



Recurso nº 389/2020 C. Valenciana 100/2020

Resolución nº 926/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 26 de agosto de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.O.M., en representación de DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L. (en adelante, DIAVERUM), contra la Resolución de fecha 26 de febrero de 2020, de denegación de la confidencialidad de parte de la documentación presentada en la licitación convocada la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el “*Servicio de tratamiento de la enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis*”, expediente 86/2019; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana acordó el 23 de enero de 2019 el inicio del expediente del “*Servicio de tratamiento de la enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis*” (expediente 86/2019).

Segundo. Con fecha 1 de julio de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación. Se publicó también, en la misma fecha, en el DOUE.

Tercero. El valor estimado del contrato es de 86.017.696,80 €. Se utiliza para la contratación el procedimiento abierto.

Cuarto. En el seno de dicho procedimiento de licitación, el 26 de febrero de 2020 se resuelve por el Órgano de Contratación (en adelante OC) “DECLARAR LA NO CONFIDENCIALIDAD de la documentación señalada como tal por la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES S.L., ya que los apartados señalados en su solicitud, coinciden con la totalidad de la oferta presentada en el sobre 2, de los Lotes 1, 2, 3 y 4, lo que se opone



a la LCSP y de la doctrina y jurisprudencia, emitida entre otros por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”.

En dicha resolución, que es notificada al interesado el 27 de febrero, se indica que la misma agota la vía administrativa, y que contra ella “podrá interponerse recurso especial en materia de contratación, en el plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente a la notificación del acto”.

Quinto. DIAVERUM, al entender que la resolución obedecía a un error susceptible de ser subsanado por el OC, presentó escrito el 28 de febrero de 2020, solicitando la rectificación del mismo.

Posteriormente, el 12 de mayo de 2020, interpone recurso especial en materia de contratación frente a la Resolución de 26 de febrero de 2020, al entender que la misma vulnera su derecho al tratamiento confidencial de los apartados de su oferta calificados como tales, y que, según manifiesta, reúnen los requisitos exigidos para recibir dicho tratamiento.

Dice la recurrente que:

«Es cierto que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011, de 3 de agosto de 2011, 62/2012, de 29 de febrero de 2012 y 288/2014, de 4 de abril de 2014).

Pero ello no implica, desde luego, que el derecho a la confidencialidad de las ofertas de los licitadores deba ceder, en todo caso, ante el derecho de defensa del licitador descartado, dado que ninguno de tales principios tiene carácter absoluto, lo que ha llevado a que se perfilen doctrinalmente los elementos conforme a los cuales puede considerarse que la confidencialidad de las ofertas -insistimos, legamente



reconocida no perjudica dicho derecho de defensa y en consecuencia debe prevalecer sobre el mismo.

A estos efectos, se entiende que el derecho de defensa del licitador descartado puede ceder ante el principio de confidencialidad siempre que se cumplan una serie de condiciones:

a) Que dicha obligación de confidencialidad no afecte a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que la propia LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores.

b) Que el ejercicio del derecho a la confidencialidad esté debidamente justificado por la necesidad de proteger determinados intereses, requiriéndose con carácter general que se trate de información que afecte a secretos técnicos o comerciales, intereses comerciales legítimos, derechos de propiedad intelectual, información que pueda afectar la competencia leal entre las empresas, etc.

c) El derecho de acceso al expediente no necesariamente debe referirse a la totalidad del mismo, sino sólo a aquellos aspectos necesarios para fundar una posible reclamación y que no se hayan reflejado en la motivación de la adjudicación. En este sentido, se considera que, si la adjudicación ha sido debidamente motivada, y se ha puesto en conocimiento de los licitadores el informe de valoración de ofertas, el derecho de defensa del licitador descartado puede entenderse suficientemente garantizado debiendo prevalecer, en tal caso, el derecho a la confidencialidad de sus ofertas del resto de licitadores. En este sentido podemos citar, entre otras, la reciente Resolución Tribunal Administrativo Central Recursos Contractuales 10 de febrero de 2017, conforme a la cual:

“Pues bien, a la luz de todo lo expuesto, si bien es cierto que el órgano de contratación debió al menos motivar la extensión de la confidencialidad a la totalidad de las ofertas de algunos licitadores, en particular de la empresa adjudicataria, también lo es que la información puesta a disposición de la entidad reclamante en



la notificación de la adjudicación en la que se incorpora la totalidad del informe técnico de valoración y la extensión del informe que este Tribunal ha podido comprobar en el que se detallan cada uno de los criterios objeto de valoración en cada una de las ofertas, es suficiente para concluir que no se ha producido a la empresa recurrente indefensión; si bien denuncia las limitaciones impuestas por la entidad contratante para acceder en su integridad al expediente, no concreta aquellos aspectos de la información denegada que pudieran haberle impedido la formulación una reclamación eficaz y útil. En conclusión, el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente".»

Entiende la entidad recurrente que en el caso que nos ocupa concurren todos los requisitos que justifican la prevalencia del derecho de dicha licitadora a la confidencialidad de su oferta, sin que se aprecie, dice, que la preservación de dicha confidencialidad afecte de manera sustancial al eventual derecho de defensa de otros licitadores. Y ello con base en las siguientes alegaciones:

“☐ Mi representada ha declarado de manera justificada los elementos de su oferta que deben ser tratados con carácter confidencial y las razones de dicha confidencialidad, en los términos permitidos por el Anexo IV, habiendo cumplido por lo tanto con la carga que en tal sentido entiende nuestra doctrina administrativa en materia de contratación administrativa que le corresponde.

☐ La declaración de confidencialidad no se realiza por mi representada con carácter global o genérico, ni se pretende calificar la totalidad de su oferta de manera indiscriminada como confidencial. Como se ha justificado ya, hay partes de la oferta que no se declararon como confidenciales y la declaración de confidencialidad se hizo relacionando pormenorizadamente los apartados que se consideraban confidenciales, por lo que no se ha incurrido en la declaración global y genérica expresamente proscrita por la normativa aplicable.

☐ El órgano de contratación publicará en el momento oportuno el informe de valoración de ofertas, adecuadamente motivado y en el que se recogerá toda la



información relativa a las mismas susceptible de ser objeto de valoración conforme a los criterios definidos en los pliegos y, por lo tanto, la única relevante al objeto de garantizar el derecho de defensa del resto de licitadores.

En este sentido, y como antes se ha señalado, el derecho de defensa de los licitadores se vería suficientemente garantizado mediante la publicación de dicho informe de valoración, sin que al amparo de dicho derecho pueda aceptarse la pretensión de los licitadores de obtener un acceso ilimitado a las ofertas presentadas por el resto, incluso cuando se refieran a aspectos de las mismas que ni tan siquiera han sido valorados a efectos de la adjudicación y, por lo tanto, que en nada afectarán al eventual ejercicio de dicho derecho de defensa.

□ Por último, lo cierto es que las razones que han llevado a mi representada a designar como confidenciales determinados apartados de su oferta coinciden estrictamente con los motivos conforme a los cuales, y en atención a la doctrina antes expuesta, se justifica la prevalencia del derecho a la confidencialidad sobre el eventual derecho de defensa del resto de licitadores".

Los apartados de la oferta calificados por la ahora recurrente como confidenciales fueron los siguientes:

"2.1-A. Mejoras en equipamiento e instalaciones: descripción centros ofertados

2.1.1. Localización y puesta en funcionamiento del centro ofertado

2.1.2. Mejoras ofertadas para el Centro de Diálisis adicionales a los requerimientos del PPT

2.1.2.1. Accesibilidad

2.1.2.2. Sala de espera

2.1.2.3. Sala de diálisis

2.1.2.4. Mejoras ratios personal



2.1.2.5. Puesto de reserva adicional

2.1.2.6. Puestos con camas

2.1.2.7. Sistema adicional de seguridad

2.1.2.8. Sistema de climatización y ventilación

2.1.2.9. Sistema de oxígeno medicinal

2.1.2.10. Sistema de entretenimiento audiovisual

2.1.2.11. Sala de curas y reanimación

2.1.2.12. Espacio multiusos

2.1.2.13. Otras mejoras en estancias

2.1.3. Dependencias generales

2.1.4. Plano de distribución centro oferta

2.1.B. Mejoras en equipamiento e instalaciones

2.1.5. Equipamiento ofertado y mejoras respecto al mínimo requerido en el PPT

2.1.5.2. Camas de uso hospitalario

2.1.5.3. Dializadores

2.1.5.4. Monitor de diálisis

2.1.5.5. Sistema de pretratamiento de agua

2.1.5.6. Sistema de tratamiento (doble ósmosis inversa)

2.1.5.7. Controles de calidad de agua y líquido para hemodiálisis



2.1.5.8. Suministro de concentrado ácido

2.1.5.9. Líneas de sangre

2.1.5.10. Equipamiento general sanitario requerido en el PPT

2.1.5.11. Equipamiento general sanitario adicional en el PPT

2.2.A. Mejoras en recursos humanos: equipos multidisciplinares

2.2.1. Recursos Humanos

2.2.2. Ámbito de actuación

2.2.3. Medios materiales

2.2.4. Programas asistenciales

2.2.4.1. Programa de asistencia psicológica

2.2.4.2. Programa de asistencia social

2.2.4.3. Programa de asistencia dietética

2.2.4.4. Programa de asistencia fisioterapia

2.2.4.5. Programa de terapia ocupacional

2.2.5. Programas de formación y asesoramiento

2.2.6. Beneficios

2.2.B. programas y equipos de accesos vasculares

2.2.7. Estructura y contenido

2.2.8. Recursos humanos y materiales

2.2.9. Indicadores

2.2.10. Formación

2.2.C. Sistema de informatización de historias clínicas del paciente

2.2.11. Historia clínica electrónica”

Según la recurrente, a través de los mismos se define su estrategia operativa, su modelo de centro de diálisis, de organización de recursos humanos y materiales, sus programas de actuación específicos, etc, esto es, todos los elementos que configuran su propuesta de valor y que le permiten competir en el mercado de servicios de diálisis con el resto de actores.

De forma más concreta, señala lo siguiente:

“☐ En el apartado relativo a “Mejoras en equipamiento e instalaciones: descripción centros ofertados”, se detallan las características de los centros y el equipamiento propuestos por mi representada y que constituyen, precisamente, uno de los elementos fundamentales de su modelo de negocio, dado que la distribución y la organización de dichos centros determina la eficiencia y la competitividad de mi representada en el sector de los servicios de hemodiálisis y le permite, precisamente, diferenciarse de la competencia con un modelo de negocio propio y fruto de décadas de experiencia que no puede ser exhibido a sus competidores sin dañar gravemente las ventajas competitivas de mi representada derivadas de dicha experiencia previa.

☐ En el apartado relativo a “Mejoras en recursos humanos”, así como en el de “programas y equipos de accesos vasculares”, se describe pormenorizadamente tanto la estructura de recursos humanos de mi representada como todos los programas propios e internos desarrollados exclusivamente por mi representada para ofrecer en el mercado un servicio diferencial y competitivo, adicional al tratamiento de diálisis estrictamente considerado, y que incluye aspectos tales como su propuesta de modelo de asistencia psicológica, social, dietética, de



fisioterapia, de terapia ocupacional, de formación y asesoramiento o de accesos vasculares.

Se trata, nuevamente, de un aspecto interno y exclusivo de mi representada que le permite obtener ventajas competitivas respecto de sus competidores en el mercado ofreciendo un servicio diferencial y más eficiente, y que de desvelarse le produciría un importantísimo perjuicio dañando su capacidad de competir en el mercado dado que supone un importantísimo valor estratégico de la compañía que debe ser preservado de su competencia.

□ Exactamente lo mismo puede predicarse respecto del apartado relativo a “Sistema de informatización de historias clínicas del paciente”, dado que en dicho apartado se detalla el sistema de historia clínica electrónica específicamente desarrollado por mi representada para el desarrollo de su actividad, que no es de público conocimiento y que, nuevamente, constituye uno de los elementos fundamentales de su modelo estratégico que le permite obtener ventajas competitivas en el mercado y ofrecer un servicio diferencial y más eficiente que el de sus competidores, por lo que nuevamente debe ser protegido y preservado de su competencia.

Es evidente que, si se desvelaran los detalles del modelo operativo de mi representada a sus competidores, los intereses comerciales de mi representada se verían gravemente dañados, al exponer su know how a terceros y facilitarles toda la información necesaria para obtener ventajas competitivas respecto de mi representada.

Debemos recordar, asimismo, que son precisamente estos aspectos los que ordinariamente se valoran en licitaciones análogas a las que ahora nos ocupa, por lo que de permitir su conocimiento por el resto de licitadores se estaría anticipando la oferta de mi representada y permitiendo que sus competidores alteraran sus ofertas en futuras licitaciones en perjuicio, nuevamente, de los intereses de mi representada, al permitirles anticiparse al contenido de la oferta de mi representada para intentar obtener una valoración superior.



Por lo tanto, dicha información afecta a cuestiones de metodología de servicio que suponen un valor esencial de la compañía, que no pueden obtenerse de fuentes públicas y cuyo conocimiento afectaría a nuestra competitividad en el mercado, lo que exige su tratamiento como confidencial.”

Señala por último la recurrente que:

“Consideramos igualmente que no es procedente que, como consecuencia de entender -erróneamente como ya se expuesto- que mi representada designó como confidencial la totalidad de su oferta, la consecuencia sea la consideración acrítica y sin motivación alguna de toda la oferta como no confidencial, que es lo que hace la resolución que se nos ha notificado.

Como reiteradamente han considerado nuestros tribunales, y así lo detalla de hecho la resolución que se nos ha notificado, es el órgano de contratación el que debe valorar, de manera motivada y justificada, las partes de la oferta que deben ser consideradas como confidenciales al objeto de dispensarles dicho tratamiento. Pero habiendo sido calificadas como confidenciales por el licitador, no cabe rechazar sin mayores consideraciones dicho carácter confidencial en base a la consideración -insistimos, errónea- de que el licitador hizo una declaración genérica y global de confidencialidad de su oferta”.

Sexto. A la vista del recurso, se emitió informe por el OC, en el que manifiesta, en cuanto a la solicitud de rectificación de errores, que la misma fue resuelta por medio de escrito de 12 de mayo de 2020, en el que informa a la mercantil de que:

“La resolución de denegación de confidencialidad se ha dictado en aplicación de la normativa vigente y la doctrina y jurisprudencia actual, por lo que, en caso de oponerse a la misma deberá utilizar la correspondiente vía de impugnación, señalada en dicha resolución como pie de recurso. El tiempo transcurrido ha sido debido a la suspensión de plazos administrativos establecida en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.



Por otro lado, alega que en muchos casos se intuye un “mal uso” de la declaración de confidencialidad y un fraude de ley, asegurando que en el presente caso *“Siendo que la relación detallada corresponde a la práctica totalidad de la oferta técnica de cada Lote, ya que únicamente se exceptúa el apartado 2.1.5.1 relativo a sillones de diálisis, la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES S.L declara confidencial más de 98% de la memoria técnica, únicamente exceptúa un apartado de 1 página, de una memoria técnica de 50 páginas”*.

Termina solicitando la desestimación del recurso, al señalar que *“En el caso concreto que nos ocupa, la Administración ante la declaración de la mercantil recurrente, en la cual se señala prácticamente toda la oferta técnica como confidencial y sin hacer una justificación motivada de los puntos o secretos comerciales que se ven afectados por dicha confidencialidad, sino todo lo contrario, genérica e imprecisa, se le deniega la confidencialidad”*.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal en fecha 19 de mayo de 2020 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de mayo de 2020 acordando la denegación de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

Noveno. Con fecha 31 de mayo de 2020, la recurrente, DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L., solicita al Tribunal rectificación y/o modificación de la Resolución notificada acordando la adopción de la medida provisional solicitada, esto es, la suspensión de la Resolución recurrida, en el sentido de que se trate como confidencial la documentación calificada como tal por la recurrente durante la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación y hasta que el Tribunal se pronuncie al respecto.



Décimo. El artículo 25.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), dispone que el Tribunal podrá acordar la modificación o revocación de una medida provisional cuando existan circunstancias debidamente justificadas que aconsejen dicha actuación. Se ha constatado que, por error de hecho, el Tribunal adoptó en fecha 29 de mayo de 2020 la denegación de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, cuando el solicitante reclamaba no la suspensión del procedimiento, sino la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de fecha 26 de febrero de 2020, adoptada por el Subsecretario de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, en virtud de la cual se declaraba *“LA NO CONFIDENCIALIDAD de la documentación señalada como tal por la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES S.L.”*.

Undécimo. La Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 30 de junio de 2020 acordando revocar la medida provisional adoptada el día 29 de mayo de 2020 sobre no suspensión del procedimiento de contratación y adoptar la concesión de la medida provisional consistente en suspender la Resolución recurrida, de fecha 26 de febrero de 2020, adoptada por el Subsecretario de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que se trate como confidencial la documentación calificada como tal por la recurrente durante la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación, sin perjuicio de la continuación del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.b de la LCSP, y por persona legitimada para ello.



Tercero. Sentado lo anterior, debemos analizar si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido legalmente.

Se recurre una resolución de 26 de febrero de 2020, notificada al ahora recurrente el 27 de febrero de 2020. Por tanto, el 12 de mayo de 2020, cuando se interpone el recurso, ha transcurrido con creces el plazo máximo fijado por ley para recurrir, de modo que el recurso sería extemporáneo.

Ahora bien, lo cierto es que, a la vista de la resolución de 26 de febrero, el licitador presentó un escrito el 28 de febrero de 2020, solicitando la rectificación del mismo. Dicho escrito, que recibió respuesta del propio OC el pasado mes de mayo, debió ser tratado como recurso especial, y remitido por tanto a este Tribunal para su resolución, señalando el artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que *“2. El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. No cabe duda de que, en el presente supuesto, lo que pretendía el licitador era recurrir la decisión del OC, y que dicha impugnación debe realizarse ante este Tribunal a través del correspondiente recurso especial. Por su parte, el artículo 40.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, señala que *“1. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados”*.

Entendemos, con base en lo expuesto, que, en este momento, y a pesar del tiempo transcurrido, debemos entrar a resolver el fondo de la cuestión controvertida, y no como consecuencia del recurso presentado el 12 de mayo de 2020, sino porque debe tramitarse como recurso especial el escrito presentado el 27 de febrero de 2020.

Cuarto. Entrando ya en el fondo del asunto, una vez expuestas en sede de antecedentes las posiciones de las partes, hemos de partir en el análisis de la cuestión planteada del artículo 133 de la LCSP, que transcribimos a continuación:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas

a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo».

Sentado lo anterior, procede recordar la doctrina más reciente de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad. Así, en la Resolución 616/2019, señalamos:

«A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018)».



De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor excluido como garantía del derecho a recurrir.

En el presente caso, la declaración del carácter confidencial de una parte significativa de su oferta técnica efectuada por la entidad recurrente (más del 70 por ciento, según el órgano de contratación) tiene carácter genérico, no especificándose qué secretos técnicos o comerciales, o qué información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia deben ser preservados por parte del órgano de contratación frente a sus competidores.

Se verifica, pues, un exceso de la declaración de confidencialidad efectuada por la recurrente, que el órgano de contratación, frente a la petición de acceso al expediente del competidor excluido, puede reducir a lo que efectivamente sea confidencial con arreglo al artículo 133 de la LCSP.

Como hemos visto, este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. En relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la Resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el *"conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación"*. También se señaló en la misma resolución que, para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que *"a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir,*



desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado".

Por otro lado, hemos señalado en reiteradas ocasiones que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación. Así se señaló en la Resolución 343/2015:

"A estos efectos, este Tribunal considera que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que "puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitado expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de



ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado". En definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso pueda invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador".

A la vista de lo expuesto, estamos de acuerdo con el OC en que la confidencialidad no puede declararse de manera genérica y sin justificación del carácter secreto de cada punto concreto de la oferta cuyo acceso se va a ver restringido para los demás licitadores, porque ello conllevaría la vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego. El artículo 151 de la LCSP determina la necesaria motivación de la adjudicación, a efectos de poder trasladar al conocimiento del licitador toda la información necesaria para que, si los interesados lo consideran oportuno, puedan interponer el correspondiente recurso. Es en este punto en el que opera el artículo 53 de la Ley 39/2015, permitiendo el acceso a los documentos de un expediente administrativo, salvo que existan las razones de confidencialidad previstas en la LCSP. Sin olvidar que la Disposición Final 4ª de la LCSP establece la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y normas complementarias.

Por otro lado, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T-461/08 y T-298/09.

Como dijimos en nuestra Resolución 916/2015:



“La declaración de confidencialidad es así –al menos como regla- presupuesto necesario, pero no vincula al órgano de contratación, que debe comprobar si los extremos que los empresarios han señalado como tales merecen dicha calificación (cfr.: Resoluciones 516/2015, 46/2015, 710/2014) y, al mismo tiempo, asegurar el equilibrio entre los intereses en conflicto, esto es, entre el derecho al secreto de la información comercial o técnica relevante y el derecho a la defensa de los competidores que no han resultado adjudicatarios (cfr.: Resoluciones 131/2015, 119/2015, 863/2014, 710/2014, 45/2013).

Los principios expuestos son proclamados en la Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 14 de febrero de 2008 (asunto C-450/06)”.

Ahora bien, aun cuando estamos de acuerdo con el OC en que la ley no ampara una declaración genérica de la confidencialidad de la oferta, no lo estamos en el hecho de negar la confidencialidad de forma global, motivando la decisión exclusivamente en el hecho de que la solicitud de confidencialidad del licitador comprendía la práctica totalidad de la oferta. Si el OC tenía dudas sobre los motivos por los que el licitador ahora recurrente solicitaba mantener en secreto determinados aspectos de su oferta, debería haberle requerido para que concretara y motivara la concurrencia de tal carácter en los apartados concretos en que la sostuviera. Al no haberlo hecho, limitándose el OC a señalar que *“Siendo que la relación detallada corresponde a la práctica totalidad de la oferta técnica de cada Lote, ya que únicamente se exceptúa el apartado 2.1.5.1 relativo a sillones de diálisis, la mercantil DIAVERUM SERVICIOS RENALES S.L declara confidencial más de 98% de la memoria técnica, únicamente exceptúa un apartado de 1 página, de una memoria técnica de 50 páginas”*, entendemos que la resolución recurrida no está debidamente motivada.

Lo expuesto conlleva la estimación del presente recurso, al entender que no es conforme a Derecho la denegación global de la confidencialidad, sino que el OC debe pronunciarse de forma motivada sobre las concretas razones por las que rechaza la declaración de confidencialidad formulada por la recurrente respecto de cada documento, aspecto o partes concretas de su oferta que considera que afecta a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de la oferta, más allá del hecho de que la misma abarque la práctica totalidad de la oferta de la recurrente; requiriendo a esta última, si lo estima



necesario, para que exponga los motivos por los que, a su juicio, esos datos no pueden ser divulgados y resolviendo justificadamente el órgano de contratación qué parte o partes de la oferta de la empresa recurrente merecen o no la consideración de confidenciales.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.M.O.M., en representación de DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L. (en adelante, DIAVERUM), contra la Resolución de fecha 26 de febrero de 2020, de denegación de la confidencialidad de parte de la documentación presentada en la licitación convocada la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el “*Servicio de tratamiento de la enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis*”, expediente 86/2019, al entender que la misma no está debidamente motivada.

Segundo. Levantar la suspensión la Resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.