



Una reflexión a la tan discutida confidencialidad de las proposiciones de los licitadores

Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

La Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCC-CAA) emitió el pasado 19 de septiembre de 2012 un informe sobre la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores.

Confidencialidad versus transparencia

En su Informe la JCC-CAA empieza por poner en evidencia la posibilidad de que se considere que existe un conflicto entre el derecho a la confidencialidad de la información, que se reconoce en la Directiva 2004/18/CE y en el Real Decreto Legislativo 34/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP); y el principio de transparencia de los procedimientos previsto en el artículo 1 del TRLCSP, principio que se traduce tanto en la publicidad de las licitaciones como en la posibilidad de acceso a la información para revisar y en su caso recurrir las decisiones que se consideren contrarias a derecho o a las condiciones de la licitación.

Según el informe de la JCC-CAA la concurrencia de ambos derechos debe resolverse buscando el equilibrio adecuado, pues ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada, ni la transparencia puede implicar el acceso ilimitado al expediente de contratación y a los documentos que contiene.

El carácter secreto de las proposiciones

El Informe de la JCC-CAA no deja lugar a dudas sobre que sólo es posible el acceso a la

documentación del expediente a partir del momento en que las proposiciones dejan de ser secretas.

Las proposiciones de los licitadores son secretas hasta el momento de la licitación pública. Una vez se procede a la apertura, en acto público, de las ofertas presentadas, éstas dejan de ser secretas. Por tanto, antes de la apertura pública de las ofertas éstas no pueden ser examinadas.

Tras la apertura pública de las proposiciones cabe preguntarse si para el ejercicio del derecho de acceso habrá que esperar a la adjudicación del concurso o si dicho derecho podrá ejercitarse antes de la adjudicación. Al respecto, el Informe invoca el régimen supletorio del artículo 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, que establece el derecho de acceso a los expedientes que se correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. En función de qué se entienda por "procedimiento terminado" en el ámbito de la contratación pública, podrá ejercitarse o no el derecho de acceso antes de la adjudicación.

Según el Informe de la JCC-CAA lo habitual será considerar terminado el procedimiento cuando se notifique la adjudicación, pero también será posible dar acceso a la documentación aportada en el Sobre I por otros licitadores a aquellos licitadores sobre los que se hayan dictado actos de trámite - p.e. la exclusión del procedimiento- que les impidan continuar con el procedimiento.



Quién tiene derecho de acceso a la información y sobre qué

El Informe de la JCC-CAA que comentamos matiza anteriores informes emitidos por otras Juntas Consultivas de Contratación que limitaban el acceso al expediente solamente a los candidatos rechazados y a los licitadores admitidos.

En este informe se señala y considera que a la vista de los numerosos pronunciamientos de los Tribunales debe reconocerse el acceso al expediente no sólo a los que han participado en la licitación, sino también a otras personas que acrediten ser titulares de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o puedan resultar afectados. Este sería el caso, por ejemplo, de asociaciones o empresas no invitadas en un procedimiento negociado singular.

Asimismo, en su Informe la JCC-CAA considera que también debe matizarse la interpretación recogida en informes anteriores de otros órganos consultivos que señalaban que solo debía permitirse el acceso a la documentación aportada por el adjudicatario pero no a la documentación aportada por el resto de licitadores.

Según el Informe de la JCC-CAA, tras la reforma operada por la Ley 34/2010, de 9 de agosto, la notificación de la adjudicación a los licitadores deberá expresar las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada frente a las de otros licitadores que también hubieran presentado ofertas admitidas.

Por este motivo se entiende que el órgano de contratación debe permitir el acceso, por parte de cualquier empresa, a las proposiciones presentadas por todos los admitidos, y no solo

a la oferta de la empresa que haya resultado ganadora del concurso, ya que la motivación debe realizarse mediante la comparación entre todas las ofertas.

Según el Informe, para ejercer el derecho de vista del expediente los interesados deberán solicitarlo previamente y concretar los documentos que se quieren examinar. Será posible tomar notas pero no se entregará copia de lo presentado por los otros licitadores. Previamente el órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador.

Alcance de la confidencialidad: secretos técnicos o comerciales

Una primera lectura de la Directiva 2004/18/CE y del TRLCSP permitiría concluir que los licitadores tienen plena libertad para declarar qué información de su oferta es confidencial y que esta declaración debería ser respetada por el órgano de contratación.

Sin embargo, el necesario equilibrio entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia sirve para concluir que la confidencialidad no puede afectar a toda la oferta presentada, pues si así fuera se impediría que se cumpliera el deber de información a candidatos y licitadores.

Según el Informe, si un licitador señala como confidencial toda la documentación de su oferta, es el órgano de contratación quien determinará qué documentación no es un secreto técnico o comercial, pues solo éstos son materia genuinamente confidencial.