

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/069/18, BEI

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/069/18 BEI por la que se resuelve el recurso presentado por BOMBARDIER EUROPEAN INVESTMEMENTS, S.L. (en adelante, BEI) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia (en adelante, DC) de declaración de confidencialidad, de 31 de agosto de 2018, dictado en el ámbito del expediente S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de enero de 2018, en el marco de la información reservada que posteriormente se incorporó al expediente S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, se notificó a BEI un requerimiento, de 21 de diciembre de 2017, mediante el cual se le solicitaba determinada información.
2. El 23 de enero de 2018 BEI procedió a dar contestación en tiempo y forma al requerimiento de información y solicitó la confidencialidad sobre algunos datos facilitados en ésta, incluyendo como anexo a su respuesta versiones censuradas de los documentos.
3. Con fecha 27 de agosto de 2018, la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra diversas empresas, entre ellas la ahora recurrente, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de las licitaciones para el

suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de los sistemas de seguridad, de control y gestión del tráfico, de comunicaciones y de protección ferroviaria para la red de ferrocarril convencional y de alta velocidad ferroviaria en España (Expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS).

4. El 11 de septiembre de 2018, se notificó a BEI un acuerdo de la DC de 31 de agosto del mismo año que resolvía sobre la confidencialidad solicitada por esa entidad en relación con la contestación de 23 de enero de 2018 al requerimiento de información. En particular, el acuerdo de la DC aceptó parcialmente la confidencialidad cursada por BEI, al mismo tiempo que declara no confidencial determinada información facilitada por la compañía.
5. Con fecha 25 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el citado precepto, tuvo entrada en la CNMC escrito del representante de BEI de la misma fecha, interponiendo recurso administrativo contra el acuerdo de la DC de 31 de agosto de 2018.
6. Una copia del citado recurso fue emitida por el Secretario del Consejo de la CNMC a la DC el 26 de septiembre de 2018, para su informe, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).
7. El 2 de octubre de 2018 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por BEI. En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso.
8. Con fecha 9 de octubre de 2018, le fue notificado a BEI el acuerdo del Consejo de la CNMC de 4 de octubre del mismo año, por el que se le concedía un plazo de 15 días para acceder al expediente R/AJ/069/18 BEI y formular las alegaciones que considerase oportunas al informe de la DC de 2 de octubre de 2018 sobre el recurso contra el acuerdo sobre la confidencialidad.
9. El 11 de octubre de 2018 le fue facilitada a BEI copia del expediente R/AJ/069/18 BEI.
10. El día 31 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de BEI en tiempo y forma, de conformidad con el artículo 47.3 de la LDC.
11. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente

En la presente resolución esta Sala de Competencia debe pronunciarse sobre el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de confidencialidad de 31 de agosto por el que se aceptaba de manera parcial la solicitud de confidencialidad formulada por BEI respecto de la información aportada por dicha empresa en contestación al requerimiento de información realizado por la DC.

En particular, en el acuerdo impugnado la DC acordó declarar confidencial, a instancia de la citada empresa, la información contenida en los apartados 1 y 2 relativos a la estructura de propiedad, control y modificaciones de BEI (folios 12893, 12896 y 12897); en el apartado 3 relativo a la estructura funcional de la empresa (folios 12897 y 12898); en el apartado 4 relativo al procedo de la toma de decisiones dentro de la empresa (folio 12898); en el apartado 5 relativo a la identificación del equipo directivo (folios 12899 y 12900); en el apartado 7 relativo al volumen de negocios de la empresa en el mercado de referencia en los años 2016 y 2017 (folio 12902) y en el documento 4 (folio 12933) relativo a los acuerdos generales de colaboración, por entender la DC que constituye información sensible de carácter comercial constitutiva de secreto de negocio cuya divulgación podría ocasionarle un perjuicio, incorporando la versión censurada elaborada por la empresa del documento 4 y adjuntando también versión censurada elaborada de oficio por la DC.

No obstante, en el citado acuerdo también se acordó declarar no confidencial:

- (i) la información de los apartados 6.b) y 6.c) relativos a la estimación total del mercado y la parte de mercado que corresponde a la empresa y a cada una de las principales empresas competidoras (folios 12901 y 12902), en cuanto que son estimaciones internas de la empresa, de fácil obtención para un operador con conocimiento del mercado en función de los datos disponibles y publicados sobre clientes públicos en dicho mercado, por lo que no constituyen secreto comercial, cuya divulgación pudiera suponerle un perjuicio, y
- (ii) la información relativa a las licitaciones y ofertas cuyo cliente es ADIF en las que ha participado la empresa en los últimos cinco años (incluida en los folios 12921 y 12922 y 12925 y 12926); a los proyectos que ha realizado en condición de subcontratada (incluida en los folios 12929 a 12931); y las ofertas a las licitaciones relacionadas en el anexo del requerimiento en las que ha participado BEI (incluidas en los folios 12935 a 12937), por entender la DC que se trata de información que no constituye secreto de negocio de la empresa, que se ha hecho pública en el ámbito de las licitaciones a las que se refiere, siendo así mismo necesaria para delimitar el contenido, alcance y/o efectos de las conductas investigadas en el expediente expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En virtud del artículo 47 de la LDC, BEI solicita al Consejo de la CNMC la declaración de confidencialidad de determinada información aportada por la empresa en respuesta al requerimiento de información formulado por la DC, denegada por el precitado acuerdo de 31 de agosto. En concreto, solicita confidencialidad de la respuesta dada a las preguntas 6.b) y 6.c) del requerimiento de información (folios 12901 y 12902), así como de los documentos adjuntos aportados en relación con las preguntas 8.a), 8.c) y 9 del mismo requerimiento (folios 12925, 12926, 12929 a 12931 y 12935 a 12937).

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera, en su **informe de 2 de octubre de 2018**, que el recurso debe ser desestimado, ya que el citado acuerdo de la DC de 31 de agosto en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC. En este sentido, la DC considera que la valoración que se hizo sobre la confidencialidad de los documentos tuvo en cuenta las circunstancias económicas y comerciales del mercado.

Por ello, la DC propone mantener el carácter no confidencial de la información solicitada por BEI respecto de los folios 12901, 12902, parte de los folios 12925 y 12926, 12929 a 12931 y parte de los folios 12935 a 12937.

Por otro lado, en sus **alegaciones al referido informe de la DC**, BEI estima que la DC infravalora en su informe los graves e irreparables perjuicios que le ocasionaría la divulgación de dichos documentos, por entender que contienen información sobre BEI de carácter estratégico y secreto. Se alega una supuesta aplicación infundada de los principios en los cuales la DC se basa para denegar la confidencialidad, así como un supuesto análisis incorrecto de aquellos documentos que la DC estimó no ser confidenciales.

SEGUNDO. - Sobre la declaración de confidencialidad de determinados documentos.

Según el artículo 42 de la LDC *"En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales"*.

En ese sentido, la LDC permite, pues, que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en el mismo. Sin embargo, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso. Así lo establece la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 (cuando hace alusión a que *"el concepto "confidencial" es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para*

determinar si una información tiene o no ese carácter". Y así ha sido señalado reiteradamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹, siendo también reiterado por la CNMC², señalando expresamente que *"se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectados a materias protegidas por el secreto comercial o industrial"*; y añade *"ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados"*

Por ello, no basta la simple cita al "secreto comercial" para acceder a una petición de confidencialidad. Ni tampoco la declaración de confidencialidad constituye un derecho para la recurrente, sino que se trata de una decisión de este organismo resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.³

Por consiguiente, y como puso de manifiesto la DC en su informe, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como ha señalado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC⁴, confirmando la doctrina del Consejo de la CNC⁵. En primer lugar, determinar si se trata de secretos comerciales, en

¹ Entre otras, Resolución del TDC de 4 de septiembre de 2003, Expte. 552/02 Empresas eléctricas y Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, Expte. R/003/08 Trío Plus; de 16 de mayo de 2011, Expte. R/0064/11, CTT STRONGHOLD 3; de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2; de 16 de septiembre de 2011, Expte. R/0077/11 ENVEL; de 29 de noviembre de 2011, Expte. R/0080/11, MANIPULADO DE PAPEL; de 28 de diciembre de 2011, Expte. R/0084/11, ELTC 3; de 3 de febrero de 2012, Expte. R/0087/11, SANEAMIENTO MARTÍNEZ; de 22 de febrero de 2012, Expte. R/0091/11 ESSELTE; de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

² Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte R/DC/0009/14 EUROPAC; de 23 de octubre de 2014, Expte R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ.; de 21 de mayo de 2015, Expte R/AJ/054/15 MOLINS; de 5 de marzo de 2016, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS, de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO, de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA, de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT; de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE y de 5 de octubre de 2017, Expte. R/AJ/049/17 ELECNOR

³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, en el ámbito del Expte. S/DC/ 0584/16 Agencias de Medios.

⁴ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte R/DC/0009/14 EUROPAC; de 23 de octubre de 2014, Expte R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ y de 5 de marzo de 2016, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS. Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO, de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA, de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT y de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE.

⁵ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 16 de mayo de 2011, Expte. R/0064/11, CTT STRONGHOLD 3; de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2; de 16 de septiembre de 2011, Expte. R/0077/11, ENVEL; de 22 de febrero de 2012, Expte. R/0091/11 ESSELTE; de 7 de

segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

Corresponde, pues, como ya se hizo en el acuerdo de 31 de agosto de 2018, analizar la documentación cuyo carácter confidencial BEI alega con el fin de determinar o no su carácter confidencial, de acuerdo con el triple examen descrito.

Antes de proceder a analizar el contenido de los citados folios cuya declaración de no confidencialidad BEI recurre, hay que señalar que en la solicitud inicial de confidencialidad la citada empresa no razonó en forma alguna cuál era el perjuicio grave que la divulgación de dicha información podría ocasionarle y que justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad requerida, limitándose a señalar que dicha información constituía secretos de negocios de la citada empresa, presentando una relación de la documentación que estimaba confidencial, aportando versiones censuradas.

Así, en relación con la motivación de la confidencialidad solicitada por las partes y en cumplimiento de los artículos 42 de la LDC y 20 del RDC, la CNC en su resolución de 3 de febrero de 2012 estableció que una manifiesta falta de fundamentación de la confidencialidad solicitada, y en este caso recurrida, debe conducir a la desestimación del recurso sin entrar a analizar la controversia de fondo⁶:

“En el presente caso, el recurrente se limita a hacer una genérica mención a que los folios declarados como no confidenciales no guardan relación alguna con el objeto de la investigación ordenada por la Dirección de Investigación de la CNC, sin que este Consejo conozca los concretos motivos por los que se efectúa dicha afirmación ni se le pueda exigir que los intuya, puesto que dicha función no puede considerarse comprendida dentro del correcto ejercicio de las facultades revisoras de los actos de la Dirección de Investigación que tiene encomendada.”

Y la CNMC ha reiterado la necesidad de una justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de documentos incorporados al expediente administrativo, sin que ésta se pueda limitar a la aportación de una versión censurada del documento cuya confidencialidad se solicita⁷:

“(…) se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentren sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

febrero de 2013, Exptes. R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

⁶ Resolución del Consejo de la CNC de 3 de febrero de 2012, Expte. R/0087/11 SANEAMIENTOS MARTÍNEZ.

⁷ Resoluciones de la Sala de Competencia de 7 de febrero de 2014, Expte. R/0161/13 SBS y de 2 de abril de 2014, Epte. R/DC/0009/14 EUROPAC.

(...) Ante esta ausencia, no ya de prueba sino de simple argumentación por parte de la recurrente, ni la DC en su informe, ni este Consejo en la presente resolución pueden considerar que exista secreto comercial alguno en la información controvertida, cuando su justificación se limita a la mera presentación de la versión censurada del documento conflictivo bajo la simple afirmación de su carácter confidencial al tratarse de un borrador comercialmente sensible que nunca se llegó a remitir a terceros.”

Entrando en el análisis particular de cada uno de los documentos:

(i) Estimación total del mercado y cuotas del mismo que corresponden a BEI y a cada una de las principales empresas competidoras (folios 12901 y 12902).

Respecto del **folio 12901**, contiene una cifra que se corresponde con la estimación por BEI del tamaño total de los mercados de instalación y mantenimiento de los sistemas de señalización, seguridad, control del tráfico y telecomunicaciones ferroviarias en España en 2017. Por su parte, el **folio 12902** contiene una tabla con la estimación de BEI del total del mercado relativo a la instalación y mantenimiento de los sistemas de señalización, seguridad, control del tráfico y telecomunicaciones ferroviarias en 2017, diferenciando la parte que le corresponde a BEI y a sus principales competidores.

Sobre estos folios, BEI señala en su recurso que estas estimaciones son propias y no son de dominio público, que se trata de información “*fruto del trabajo de análisis de muchos años*” y que “*solo se ha podido conseguir con grandes esfuerzos*” por BEI y, en concreto, respecto de la cuota de mercado de BEI, entiende que supondría informar a sus competidores de las oportunidades que BEI considera accesibles, lo que conllevaría revelar información confidencial relativa a su estrategia y capacidad comercial.

Asimismo, en las alegaciones al informe preceptivo de la DC sobre el recurso interpuesto por BEI, la recurrente fundamenta sus pretensiones en el carácter reciente y público de la información sobre la que solicita la declaración de confidencialidad.

Por un lado, con respecto al carácter reciente de la información, BEI alega que, aun estando basada en datos que pudieran ser accesibles o conocidos por ciertas partes, tanto la estimación del mercado como de la cuota de otros competidores es el resultado de un proceso interno en el que se tienen en cuenta, además de dichos datos, la visión a futuro que BEU tiene del mercado. En este sentido, la recurrente sostiene que dicha visión se refleja en las estimaciones aportadas que revelan las oportunidades comerciales y, consecuentemente, la estrategia comercial de BEI.

Por otro lado, en cuanto al carácter público de esta información, BEI también señala que se trata de información que no es de dominio público ni es conocida por sus competidores, alegando que aunque las empresas tomen como base para sus estimaciones información pública ello significa que estas estimaciones sean conocidas en el mercado ni por las empresas competidoras. En este sentido, BEI recalca en su recurso que estas estimaciones son fruto de la inteligencia de mercado de la empresa y

que, a pesar de que la información solicitada sólo se refiere al año 2017, la recurrente realiza este ejercicio desde hace años, perfeccionando sus estimaciones a través de su labor comercial y de su trabajo a lo largo del tiempo, motivo por el cual esta información es estratégica y no es conocida por sus competidores.

A este respecto, esta Sala coincide con la DC al considerar que dicha información no debe ser declarada confidencial, siguiendo la doctrina de la CNMC en supuestos similares en los que también se planteó recurso al declarar no confidencial información que podría ser conocida, de algún u otro modo, por competidores, por lo que su divulgación no causaría perjuicio de ningún tipo, negando que pudiera considerarse secreto comercial⁸.

En primer lugar, la citada información no es susceptible de revelar ninguna estrategia comercial reflejando, simplemente, estimaciones de BEI sobre el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado de BEI y principales competidoras. Como reconocía la propia recurrente en su respuesta al requerimiento de información realizado, dicha información se puede deducir de fuentes públicas *“atendiendo a las licitaciones convocadas en 2017 y los resultados públicos de las mismas”* y *“la cifra que se asigna a BEI se corresponde con los proyectos efectivamente adjudicados respecto de la instalación y mantenimiento de sistemas de señalización en el año 2017”*. Por tanto, se trata de una labor al alcance del resto de empresas competidoras, máxime si se tiene en cuenta que, en todos los casos, son licitaciones convocadas por ADIF, entidad pública empresarial cuyas licitaciones son también públicas, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación al que se encuentra sometida. Así, las estimaciones cuya confidencialidad se discute se realizan sobre otros operadores que participan en los mismos mercados y concurren con frecuencia a estas mismas licitaciones. Se trata, por tanto, a juicio de esta Sala, de estimaciones realizadas a partir de información conocida en el mercado, cuya confidencialidad no resulta necesario proteger ésta dicha información ya tienen un carácter público.

Adicionalmente, al no aportar la recurrente suficiente nivel de detalle en su recurso, resulta imposible apreciar cuál es la supuesta labor de “inteligencia de mercado” realizada durante muchos años por BEI para obtener tales estimaciones. En todo caso, dado que la estimación cuya confidencialidad se discute se refiere exclusivamente a datos relativos al ejercicio 2017, y no a años anteriores, aunque BEI aplicara una inteligencia de mercado específica y secreta a los datos públicos sobre los que basa sus estimaciones resultaría del todo imposible a cualquier competidor descubrir o, siquiera, intuir, la metodología de la misma al no disponer como término de comparación de estimaciones realizadas por BEI para otros ejercicios anteriores.

Como la propia BEI señala en su respuesta al requerimiento de información realizado respecto de dichos datos, tanto las cuotas de los operadores como el total del mercado varían significativamente de un año a otro en función de las licitaciones que se hayan producido y del resultado de las mismas, por lo que de un solo ejercicio deviene imposible

⁸ Por ejemplo, Resoluciones de la Sala de Competencia de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/PRAXAIR y de 20 de julio de 2017, Expte. RAJ/037/17 HYTERA-SEPURA.

averiguar cuál es la metodología aplicada para determinar las cuotas salvo que sea tan simple que pueda ser aplicada a cualquier ejercicio sin más que disponer de los datos públicos del mismo.

(ii) Licitaciones de ADIF en las que participa BEI (folios 12925, 12926, 12929 a 12931) y 12935 a 12937

Los **folios 12925 y 12926** contienen una tabla con trece licitaciones de ADIF, de 2013 a 2016, en las que BEI oferta junto con otras empresas en forma de UTE.

Inicialmente, BEI solicitaba la confidencialidad para las columnas denominadas “*objeto material y geográfico*”, “*fecha de formalización*”, “*vigencia*”, “*porcentaje de participación*” y “*distribución de trabajos*”, circunscribiendo en su recurso la solicitud de confidencialidad a las columnas relativas a “*objeto material y geográfico*” y “*distribución trabajos*”, alegando en su recurso que esa información se refiere a acuerdos privados entre empresas sujetos a un deber de secreto contractual, que no se revelan en el marco de la licitación. Asimismo, señala BEI que la configuración de las UTEs y las decisiones de subcontratación dentro de las mismas son parte de la estrategia competitiva de las empresas, dado que tienen un impacto en la estructura de costes y en la eficiencia de las ofertas.

Esta Sala coincide con la DC en que la información contenida en los dos folios referidos no es susceptible de ser objeto de secreto comercial y, por tanto, no es susceptible de ser declarada confidencial.

Por lo que se refiere a la columna relativa a “*objeto material y geográfico*”, la información que contiene, para todas y cada una de las filas correspondientes a las trece licitaciones es una misma indicación de carácter genérico, en concreto, “*Presentación de oferta y compromiso de formalización de UTE para ejecución de proyecto si adjudicado*”, y teniendo en cuenta dicho contenido literal, esta Sala entiende que no puede ser considerado un secreto comercial que deba ser protegido, sin que de ello se derive ninguna decisión estratégica competitiva de las empresas que formalizan la UTE en cada una de esas trece licitaciones.

Por otro lado, la columna relativa a “*distribución trabajos*” contiene información sobre el reparto de tareas o trabajos entre las empresas de la UTE, siendo precisamente el contraste entre dicha información y la efectiva cuota de participación de las empresas en la UTE (dato público este último), un elemento necesario teniendo en cuenta los hechos objeto de investigación en el expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, determinante para la delimitación del contenido, alcance y/o efectos de las conductas investigadas en el expediente de referencia y la participación en éstas de las empresas incoadas.

En cuanto a **los folios 12929 a 12931**, contienen una tabla con once licitaciones de ADIF de 2013 a 2017, incluyendo columnas relativas a fecha de formalización, entidad contratante, objeto material, subcontratación a BEI e importes percibidos por BEI por los

servicios subcontratados. Argumenta BEI en su recurso que esta información permite conocer el precio de BEI para la prestación de los servicios para los que ha sido subcontratado y “entender la configuración interna de las UTEs”, revelando información sobre la estructura de costes de BEI, solicitando por ello su confidencialidad.

Asimismo, en sus alegaciones, BEI ha señalado que tales datos se refieren a aspectos internos de organización la UTE que en nada atañen a terceros que no forman parte de esta forma jurídica, añadiendo que contrariamente a lo indicado por la DC en su informe, esta información no solo no ha sido revelada, sino que tampoco es conocida por ADIF.

Pues bien, esta Sala considera que la confidencialidad pretendida por BEI no puede ser aceptada, dado que los datos que sean necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento no pueden ser declarados confidenciales, incluso aunque dichos datos constituyeran secretos comerciales que no hubieran sido difundidos. Cabe recordar que las conductas objeto de investigación son posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de licitaciones para el suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de sistemas de seguridad, control y gestión del tráfico, de comunicaciones y de protección ferroviaria para la red de ferrocarril convencional y de alta velocidad ferroviaria en España entre empresas competidoras y el documento controvertido se refiere a dichas licitaciones, incluyendo, como también se reflejaba en los anteriormente citados folios 12925 y 12926, referencias a relaciones entre empresas competidoras también incoadas en el citado expediente sancionador, resultando necesaria para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas en el expediente, cuya publicidad es también necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por dichas empresas, en tanto que refieren hechos que pueden sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia. Tal como viene señalando esta Sala, por ejemplo, en su Resolución de 3 de noviembre de 2016 (Expte. R/AJ/624/16, INDRA):

“(...) las empresas incoadas deben tener acceso a aquella documentación que va a ser utilizada de cara a la determinación de los hechos (paralelismo y finalidad común) y a la verificación de la participación y responsabilidad de cada una en la conducta investigada y en la posible infracción de la normativa de competencia. Si únicamente algunas empresas incoadas tuvieran acceso a tal documentación se podrían vulnerar gravemente los derechos de defensa del resto de las empresas incoadas.”

Finalmente, los **folios 12935 a 12937** contienen una tabla con 17 expedientes de licitación de ADIF de 2013 a 2017, con indicaciones sobre fecha de presentación, si resultó o no ganadora, motivos de rechazo, composición de las UTEs y una columna relativa a “*Distribución trabajos UTE/Subcontratación Adjudicataria*”, siendo ésta última para la que BEI solicita que se declare la confidencialidad. Los motivos de la pretensión de BEI se fundan en que se trata de información particularmente estratégica, en tanto que permitiría a sus competidores conocer la estrategia de especialización seguida por BEI para optimizar el empleo de sus recursos.

Sin embargo, esta Sala comparte la postura de la DC cuando afirma que es precisamente por el contenido de dicha columna que la información es necesaria para valorar los hechos objeto de investigación en el Expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, así como también resulta esa información necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por las distintas empresas interesadas, en los términos anteriormente referidos.

Por todo ello y teniendo en cuenta que se trata de información directamente relacionada con las conductas investigadas en el expediente sancionador y su privación a las restantes partes del procedimiento les impediría el pleno ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, la Sala confirma el criterio adoptado por la DC en el acuerdo de 31 de agosto de 2018 sobre el carácter no confidencial de la información discutida.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

El mencionado artículo 47 LDC sólo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la DC que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, de forma que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la inadmisión del recurso sin que proceda examinar las concretas alegaciones en que se funda.

A este respecto, debe señalarse en primer lugar que la recurrente no ha alegado en ningún momento la existencia de una vulneración de su derecho de defensa, por lo que esta Sala considera que no resulta necesario analizar el primero de los requisitos que prevé la LDC para la interposición de recurso.

Una vez descartado que el acuerdo de confidencialidad recurrido haya producido indefensión, procede analizar si dicho acuerdo puede causarle un perjuicio irreparable, de acuerdo con la definición del mismo dada por el Tribunal Constitucional que entiende por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (entre otros muchos, autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

En cuanto a la existencia de este perjuicio irreparable, la recurrente considera que el acuerdo impugnado lesiona grave e irreparablemente el interés de BEI ya que la ejecución del mismo supondría poner a disposición de sus competidores información de carácter sensible y que revela la estrategia comercial de BEI en relación con futuras licitaciones, por lo que cualquier empresa competidora a la que se le facilite acceso a esos datos podría utilizarlos para dañar su posición competitiva. En consecuencia, según BEI es la denegación de la solicitud de confidencialidad lo que genera el grave perjuicio que se podría causar a la recurrente sin se levantase la confidencialidad de esta información.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por BEI, entiende que la DC realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en el acuerdo recurrido. En el fundamento de derecho anterior se ha analizado detalladamente por qué esta Sala, en coincidencia con el criterio de la DC, no considera que dicha documentación incluya secretos comerciales o información confidencial que impida su conocimiento en el marco del procedimiento sancionador que se instruye por la DC. En ausencia de información confidencial el levantamiento de la confidencialidad recurrido no puede causar ningún perjuicio a BEI.

Además, como ha señalado la DC en su informe, BEI no ha señalado en qué medida el conocimiento de la información cuya confidencialidad se ha denegado afectaría a su capacidad para competir en el mercado ni cómo se distorsionarían las condiciones de competencia en dichos mercados, incluidas licitaciones que vayan a ser convocadas en un futuro, habiendo reiterado esta Sala la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría por la eventual revelación de un secreto comercial. Y esta Sala ha establecido la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría a la empresa por la eventual revelación de un secreto comercial, remitiéndose a lo dispuesto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, que expresamente ha señalado que corresponde al recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida pueda causarle dicho grave perjuicio⁹. Si ello es así con carácter general, debe manifestarse en mayor medida cuando la información cuya confidencialidad se solicita ha superado los cinco años de antigüedad y la pretensión de la solicitante va en contra de la presunción de no confidencialidad de información considerada histórica.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por BEI contra el acuerdo de la DC de confidencialidad, de 31 de agosto de 2018.

⁹ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/AJ7158/14 TRANSPORTES CARLOS y de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.