible per aquestes;
- Tenir un valor comercial pel seu caràcter secret;
- Haver estat objecte de mesures raonables, en les circumstàncies del cas, per mantenir-la secreta, preses per la persona que legítimament exerceixi el seu control.

La jurisprudència ha concretat el concepte de secret comercial o tècnic com el conjunt de coneixements que no són del domini públic i que resulten necessaris per a la fabricació o comercialització de productes; la prestació de serveis; l'organització administrativa o financera d'una unitat o dependència empresarial, i que per això procura qui disposa d'ells d'un avantatge competitiu en el mercat que s'esforça en conservar en secret, evitant la seva divulgació.²

¹ La jurisprudència europea ja feia anys que recollia aquest supòsit. Veure la sentència del Tribunal General de la Unió Europea (sala segona), de 29 de gener de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A contra Autoritat Europea de Seguretat Alimentària (EFSA)

² Acord 10/2015, de 20 de gener de 2015, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó.

La consideració 18 de la Directiva 943/2016, diu que la present directiva no ha d'eximir a les autoritats públiques de les obligacions de confidencialitat a les que estan subjectes en relació amb la informació tramesa pels posseïdors de secrets comercials, independentment que aquestes obligacions s'estableixin en el dret de la Unió o en el nacional. Així succeeix, entre altres casos, amb les obligacions de confidencialitat de la informació transmesa als poders adjudicadors en el marc dels procediments de contractació pública, com les enunciades, per exemple, a la Directiva 2014/23/UE, la Directiva 2014/24/UE i la Directiva 2014/25/UE.

IV. Requisits per qualificar una documentació de confidencial

Per qualificar una documentació de confidencial tindrem en compte els requisits següents:

- Que comporti un avantatge competitiu per l'empresa.
- Que es tracti d'informació veritablement reservada, és a dir, desconeguda per tercers.
- Que suposi un valor estratègic per l'empresa i pugui afectar a la seva competència en el mercat.
- Que no es produeixi una minva en els interessos que es volen garantir amb els principis de publicitat i transparència.

No es considerarà confidencial:

- La totalitat de l'oferta d'un licitador.
- L'oferta econòmica.
- Certificats de compliment d'obligacions tributàries, seguretat social, certificats de qualitat, ambientals....
- Informació que consti als registres públics.
- Escriptures, documents de constitució de l'empresa...

V. La confidencialitat en el procediment de contractació

Els licitadors seran els que expressaran el caràcter confidencial de la documentació que aporten en el moment inicial de la presentació de les ofertes; aquest caràcter confidencial no pot abastar tota la documentació presentada ja que estaria perjudicant les obligacions en matèria de transparència i dret d'accés. En aquest sentit, el Tribunal Central de Recursos Contractuals va considerar que una extensió de la confidencialitat a tota la proposició de l'adjudicatari podria estar incursa en frau de llei.³

L'òrgan de contractació inclourà als plecs de clàusules administratives una clàusula de confidencialitat⁴ i establirà de quina manera els licitadors hauran d'expressar la confidencialitat.

Resolució 196/2016, d'11 de març, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals.

³ Resolució 592/2014 del TACRC, de 30 de juliol de 2014.

⁴ Veure la clàusula de confidencialitat aprovada per la Direcció General de Contractació Pública.

Aquesta declaració de confidencialitat no vincula a l'òrgan de contractació, que podrà acceptar totalment o parcialment la declaració de confidencialitat o, fins i tot, no acceptar-la, si considera que la declaració inclou dades que no poden tenir el caràcter de confidencial, com documents que siguin públicament accessibles. Així, per exemple, la documentació relativa a la proposició econòmica, com que s'obre en acte públic, no pot ser declarada confidencial.

1. Comunicacions als candidats i licitadors (article 155 LCSP)

1.1 Obligació dels òrgans de contractació

Els òrgans de contractació han d'informar a cada licitador i candidat, en el termini més breu possible, de les decisions preses en relació amb la celebració d'un acord marc, amb l'adjudicació d'un contracte o amb l'admissió a un sistema dinàmic d'adquisició, inclosos els motius pels quals hagin decidit no celebrar l'acord marc, no adjudicar el contracte per al qual s'hagi efectuat una convocatòria de licitació o tornar a iniciar el procediment, o no aplicar un sistema dinàmic d'adquisició.

1.2 A sol·licitud del candidat o licitador

Els òrgans de contractació a petició del candidat o licitador han de comunicar, al més aviat possible, i, en qualsevol cas, en un termini de quinze dies a partir de la recepció d'una sol·licitud per escrit:

- A tots els candidats descartats, els motius pels quals s'ha desestimat la seva candidatura.
- A tots els licitadors descartats, els motius pels quals s'ha desestimat la seva oferta, inclosos, en els casos previstos en l'article 126, apartats 7 i 8, els motius de la seva decisió de no equivalència o de la seva decisió que les obres, els subministraments o els serveis no s'ajusten als requisits de rendiment o a les exigències funcionals.
- A tot licitador que hagi presentat una oferta admissible, les característiques i avantatges relatius de l'oferta seleccionada, així com el nom de l'adjudicatari o les parts en l'acord marc.
- A tot licitador que hagi presentat una oferta admissible, el desenvolupament de les negociacions i el diàleg amb els licitadors.

1.3 Excepció a la comunicació

Els poders adjudicadors podran decidir no comunicar determinades dades, esmentades en els apartats 1 i 2 de l'article 155, relatives a l'adjudicació del contracte, la celebració d'acords marc o l'admissió a un sistema dinàmic d'adquisició, quan la seva divulgació pugui obstaculitzar l'aplicació de la Llei, ser contrària a l'interès públic, perjudicar els interessos comercials legítims d'una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competència lleial entre empresaris.

2. Accés als plecs i altra documentació complementària

L'article 138.2b) de la LCSP excepciona que l'òrgan de contractació doni accés als plecs i a la documentació complementària de la licitació per mitjans electrònics en aquells supòsits que per raons de confidencialitat quedi justificat.

3. Accés a l'expedient (article 52.1 LCSP)

Si l'interessat vol examinar l'expedient de contractació de forma prèvia a la interposició del recurs especial, ha de sol·licitar-ho a l'òrgan de contractació, que té l'obligació de posar-ho de manifest, sense perjudici dels límits de confidencialitat que estableix la Llei.

4. Anuncis de formalització dels contractes

Pel que fa a la informació que han de recollir els anuncis de formalització dels contractes, l'article 154.7 de la LCSP exceptua de la publicació a aquelles dades relatives a la celebració del contracte quan es consideri, justificant-ho degudament en l'expedient, que:

- La divulgació d'aquesta informació pot obstaculitzar l'aplicació d'una norma, resultar contrària a l'interès públic o perjudicar interessos comercials legítims d'empreses públiques o privades o la competència lleial entre elles;
- O quan es tracti de contractes declarats secrets o reservats o l'execució dels quals hagi d'anar acompanyada de mesures de seguretat especials d'acord 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.

En tot cas, prèviament a la decisió de no publicar unes determinades dades relatives a la celebració del contracte, els òrgans de contractació han de sol·licitar l'informe a la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP)⁵ en el qual s'aprecii si el dret d'accés a la informació pública preval o no davant dels béns que es pretenen salvaguardar amb la seva no publicació. Aquest informe serà evacuat en un termini màxim de deu dies. No obstant l'anterior, no es requerirà aquest informe en el cas que amb anterioritat s'hagués efectuat per l'òrgan de contractació consulta sobre una matèria idèntica o anàloga, sense perjudici de la justificació deguda de la seva exclusió en l'expedient en els termes que estableix aquest apartat.

VI. Qüestions específiques de confidencialitat per a alguns procediments de licitació que preveu la LCSP

1. Procediment de licitació amb negociació (article 169.7 i 171 LCSP)

En el transcurs d'aquest procediment, les meses de contractació i els òrgans de contractació compliran amb la seva obligació de confidencialitat en els termes que estableix aquesta Llei;

⁵ La LCSP parla del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, si bé a Catalunya aquestes funcions s'entenen atribuïdes, en virtut de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública.

per tant, no revelaran a la resta de participants les dades designades com a confidencials pels candidats o pels licitadors, sense el consentiment previ d'aquests. Aquest consentiment no pot tenir caràcter general, sinó que ha d'especificar a quina informació es refereix.

Pel què fa a la informació sol·licitada pels licitadors, la LCSP estableix que a petició del licitador que hagi presentat una oferta admissible, la mesa de contractació, o en el seu defecte, els serveis dependents de l'òrgan de contractació, comunicaran el més aviat possible i, en tot cas, dins dels quinze dies següents al de recepció de la sol·licitud per escrit d'aquest, el desenvolupament de les negociacions. No obstant l'anterior, la mesa, o l'òrgan de contractació, podran no comunicar determinades dades emparant-se en l'excepció de confidencialitat continguda en l'apartat 3 de l'article 155 de la LCSP.

2. Procediment de diàleg competitiu (art. 175.2 LCSP)

En relació amb el diàleg amb els candidats que es porta a terme en aquests tipus de procediments, la LCSP obliga a la mesa a donar un tracte igual a tots els licitadors i a no facilitar de forma discriminatòria informació que pugui donar avantatges a determinats licitadors respecte a la resta. La mesa no podrà revelar a la resta de participants les solucions proposades per un participant o altres dades confidencials que aquest els hi comunicui sense previ consentiment d'aquest, en els mateixos termes que estableix l'article 169.7 de la LCSP per al procediment negociat.

3. Procediment d'associació per la innovació (article 179.6 LCSP)

Els òrgans de contractació no revelaran a la resta de participants les dades confidencials que els hi hagin estat comunicades per un candidat o licitador participant en la negociació sense l'acord previ d'aquest. Aquest acord no podrà adoptar la forma d'una renúncia general, sinó que s'haurà de referir a la comunicació intencionada d'informació específica.

VII. Conclusions

- El moment per presentar la declaració de confidencialitat és el de la presentació de l'oferta pel licitador.
- La declaració de confidencialitat no pot ser genèrica, sinó que ha de precisar els documents que inclou i les raons que justifiquen la declaració, i ha de quedar limitada bàsicament a secrets comercials o tècnics i a informacions que puguin utilitzar-se per falsejar la competència en el mateix procediment o en posteriors.
- La declaració de confidencialitat no és vinculant per a l'òrgan de contractació. Aquest ha de fer una valoració crítica i decidir de forma motivada si la informació mereix o no aquesta protecció buscant l'equilibri entre els principis de transparència i de confidencialitat.⁶

⁶ Resolució 21/2017, d'1 de febrer de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública

- El contractista ha de mantenir la confidencialitat de la informació i de la documentació a la que tingui accés durant l'execució del contracte durant un termini mínim de 5 anys o superior, si així ho estableixen els plecs de clàusules administratives.

Barcelona, 2 de maig de 2018

Èlia Vilaseca i Arqués

Rosa Maldonado i Camats

Tècnica de la Direcció General
de Contractació Pública

Responsable Jurídic de
Processos i d'Organització