Informe 10/2014, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Posibilidad de dar a conocer a las empresas licitadoras las ofertas económicas presentadas por las otras, durante la fase de negociación, en los procedimientos negociados.

ANTECEDENTES

I. La Secretaría General del Departamento de Salud ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre "si en los procedimientos negociados sin publicidad las ofertas económicas tienen que considerarse secretas o confidenciales, y por lo tanto, no pueden darse a conocer al resto de licitadores durante la fase de negociación".

La solicitud de informe adjunta un escrito del *Institut Català de la Salut* en el cual se especifica que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los procedimientos negociados, con o sin publicidad, que tramita el *Institut Català de la Salut*, se prevé el precio como un aspecto susceptible de negociación y que las ofertas económicas de las empresas se darán a conocer a todas las empresas licitadoras, antes del inicio de la fase de negociación.

Asimismo, se señala que, bajo su criterio, "facilitar a todos los licitadores la totalidad de las ofertas económicas recibidas con el fin de proceder a la negociación (...) no sólo no vulnera los principios informadores del procedimiento negociado, sino que contribuye a su estricto cumplimiento dado que garantiza la igualdad de trato a todas las empresas licitadoras y que no se facilita de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores"; que "se ha considerado que el procedimiento contribuye también a la observancia del principio de transparencia, informador de la contratación administrativa"; y que "en absoluto es de aplicación el carácter confidencial de las ofertas económicas" en estos supuestos.

II. El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, los departamentos de la Generalitat, a sus entidades autónomas y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. El Departamento de Salud plantea la posibilidad, en los procedimientos negociados sin publicidad, de dar a conocer a todas las empresas licitadoras las ofertas económicas presentadas por las otras, por no tener que considerarlas secretas o confidenciales.

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

Con el fin de poder resolver esta cuestión resulta necesario, por una parte, determinar qué información puede tener carácter confidencial o secreto y, por otra parte, analizar la eventual incidencia que puede tener en el proceso de contratación el hecho de que las empresas licitadoras conozcan las ofertas económicas formuladas por las otras; siempre desde la perspectiva de la configuración jurídica de los procedimientos negociados, con publicidad o sin, dado que la respuesta que se dé resulta aplicable a este tipo de procedimiento, con independencia que se efectúe un anuncio de licitación previamente a la invitación a participar.

II. Respecto al posible carácter confidencial de las ofertas económicas, hay que partir de la regulación que sobre la confidencialidad de la información facilitada por las empresas candidatas y licitadoras, en las fases de selección del contratista y de adjudicación del contrato, se contiene en los artículos 140 y 153 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora adelante, TRLCSP).

El artículo 140 del TRLCSP establece que, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que se tiene que dar a las empresas candidatas y licitadoras, los órganos de contratación no pueden divulgar determinada información facilitada por los empresarios con ocasión de la participación en un procedimiento de adjudicación. Además, establece que son los empresarios quienes tienen que identificar la documentación o la información que consideran que tiene carácter confidencial.

Como ya ha puesto de manifiesto anteriormente esta Junta Consultiva[1], con este artículo se pretende, en resumidas cuentas, proteger determinada información facilitada por las empresas, vistas sus características especiales, estableciendo determinados límites. En este sentido, el derecho de protección del carácter confidencial de determinada información no puede implicar una vulneración de los principios de publicidad y de transparencia, pero tampoco el respeto a estos principios puede determinar un acceso sin restricciones a todo tipo de información, de manera que hay que encontrar el equilibrio necesario entre aquel derecho y estos principios.

Por lo que se refiere a la información susceptible de tener carácter confidencial y, por lo tanto, de protección, los artículos 140 y 153 del TRLCSP hacen referencia específica a una serie de materias[2], cuya nota común es tener un gran valor o suponer un activo de importancia para las empresas, por ser fruto de inversiones en investigación o de conocimientos adquiridos por la experiencia, por representar un valor estratégico de las ventajas competitivas ante el resto de empresas o por tratarse de una determinada forma de

[1] Sobre el carácter confidencial de determinada información presentada por los licitadores o por los candidatos se ha pronunciado esta Junta Consultiva en el Informe 11/2013, de 26 de julio, a las consideraciones y conclusiones al cual procede remitirse.

[2] Estos preceptos aluden a "secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas" y a información cuya divulgación pueda perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas", respectivamente.

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

gestión empresarial. Por lo tanto, la información que reúna estas características y, al mismo tiempo, sea una información verdaderamente reservada, se puede calificar de confidencial.

Si se aplica este régimen de la confidencialidad de la información a la cuestión concreta objeto de consulta, puede afirmarse que el importe de la oferta económica en sí mismo –es decir, la cuantía que se expresa en números absolutos en la oferta– es una información que, en principio, no sería susceptible de ser calificada de confidencial, ya que no revela secretos industriales, técnicos o comerciales, intereses comerciales legítimos, ni derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, en los casos en que dando a conocer la oferta económica, por cualquier medio, se pueda revelar también, directamente o indirectamente, por ejemplo, la metodología utilizada o los aspectos técnicos y los elementos que han llevado a su formulación, sí se podría estar comunicando información que podría comportar una ventaja competitiva para la empresa y, como tal, afectar a la competencia de esta empresa en el mercado[3]. Ahora bien, también hay que precisar que no necesariamente todas las ofertas económicas que incorporen más información que su importe tienen carácter confidencial, de manera que el reconocimiento de esta calificación tiene que ser valorada y determinada por el órgano de contratación en los pliegos respectivos, ya que depende del objeto contractual y de las características de las empresas del sector a que va dirigida la contratación o de los bienes jurídicos a proteger.

III. En relación con el carácter secreto de las ofertas, éste se encuentra previsto en el artículo 145.2 del TRLCSP, el cual dispone que "las proposiciones son secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública".

Hay que señalar que, aunque este precepto se encuentra comprendido entre las disposiciones relativas a las normas generales de adjudicación de contratos de las administraciones públicas –por tanto, no circunscrito a ningún procedimiento en concreto–, el deber de secreto de las ofertas, fundamental en los procedimientos de adjudicación ordinarios, abierto y restringido, vista su finalidad de salvaguardia de los principios de igualdad de trato y no discriminación y de garantía de la objetividad en la valoración de las ofertas[4], no resulta aplicable con la misma intensidad en el marco de los procedimientos negociados.

Así, hay que recordar que en estos procedimientos, caracterizados por su carácter flexible, no se establece de manera obligatoria la celebración de actos públicos para la apertura de las ofertas, ni existe propiamente una licitación en sentido estricto –en los términos en que

[3] El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la comunidad de Madrid, en el Acuerdo de 13 de marzo de 2013, afirmó que aquello que tiene que ser de conocimiento público -en un procedimiento abierto- es el importe económico, pero no la explicación de la motivación que ha llevado a hacer la oferta de un determinado importe.

[4] Sobre el deber de secreto de las ofertas y su finalidad, se pronuncia esta Junta en el Informe 8/2014, de 11 de abril.

se da en los procedimientos ordinarios–, y las ofertas presentadas por las empresas no quedan fijadas con carácter inalterable en el momento de su presentación[5].

Así, el TRLCSP no regula, en los procedimientos negociados, la puesta en conocimiento de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras en el resto –ni para limitarla, ni para determinar la forma en que tiene que llevarse a cabo.

De hecho, el mismo Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP)[6], establece que en estos procedimientos las ofertas se tienen que presentar en la forma que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares, y no son aplicables en estos casos las previsiones de la normativa de contratos del sector público relativas a la forma de presentación de las ofertas en sobres separados en función de la tipología de criterios de adjudicación que se prevean ni, como se ha dicho, las de los actos públicos de apertura de estos sobres, las cuales se encuentran íntimamente ligadas con el deber de secreto de las ofertas.

El motivo de este régimen jurídico diferente radica, justamente, en el ya señalado carácter no definitivo de las ofertas presentadas por las empresas antes del proceso de negociación y en el fundamento tanto del deber de secreto de las ofertas, como de las exigencias con respecto a su forma de presentación y de apertura. Este fundamento radica en la finalidad de garantizar la objetividad en la valoración de las ofertas y la salvaguardia de los principios de igualdad de trato y no discriminación, de manera que aquel deber y estas formalidades tienen su sentido de ser, no tanto respecto de las empresas licitadoras entre ellas, sino frente al órgano encargado de su valoración. Así, en un procedimiento en que el órgano de contratación tiene que conocer necesariamente las ofertas "iniciales" de las empresas y estas ofertas irán variando como resultado de la negociación de sus términos, el deber y las formalidades señaladas pierden su sentido, cuanto menos, respecto de las ofertas no definitivas presentadas por las empresas.[7]

---

[5] En el Informe 1/2011, de 14 de abril, de esta Junta Consultiva, se analizan estas notas características de los procedimientos negociados, y se hace referencia a otros pronunciamientos doctrinales sobre este punto, en relación con los requisitos formales de presentación de las ofertas y de apertura de éstas.

[6] Vigente en todo aquello que no se oponga a las previsiones de la normativa de contratación pública posterior, de rango igual o superior, excepto los artículos 79, 114 a 117 y los anexos VII, VIII e IX, derogados expresamente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

[7] La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE –que entrará en vigor el 17 de abril de 2014 y que tiene que ser transpuesta por los estados miembros como muy tarde el 18 de abril de 2016–, incluye los conceptos de "oferta inicial", la cual "será la base de las negociaciones ulteriores" y de "ofertas definitivas", que se corresponden a las "ofertas nuevas o revisadas" una vez concluidas las negociaciones; y prevé que los poderes adjudicadores negocien con los licitadores las ofertas iniciales presentadas y todas las ofertas ulteriores presentadas, excepto las ofertas definitivas (artículo 29).

En todo caso, como acto seguido se verá, en los procedimientos negociados la garantía del respeto a los principios de igualdad de trato y no discriminación, a los que responden tanto aquella forma de presentación de las ofertas, como las exigencias procedimentales para su apertura, se salvaguarda por otros medios.

IV. Una vez constatada, con carácter general, la no vulneración del deber de confidencialidad y del de secreto de las ofertas por el hecho de dar a conocer a las empresas licitadoras, en un procedimiento negociado, las ofertas económicas formuladas por las otras, hay que analizar su viabilidad jurídica de acuerdo con la normativa de contratación pública, así como la eventual incidencia que este hecho pueda tener, tanto desde el punto de vista de la salvaguardia de los principios que la informan, como de las relaciones o la competencia leal entre empresas.

El TRLCSP establece que en los procedimientos negociados la adjudicación recae en la empresa licitadora "justificadamente elegida" por el órgano de contratación, después de efectuar "consultas con diversos candidatos" y "negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos".

Hay que tener presente, sin embargo, que el TRLCSP no contiene una regulación completa de las fases y los requisitos para la selección de las empresas contratistas en estos procedimientos, ni de la forma en que tiene articularse la fase de negociación con las empresas –si bien para los procedimientos negociados con publicidad se dispone de regulación de la fase de selección de las empresas a las que se invitará a presentar oferta, por remisión legal a las normas del procedimiento restringido.

Por este motivo, se ha afirmado reiteradamente[8] la falta de formalismos y la flexibilidad existente a la hora de arbitrar el procedimiento en estos casos, vistas también las características propias de estos procedimientos, en los que el elemento esencial es la negociación "de aspectos económicos y técnicos" de las ofertas. En relación con esta negociación, el TRLCSP dispone que tienen que llevarla a cabo los órganos de contratación –o las mesas, si de forma potestativa se han constituido, o las comisiones negociadoras– con las empresas y que tiene por objeto las ofertas presentadas "para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación (...) con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa", sin regular el procedimiento ni la forma de llevarla a cabo.

En todo caso, sí se prevé, lógicamente, que en el transcurso de este proceso de negociación se facilite información a las empresas, con la única limitación expresa de no facilitar, de forma discriminatoria, "información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto". Hay que entender que este límite es adicional al deber de confidencialidad de determinada información facilitada por las empresas a que se ha hecho referencia en la consideración jurídica II, el cual resulta de aplicación a todos los procedimientos de contratación pública.

[8] Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 21/97, de 14 de julio, 13/98, de 30 junio, y 48/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros.

Así, se considera posible con carácter general que esta información se refiera a los precios ofrecidos por las otras empresas, por no ser contrario a los principios rectores de la contratación pública, siempre que se tengan en cuenta estos límites.

Sin embargo, en caso de que el precio sea el único aspecto posible de negociación previsto y, además, no se determine en función de las indicaciones y aspectos puestos de manifiesto por el órgano de contratación, sino de las ofertas económicas presentadas por las otras empresas –con la finalidad de que las mejoren, asimilándose de esta manera a una subasta–, hay que plantear hasta qué punto con esta articulación del procedimiento podría realmente considerarse que se está negociando.

Asimismo, vista la sucinta regulación que se contiene en el TRLCSP respecto del procedimiento negociado en general, y de la fase de negociación en particular, se considera aconsejable, en relación con la posibilidad de facilitar a las empresas participantes en la negociación el precio ofrecido por las otras, entender de aplicación en los casos en que se haga las medidas específicas de protección de la información previstas en el TRLCSP en relación con la subasta[9] –no revelar la identidad de las otras empresas participantes–, teniendo en cuenta la identidad de la información objeto de "reoferta" en ambos –precios o valores.

Además, hay que tener en cuenta que el TRLCSP también prevé medidas específicas de protección de la información facilitada por las empresas en los procedimientos de diálogo competitivo[10], sin duda por las características propias de estos procedimientos. En cambio, respecto del procedimiento negociado, el TRLCSP incorpora las medidas de protección genéricas que derivan de los principios que informan la contratación pública y, en especial, de los principios de igualdad y de no discriminación, al prever expresamente el deber de los

---

[9] De acuerdo con el artículo 148 del TRLCSP los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden prever que se faciliten, adicionalmente a la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento, otros datos relativos a los precios o a los valores presentados por las otras empresas licitadoras y el número de las empresas participantes, pero en ningún caso la identidad.

Respecto de esta posibilidad, hay que tener en cuenta que la *Guía sobre contratación pública y competencia* elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia aconseja, a efectos de evitar prácticas colusorias de las empresas en las subastas, "limitar la información proporcionada a los licitadores a los que la ley exige; por ejemplo, comunicar en cada fase a los licitadores su clasificación, sin difundir otros datos adicionales como, por ejemplo, el número de licitadores en cada fase, los precios ofrecidos, o la puntuación otorgada a otros elementos de la oferta del resto de licitadores".

[10] El artículo 182.2 del TRLCSP, después de prever que durante el diálogo el órgano de contratación tiene que dar un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores respecto del resto -en unos términos prácticamente idénticos a los del artículo 178.3 del TRLCSP en relación con el procedimiento negociado-, establece que el órgano de contratación tiene la obligación, específica de este procedimiento, de no revelar a los otros participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éstos los comunique sin su acuerdo previo -estableciendo así una concreción del deber genérico de confidencialidad, vistas las características propias de este procedimiento y de la información contenida en las soluciones tecnológicas de las empresas, presentadas en la fase previa a la presentación de las ofertas.

órganos de contratación de velar para que todas las empresas licitadoras reciban igual trato durante la negociación[11].

En definitiva, de acuerdo con lo que se ha expuesto en relación con el alcance del deber de confidencialidad y con el régimen jurídico aplicable a los procedimientos negociados y teniendo en cuenta la escasez de normas procedimentales contenidas en el TRLCSP respecto de este procedimiento, así como su carácter flexible, se considera posible, con carácter general, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los procedimientos negociados en los que el precio se establezca como uno de los aspectos a negociar, prevean también que las ofertas económicas presentadas se pondrán en conocimiento de todas las empresas que participan en la licitación con carácter previo a la fase de negociación. En los casos en que así sea, los pliegos tienen que determinar el alcance de la información que se facilitará, así como la forma y el momento en que se dará a conocer.

En todo caso, corresponde a los órganos de contratación decidir qué información procede facilitar a las empresas licitadoras en la fase de negociación y, en concreto, la conveniencia de informar el importe de las ofertas económicas de las otras, previa valoración de las circunstancias concurrentes –entre otras, de la incidencia que puede tener el hecho de facilitar esta información en el proceso de negociación y de las posibles prácticas colusorias que pudieran producirse [12].

Únicamente falta señalar, con respecto a la forma en que tiene que articularse el proceso, la necesidad de que sea, además de respetuosa con los principios que informan la contratación pública –especialmente, con los principios de igualdad, no discriminación y

[11] En cambio, la Directiva 2014/24/UE, antes mencionada, además de contener las mismas previsiones que la Directiva 2004/18/CE vigente –que quedará derogada el 18 de abril de 2016, cuando finalice el plazo de transposición de aquélla– y nuestro TRLCSP, relativas al deber de velar para que los licitadores reciban un trato igual y a la obligación de no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a los unos con respecto a los otros, también prevé medidas específicas de protección para estos procedimientos. Literalmente, dispone que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 –relativo a la confidencialidad–, los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o un licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de éste. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica" (artículo 29).

[12] En este sentido, debe tenerse en cuenta la necesidad, manifestada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la Sentencia de 14 de febrero de 2008 (as. C-450/06), "que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores".

Además, la *Guía sobre contratación pública y competencia*, antes mencionada, incluye como recomendaciones para desincentivar las conductas colusorias, las actuaciones que tiendan a restringir la posibilidad de comunicación entre los licitadores, así como las que contribuyen a aumentar la incertidumbre entre los licitadores con respecto al número y la identidad de sus posibles competidores.

transparencia–, adecuada para cada objeto contractual, con la finalidad de obtener la mejor oferta, y que tenga en cuenta las características de los sectores llamados a participar.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. El importe de la oferta económica es una información que, con carácter general, no tiene que ser calificada de confidencial, excepto en los casos que pueda dar a conocer, directa o indirectamente, la metodología utilizada o los aspectos técnicos y los elementos que han llevado a su formulación.

2. La posibilidad de dar a conocer a las empresas licitadoras las ofertas económicas presentadas por las otras en los procedimientos negociados es viable en los términos y las condiciones expuestas en la consideración jurídica IV de este Informe.

Barcelona, 11 de abril de 2014

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca