

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## El dret d'accés a l'expedient de contractació

14-03-2023

D'acord amb la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), concretament amb l'article 52, els interessats poden sol·licitar l'accés a l'expedient de contractació per poder examinar-lo prèviament a la interposició del recurs especial en matèria de contractació. La sol·licitud s'ha de presentar dins del termini d'interposició del recurs especial i l'òrgan de contractació té l'obligació de facilitar l'accés durant els cinc dies següents a aquesta sol·licitud, sens perjudici dels **límits de confidencialitat establerts a la Llei**.

En aquest sentit, l'article 133 de la LCSP estableix que 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. El caràcter de confidencial afecta, entre altres, els secrets tècnics o comercials, els aspectes confidencials de les ofertes i qualssevol altres informacions el contingut de les quals pugui ser utilitzat 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 no es pot estendre 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. Tampoc no es pot impedir la divulgació pública de parts no confidencials dels contractes, com ara la liquidació, els terminis finals d'execució de l'obra, empreses amb les quals s'ha contractat o subcontractat i, en tot cas, les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors dels contractes, i cal respectar sempre el que disposi la Llei de protecció de dades.

L'incompliment de l'obligació de donar accés a l'expedient no eximeix els interessats de l'obligació d'interposar el recurs especial dins del termini legalment establert. No obstant això, l'interessat recurrent pot citar aquest incompliment en el recurs i l'òrgan competent per resoldre'l li ha de concedir l'accés a l'expedient a les seves oficines amb caràcter previ al tràmit de al·legacions, perquè completi el seu recurs. En aquest supòsit, ha de concedir un termini de dos dies hàbils a l'òrgan de contractació perquè emeti l'informe corresponent i de cinc dies hàbils als interessats perquè efectuïn les al·legacions que considerin convenientes (art. 52.3 de la LCSP).

D'acord amb l'establert, l'accés a l'expedient a les dependències del Tribunal únicament opera quan l'òrgan de contractació hagi incomplert la seva obligació d'accés previ, amb l'objectiu d'evitar la indefensió al recurrent.

En aquest sentit, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) a la [Resolució 267/2022](#), de 2 de novembre, recorda que el dret d'accés té un caràcter instrumental per a la fonamentació de les accions que l'empresa recurrent consideri necessàries exercitar en la defensa dels seus drets i interessos legítims, i no és un dret absolut, sense que pugui obeir a un simple desig de recerca de defectes o errors en l'expedient, ja que, com també ha reiterat aquest Tribunal, es tracta d'arribar a l'equilibri necessari entre la confidencialitat de determinada informació, ateses les seves característiques especials, i les limitacions d'aquesta tant des de l'òptica de la transparència i la publicitat com, específicament, del dret d'accés a la informació.

D'acord amb la regulació esmentada, el TCCSP s'ha anat pronunciant en les seves resolucions en el sentit que els òrgans de contractació han de garantir el dret d'accés a l'expedient de les empreses recurrents conciliant els drets del licitador que demana l'accés amb els drets que tenen la resta d'empreses que s'han presentat sobre la base del principi de confidencialitat, el dret a la defensa i el dret a la protecció dels secrets comercials, i evitar que cap dret es vegi perjudicat. Per fer-ho, cal tenir present 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. La delimitació d'aquests aspectes ha estat i és, sens dubte, el nucli de la qüestió en la mesura que en requereix l'avaluació cas per cas ([Resolució 25/2023](#) del TCCSP).

Fem esment d'una de les últimes resolucions del TCCSP, concretament la [Resolució 141/2023](#), d'1 de març, on es desgrana quan es pot exceptuar aquest accés a l'expedient per motius de confidencialitat i quines actuacions cal que efectui l'òrgan de contractació a aquest respecte.

En primer lloc, el Tribunal diu que l'abast d'aquest accés pot ser limitat atenent aspectes relatius a secrets comercials i tècnics, com poden ser informació relativa a polítiques comercials pròpies de cada empresa, aspectes del saber fer, elements objecte dels drets d'autor o creacions intel·lectuals i informació de clients, entre d'altres, i sobre aquests aspectes el Tribunal estableix que, d'acord amb les presumpcions que el TJUE identifica en la Sentència Antea Polska, això no ha d'impedir que les empreses recurrents tinguin dret a un coneixement dels motius nuclears i neutrals de l'oferta de l'adjudicatària com ha reconegut el TJUE mateix. D'acord amb això, cal analitzar, doncs, en cada supòsit concret la documentació declarada confidencial, per tal de comprovar si s'ha observat un equilibri en la fixació de la documentació considerada com a confidencial. Per això el dret a la defensa i el dret d'accés s'han de conciliar amb el principi de confidencialitat, perquè els principis siguin efectius i alhora cap dels drets es vegin perjudicats.

Concretament, el TJUE ha precisat a la Sentència Klapeidos (apartat 120) que en els supòsits en què el poder adjudicador es negui a comunicar la informació confidencial d'un operador econòmic a un dels competidors, o quan coneix, en el marc d'un procediment administratiu previ obligatori, d'un recurs administratiu dirigit contra la seva negativa a difondre aquesta informació, s'ha d'atenir al principi general del dret de la Unió relatiu a una bona administració. I aquest **principi de bona administració** reclama, precisament, com a lògic corol·lari de qualsevol procediment competitiu, el deure de **motivació de les decisions adoptades**.

Per tant, el TCCSP assenyala que el poder adjudicador, en els supòsits que negui l'accés a part de l'expedient per protegir la confidencialitat declarada per un licitador, ha de posar de manifest amb claredat els motius pels quals considera que la informació sol·licitada, o part d'aquesta, té aquest caràcter confidencial i, en tot cas, comunicar de manera neutra el contingut essencial de les dades a l'empresa licitadora sol·licitant, en la mesura que sigui possible i sempre que aquesta **comunicació neutra** pugui preservar el caràcter confidencial dels elements específics d'aquestes dades per a les quals estigui justificada una protecció.

Per això, a la Resolució es destaca la importància de l'obligació de motivació de les decisions adoptades, en tant que permet als destinataris d'aquestes decisions defensar els seus drets i decidir amb coneixement de causa si interposen recurs.

A fi de garantir el dret d'accés a l'expedient, es destaquen dos aspectes essencials per a l'òrgan de contractació, l'un és la motivació de per què es considera confidencial una part de l'expedient i per tant no s'hi pot donar accés, i l'altre és la possibilitat de donar una versió neutra.

Com hem dit, la declaració de confidencialitat ha de comportar un estudi cas per cas per part de l'òrgan de contractació, i sovint aquesta tasca d'analitzar tots els documents de l'expedient que les empreses hagin pogut declarar confidencials és certament complicada i poden presentar dubtes. Per ajudar, en aquest aspecte, els òrgans de contractació, el Tribunal destaca la utilitat dels pronunciaments efectuats pel TJUE en relació amb l'abast i les possibles presumpcions del caràcter confidencial dels diferents aspectes de les ofertes com l'experiència, la identitat, les qualificacions professionals, els subcontractistes, el disseny dels projectes en el marc del contracte, la forma d'execució i el seu caràcter confidencial. A aquests efectes, a la Resolució 141/2023 del TCCSP, es transcriuen els apartats més significatius de la Sentència Antea Polska, de què destaquem els més rellevants:

"Por lo que respecta, en primer lugar, a la experiencia pertinente de los licitadores y a los elementos de referencia que adjuntan a sus ofertas, como acreditación de dicha experiencia y de sus capacidades, procede considerar que tal información, que corresponde en gran medida a la mencionada en el anexo XII de la Directiva 2014/24, a la que se refieren, en particular, sus artículos 60 y 63, no puede calificarse como confidencial en su totalidad."

"Cuando un operador económico participa en un procedimiento de contratación pública, no puede solicitar legítimamente que la lista de los contratos obtenidos o de los proyectos realizados, en virtud de los cuales haya adquirido la experiencia pertinente para el contrato público de que se trate, así como las referencias que permitan acreditar dicha experiencia, sean tratadas en su totalidad o en su mayor parte como confidenciales."

"A continuación en cuanto atañe a la información sobre las personas, tanto físicas como jurídicas, incluidos los subcontratistas, en las que un licitador indique poder apoyarse para ejecutar el contrato, es importante distinguir entre los datos que permitan identificar a tales personas y los que se refieran, sin que sea posible efectuar tal identificación, a su cualificación o su capacidad profesional."

Per tant, hem de tenir clar que els poders adjudicadors no estan vinculats a les declaracions fetes pels licitadors en relació amb la confidencialitat i, com bé exposa el Tribunal, no poden assumir sistemàticament i acríticament el que indiquen les empreses licitadores i, a aquests efectes, els

poders adjudicadors poden exigir als operadors econòmics que demostrin el caràcter realment confidencial de les ofertes, i apunta també la possibilitat de sol·licitar a l'operador econòmic que faciliti una “versió no confidencial” dels documents que ha declarat que contenen informació confidencial. Fins i tot es pot demanar a l'operador afectat d'aportar proves addicionals si es plantegen dubtes del caràcter confidencial de la informació transmesa.

Així doncs, la declaració de confidencialitat de determinada informació/documentació com a excepció al dret d'accés requereix ser analitzada pel poder adjudicador tenint en compte, cas per cas, si el document en qüestió és realment confidencial, i cal arribar a l'equilibri necessari entre la confidencialitat de determinada informació, ateses les seves característiques especials, i les limitacions d'aquesta tant des de l'òptica de la transparència i la publicitat com, específicament, del dret d'accés a la informació.

Un cop feta aquesta anàlisi, i d'acord amb el principi de bona administració, l'òrgan de contractació ha de motivar la seva decisió sobre la confidencialitat de les dades declarades pel licitador. En els casos en què s'arribi a la conclusió que la documentació és confidencial i no pot ser sotmesa a l'accés, cal facilitar si és possible una “versió neutra” d'aquesta documentació i/o dades confidencials, sempre que aquesta comunicació neutra pugui preservar el caràcter confidencial dels elements específics d'aquestes dades per a les quals estigui justificada una protecció per aquest motiu.



## **Èlia Vilaseca Arquès**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública