

## RESOLUCIÓN

**Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES**

### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

#### Presidente

D. José María Marín Quemada

#### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de enero de 2020.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES S.L. (en adelante, FACTOR IDEAS) contra el acuerdo de denegación de confidencialidad de 7 de octubre de 2019 en el marco del expediente S/DC/0627/CONSULTORAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de octubre de 2019 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) el recurso interpuesto por FACTOR IDEAS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de denegación de confidencialidad de 7 de octubre de 2019 en el marco del expediente S/DC/0627/CONSULTORAS.
2. Con fecha 17 de octubre de 2019, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (**DC**) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por FACTOR IDEAS.
3. Con fecha 18 de octubre de 2019, FACTOR IDEAS remitió a la CNMC la versión confidencial del anexo II que acompañaba al escrito de interposición del recurso.
4. Con fecha 24 de octubre de 2019, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procede estimar el recurso en relación con el

listado de licitaciones internacionales de FACTOR IDEAS incluidas en el anexo II y en relación con las licitaciones nacionales que se encuentran todavía en proceso de adjudicación y desestimar el recurso en todo lo demás.

5. Con fecha 7 de noviembre de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a FACTOR IDEAS un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 24 de octubre de 2019.
6. Con fecha 27 de noviembre de 2019, FACTOR IDEAS remitió escrito de alegaciones al informe de la DC de 24 de octubre de 2019.
7. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 9 de enero de 2020.
8. Es interesada en este expediente de recurso: FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES S.L.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones del recurrente**

FACTOR IDEAS promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de 7 de octubre de 2019 de la Dirección de Competencia por el que denegaba la confidencialidad del Anexo II aportado en respuesta al requerimiento de información de 11 de septiembre de 2019.

#### **1.1. Motivos del recurso**

La recurrente solicita al Consejo de la CNMC que admita el recurso y, en su virtud, declare la confidencialidad de determinada información (Anexo II) aportada en respuesta al requerimiento de información de 11 de septiembre de 2019, que fue denegada por la Dirección de Competencia el 7 de octubre de 2019. Subsidiariamente, la recurrente solicita al Consejo que declare la confidencialidad del listado de licitaciones internacionales contenidas en el anexo II.

FACTOR IDEAS alega que, en el caso de otras empresas incoadas en el expediente de referencia, la Dirección de Competencia ha estimado la confidencialidad de las licitaciones a las que se han presentado con los mismos argumentos que los expuestos por la recurrente.

Por otra parte, señala que gran parte de las licitaciones que han sido declaradas no confidenciales corresponden a concursos internacionales que no son públicos, suponiendo un perjuicio irreparable para los derechos e intereses legítimos de la mencionada mercantil.

La recurrente se refiere al procedimiento de control de concentraciones económicas previsto en el artículo 8 de la LDC, que excluye a las concentraciones de dimensión europea del ámbito de aplicación de la LDC. Considera entonces la recurrente que en mayor medida quedarían fuera del ámbito de aplicación de la ley las actuaciones ajenas al ámbito de la Unión Europea.

Asimismo, FACTOR IDEAS alega que el interés objetivo del procedimiento no se vería afectado en caso de que el acceso a los datos controvertidos se limitara exclusivamente a la CNMC y no fuera accesible para el resto de empresas incoadas.

La recurrente considera que la información controvertida es información estratégica, constitutiva de secreto de negocio de la empresa y no consta en registros públicos. La divulgación de dicha información podría ocasionarle un perjuicio frente a otra de las empresas incoadas, competidora directa en el mercado y respecto a la que se ha declarado la confidencialidad de las licitaciones en las que ha participado.

## **1.2. Informe de la Dirección de Competencia**

La Dirección de Competencia propone que se estime parcialmente el recurso interpuesto por FACTOR IDEAS en relación con el listado de licitaciones internacionales incluidas en el Anexo II y con las licitaciones nacionales que se encuentran en proceso de adjudicación.

La Dirección de Competencia recuerda que el artículo 42 de la LDC posibilita que las partes puedan instar la confidencialidad de los documentos obrantes en el expediente, sin que ello constituya un principio absoluto. Asimismo, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial y que la valoración de la confidencialidad pondere otros principios adicionales como el derecho de defensa de quienes son incoados en el procedimiento sancionador.

La Dirección de Competencia indica que denegó la confidencialidad del Anexo II por ser información pública y necesaria para delimitar la responsabilidad en las conductas investigadas.

La DC identifica que 55 de las 69 licitaciones públicas nacionales a las que FACTOR IDEAS se ha presentado desde el año 2014 al año 2019 tienen publicada en Internet las resoluciones de adjudicación, los anuncios de las licitaciones, los pliegos del contrato o los nombres y ofertas del resto de empresas participantes. La DC adjunta como anexo ejemplos de licitaciones públicas en las que ha participado FACTOR IDEAS. Además, indica que, en ocasiones, es difícil localizar la licitación en cuestión debido a la incompleta identificación de la misma.

La DC también especifica que 36 licitaciones son anteriores a octubre de 2014 por lo que dicha información habría perdido su carácter confidencial por tener una antigüedad superior a cinco años.

La DC concluye que (i) la normativa vigente en España exige la publicidad de la información relativa a los procesos de contratación que la recurrente considera confidencial y que, además, permite que los órganos de contratación superen las exigencias mínimas de publicidad, (ii) se ha constatado a través de internet que determinados órganos de contratación han hecho públicas resoluciones de adjudicación en las que constan la adjudicataria, el nombre de las empresas participantes en el proceso y las ofertas presentadas y (iii) la propia recurrente ha dado publicidad en su página web a determinados proyectos de los que ha resultado adjudicataria.

Por tanto, considera que quedaría desvirtuado el argumento esgrimido por FACTOR IDEAS sobre el carácter estratégico y constitutivo de secreto de negocio de dicha información, dado que ya es de acceso público o lo es potencialmente. No obstante, accede a declarar cautelarmente confidencial la información relativa a las licitaciones que se encuentran en proceso de adjudicación sin que este haya finalizado, por entender que la normativa vigente pueda resultar de aplicación a partir del momento en que dicho procedimiento haya finalizado.

En lo que respecta a las licitaciones en las que la recurrente ha participado fuera del territorio nacional, en la medida en que no le es aplicable la normativa española de publicidad y no se ha concluido el análisis interno en cuanto a la necesidad de esa información para fijar los hechos objeto del procedimiento, la DC propone estimar cautelarmente la confidencialidad de la información.

Respecto a la diferencia de trato alegada por la recurrente, porque a una empresa se le ha aceptado la confidencialidad de la contestación a un requerimiento de información, señala que esa aceptación fue adoptada en un momento procedimental inicial del expediente y que además incluye licitaciones privadas, que no están sujetas a las obligaciones de publicidad exigidas.

La DC considera que la mayoría de empresas a las que se ha requerido esta información no han solicitado la confidencialidad de los datos relativos a esas licitaciones, por lo que para esos competidores de la recurrente la misma información no reviste carácter de secreto de negocio.

Asimismo, la Dirección de Competencia se encuentra preparando el levantamiento de confidencialidad de la información de determinadas empresas, con el fin de aplicar un criterio uniforme y coherente sobre la confidencialidad declarada de manera cautelar hasta el momento.

Por otra parte, la Dirección de Competencia considera que FACTOR IDEAS no ha identificado en qué medida la divulgación de la información le genera un perjuicio grave.

### **1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia**

En el escrito de alegaciones de 27 de noviembre de 2019, FACTOR IDEAS mostró su conformidad con la conclusión alcanzada por la Dirección de Competencia en su informe, declarando que no deseaba realizar ninguna manifestación adicional, por lo que solicitaba la estimación parcial de su recurso en relación con la información relativa a las licitaciones nacionales en proceso de adjudicación no finalizado y a las licitaciones fuera del territorio nacional.

## **SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto**

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*"

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por FACTOR IDEAS -el acuerdo de denegación de la confidencialidad de 7 de octubre de 2019- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

## **TERCERO.- Sobre la existencia de perjuicio irreparable**

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En el informe de 24 de octubre de 2019, la Dirección de Competencia propone a esta Sala la estimación parcial del recurso interpuesto por FACTOR IDEAS contra el acuerdo de la DC de 7 de octubre de 2019 en el sentido de declarar confidenciales cautelarmente el listado de licitaciones internacionales y de aquellas nacionales en proceso de adjudicación. FACTOR IDEAS en su escrito de alegaciones de 7 de noviembre de 2019 se allana a la propuesta de la Dirección de Competencia.

La argumentación de la Dirección de Competencia para conceder de manera cautelar la confidencialidad de las licitaciones internacionales en las que FACTOR IDEAS ha

participado es que no están sujetas a la normativa de contratación pública y de transparencia españolas que exige la publicidad de la información relativa a los procesos de contratación y que no se ha concluido del análisis interno que dicha información sea necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento.

Como señala la jurisprudencia, "*la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente*"<sup>1</sup>. Como establece la SAN de 2 de diciembre de 2011, "*para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave*"<sup>2</sup>.

Por consiguiente, e la confidencialidad de la información contenida en un documento exige un análisis en tres etapas<sup>3</sup>. En primer lugar, se debe determinar si se trata efectivamente de un secreto comercial; en segundo lugar, si siendo tal originalmente se ha difundido entre terceros, perdiendo esta naturaleza y, por último, si siendo secretos comerciales, son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y garantizar el derecho de defensa de los incoados.

En el recurso dirigido a esta Sala, FACTOR IDEAS cuestiona el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 7 de octubre de 2019, porque la información que contiene es secreto de negocio por su carácter estratégico y que no consta en registros públicos. La pretensión de FACTOR IDEAS se centra, por tanto, en la primera parte del análisis en tres etapas.

Sin embargo, esta Sala constata que la empresa no ha alegado sobre cómo el conocimiento por sus competidores de la información suministrada en esas licitaciones podría generarle un perjuicio grave. Más allá de referirse a que constituye información estratégica y constitutiva de secreto de negocio, el recurso señala que su divulgación ocasionaría un perjuicio, no por el hecho de afectar directamente a la empresa, sino por una alegada diferencia de trato respecto a otra empresa a la que se le habría concedido el carácter confidencial a similar información.

La Dirección de Competencia rechaza en su informe la comparación que la empresa recurrente realiza respecto a la confidencialidad declarada para otra de las empresas incoadas en el expediente, a la que se le aceptó su petición de confidencialidad respecto a su contestación a un requerimiento de información. A este respecto la Dirección de Competencia señala que la mayoría de empresas a las que se ha requerido la misma información han aportado información detallada sobre las licitaciones a las que se han presentado, las ofertas presentadas, las empresas adjudicatarias y otros datos relativos a tales licitaciones, sin solicitar la confidencialidad de dicha información.

---

<sup>1</sup> SAN, de 10 de mayo de 2017, en el expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS

<sup>2</sup> SAN, de 2 de diciembre de 2011 (rec. 756/10) en el expediente R/0054/10.

<sup>3</sup> Expuesta en la resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011 y en posteriores resoluciones de la CNMC, entre las que pueden citarse la resolución de 24 de enero de 2014 (expte. R/01 58/1 3 TRANSPORTES CARLOS), y la resolución de 18 de julio de 2019 (expte. R/AJ/055/19 NOKIA 2).

Consecuentemente, para operadores competidores de la empresa recurrente la misma información no reviste el carácter de secreto de negocio.

Además, la Dirección de Competencia también señala como la diferencia de trato alegada por la empresa en relación con su empresa competidora, no se produce en el mismo momento procedimental. La contestación del requerimiento de la empresa con la que se compara se produjo en un momento inicial del expediente tras la incoación del mismo, cuando el grado de análisis y conocimiento de las evidencias por el órgano instructor es menor, lo que incide en que el criterio para conceder la confidencialidad de manera cautelar sea más conservador.

De conformidad con el artículo 42 de la LDC, la confidencialidad se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, “*en cualquier momento del procedimiento*”. Por tanto, la confidencialidad concedida de manera cautelar a la empresa competidora de la recurrente puede ser levantada por la Dirección de Competencia en cualquier momento del expediente, si así fuera necesario y dando plazo de alegaciones a la empresa, una vez el órgano instructor desarrolla un criterio uniforme, coherente y proporcional sobre la confidencialidad que proteja el secreto de negocios de los operadores y el derecho de defensa de las empresas incoadas.

Esta Sala considera que FACTOR IDEAS no ha identificado en un grado suficiente por qué el conocimiento por el resto de interesados en el procedimiento de la información cuya confidencialidad se ha denegado podría generarle un “*perjuicio grave*”, limitándose a alegar una diferencia de trato que no es tal, teniendo en cuenta que la mayoría de empresas no han solicitado la confidencialidad de los mismos datos. La recurrente también se limita a indicar con carácter general que dicha información es constitutiva de secreto de negocio y que no consta en registros públicos.

Procede, por tanto, que esta Sala analice la lista de licitaciones objeto del recurso bajo el prisma de las dos primeras etapas identificadas de tal manera que se determine si la información contenida tiene la naturaleza de secreto de negocio y si esta ha tenido difusión entre terceros, correspondiendo a la Dirección de Competencia, en sus funciones de instrucción del procedimiento, evaluar si esa información es necesaria para fijar los hechos del procedimiento.

## **1. Información no confidencial por su antigüedad**

La doctrina nacional y de la Unión Europea establece que el transcurso del tiempo conlleva que información que pudiera tener carácter de secreto comercial en un momento determinado deje de serlo por no corresponderse con la situación estratégica actual de una empresa o sector económico, que se ajusta a las diferentes y variables dinámicas del mercado<sup>4</sup>.

El considerando 23 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004

---

<sup>4</sup> Resolución de la CNMC, de 22 de noviembre de 2013 (expte. R/0152/13 transportes Antonio Belzunes).  
Alcalá 47 · 28014 Madrid – Bolivia 56 · 08018 Barcelona · Tfno.: 91 4329600 / 93 6036200 · www.cnmc.es

del Consejo (en adelante, **la Comunicación**) señala que *“la información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo, debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”*. Este criterio se debe interpretar como una referencia y no como una regla estricta, no debiendo constituirse un automatismo que implique que cualquier información de más de cinco años de antigüedad no sea secreto de negocio, ni que información de menos de cinco años lo sea<sup>5</sup>.

El listado de licitaciones presentado contiene información de licitaciones entre 2014 y 2019. Entre ellas, se incluyen, por tanto, licitaciones con más de cinco años de antigüedad. Asimismo, esta Sala considera que no puede ser información de carácter estratégico, como se alega por parte de la recurrente, ni tener relevancia comercial la presentación de ofertas a licitaciones nacionales o internacionales para la realización de proyectos que ya han finalizado. Por tanto, la información relativa a proyectos financiados por organismos nacionales o internacionales que han finalizado no puede tener carácter confidencial por haber perdido su relevancia comercial por el transcurso del tiempo.

## **2. Sobre las licitaciones nacionales finalizadas.**

El artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno prevé que las administraciones públicas publiquen todos los contratos que celebran, incluyendo, como mínimo, determinada información sobre los mismos como el número de licitadores participantes y la identidad del adjudicatario.

Además, el artículo 63.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (**LCSP**) establece la obligación de los órganos de contratación de publicar determinada información en el perfil de contratante, incluyéndose expresamente el número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.

En el mismo sentido, el artículo 151.1 de LCSP reitera la obligación de publicación de la resolución de adjudicación en el perfil de contratante del órgano de contratación y el apartado 2 del mencionado artículo exige que la publicidad de la resolución de adjudicación contenga la información necesaria a efectos de permitir que los interesados en el procedimiento de adjudicación puedan interponer recurso fundado contra la misma, previendo que, en todo caso, deba constar, entre otra información, en relación con las empresas descartadas, los motivos por los que se ha desestimado su candidatura, las

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 en el asunto T-344/08, apartado 142.

causas por las que no se ha admitido la oferta de los licitadores excluidos, así como el nombre del adjudicatario y las características determinantes de la selección de su oferta con respecto a las del resto de licitadores.

El artículo 133 de la LCSP permite que las empresas puedan identificar determinada información como confidencial. Esta circunstancia está supeditada al cumplimiento de la legislación vigente tanto en materia de acceso a la información pública como a las disposiciones de la LCSP sobre publicidad de la adjudicación y la información que debe ser facilitada a candidatos y licitadores. Este deber de confidencialidad del órgano de contratación no puede extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, sino exclusivamente a documentos cuya difusión sea restringida, no incluyendo, en ningún caso, documentos públicamente accesibles.

Asimismo, el artículo 155 de la LCSP señala que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contrario al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa o perjudicar la competencia leal entre empresarios.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011 confirmó el carácter no confidencial de la información pública relativa a los procesos de contratación de las Administraciones Públicas, tal y como había indicado la Resolución de la CNC de 27 de enero de 2011<sup>6</sup>.

La Dirección de Competencia señala que de las 69 licitaciones públicas nacionales desde el año 2014 a las que se ha presentado la empresa se ha encontrado información pública accesible en internet en 55 de ellas. Hace constar, además, las dificultades para encontrar la información en determinados casos por la incorrecta o incompleta identificación de la misma.

Expone varios ejemplos en los que ha podido encontrar toda la información disponible en el documento que motiva el recurso para argumentar que esta información no puede constituir secreto de negocio. En el expediente SE 2018/48 para la *“redacción de inventarios de emisiones y acciones de mitigación para el pacto de los alcaldes por el clima y la energía sostenible del municipio de Cartagena”* se observa que es información pública la oferta de 13.800 euros que realizó FACTOR IDEAS. Otros ejemplos comprobados por la Dirección de Competencia son el diseño y seguimiento del sistema de indicadores de impacto del Proyecto Life 14/CCM/000957 Blue Natura Andalucía o el contrato menor de servicio para la Evaluación de riesgos y vulnerabilidades climáticos del municipio de León.

Esta Sala también ha encontrado accesible en internet, por ejemplo, que FACTOR IDEAS presentó una oferta de 30.220 euros, como refleja el acta de la mesa de contratación, en el expediente 095/2018 del Ayuntamiento de Burgos para la redacción

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2011, en relación con el Expte R/0058/1 0 CTT STRONGHOLD 2.

del Plan de Acción para el Clima y la Energía Sostenible, aunque no le fuera adjudicado el contrato<sup>7</sup>.

Aquellas licitaciones que en el Anexo II presentan un estado de “cerrado” también se pueden encontrar accesibles en internet. Es el caso del contrato para la “*elaboración de un catálogo aragonés de buenas prácticas agrarias para un desarrollo bajo en carbono y un sector agrario más resiliente al cambio climático, en desarrollo de agroclima 2017-2018*” que fue adjudicado a FACTOR IDEAS por 35.120 euros<sup>8</sup>.

Cuando en las licitaciones del Anexo II se incluye el estado “abierto” el contrato también se encuentra adjudicado, aunque no se haya ejecutado la prestación. Es el caso de la licitación referida al “*análisis económico y social en las primeras fases del segundo ciclo de las estrategias marinas*”<sup>9</sup>.

Por consiguiente, esta Sala considera que la información relativa a las licitaciones nacionales finalizadas no puede constituir un secreto de negocio de la empresa recurrente, ya que su divulgación es habitual por virtud de la normativa nacional de contratación pública y de transparencia, por lo que no tiene aptitud para que su divulgación genere un perjuicio grave a la recurrente. Esta conclusión se alcanza independientemente de que algunas licitaciones públicas concretas pudieran no estar disponibles en “*registros públicos*”. Se debe tener en cuenta que lo que se ha analizado es si la información constituye un secreto de negocio (primera etapa del análisis), por lo que los datos de aquellas licitaciones que no estén disponibles en internet, teniendo en cuenta que son los mismos de aquellas que sí, tienen la misma naturaleza. Por último, se debe tener en cuenta que para sus competidores esta misma información no es considerada secreto de negocio.

### **3. Sobre las licitaciones nacionales no finalizadas**

Teniendo en cuenta que entre la información se encuentran licitaciones públicas de 2019, algunas de las mismas se encuentran en proceso de adjudicación sin que exista todavía resolución y notificación de la adjudicación, de conformidad con el artículo 151 de la LCSP. La Dirección de Competencia propone a esta Sala estimar parcialmente el recurso en relación con las licitaciones nacionales no finalizadas en el sentido de declarar cautelarmente confidencial esta información, por entender que la normativa vigente resulta de aplicación a partir del momento en que dicho procedimiento ha finalizado.

Se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 157.4 de la LCSP, aplicable a los procedimientos abiertos, la Mesa de Contratación procede a la apertura y examen de las proposiciones y formula la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. En el caso del procedimiento abierto simplificado el

---

<sup>7</sup> Se encuentra disponible públicamente [aquí](#):

<sup>8</sup> La información está disponible [aquí](#):

<sup>9</sup> La información está públicamente disponible [aquí](#).

artículo 159.4.d) señala que *“en todo caso, será público el acto de apertura de los sobres que contengan la parte de la oferta evaluable a través de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos”*. En la letra f) del mismo artículo se señala que en el acto público se procede también a la lectura del resultado de la valoración de las proposiciones cuando se contemplan criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

En el caso de ser un procedimiento restringido, que como señala el artículo 160.4 de la LCSP son especialmente adecuados en el caso de servicios de consultoría, el artículo 165 de la LCSP se remite a los efectos de la adjudicación del contrato a lo previsto para el procedimiento abierto, lo que incluye una remisión al artículo 157 de la LCSP, antes citado.

En el caso de los procedimientos con negociación, de conformidad con el artículo 169.4 de la LCSP, las mesas de contratación y los órganos de contratación no facilitarán de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Además, en el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de este. El artículo 171 de la LCSP también prevé algunos aspectos para la información a los licitadores en este procedimiento. Obligaciones similares tiene la mesa especial del diálogo competitivo en el caso del procedimiento de diálogo competitivo, de acuerdo con el artículo 175 de la LCSP y los órganos de contratación en el procedimiento de asociación para la innovación, de conformidad con el artículo 179 de la LCSP.

Por último, si son aplicables las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos, debe respetarse el anonimato hasta que el jurado emita su dictamen o decisión, de acuerdo con el artículo 187 de la LCSP.

Esta Sala considera que la naturaleza como secreto de negocio de la oferta presentada no se pierde necesariamente en el momento en que el contrato se adjudica. En el caso de los procedimientos abiertos y el restringido, la naturaleza de secreto de negocio de la oferta presentada se pierde en el momento en que en acto público se produce la apertura de proposiciones en el que cualquier competidor puede acceder a dicha información.

Consecuentemente, esta Sala considera que la Dirección de Competencia podría no declarar cautelarmente confidenciales aquellas licitaciones públicas nacionales del documento *Excel* otorgadas mediante procedimientos abiertos o restringido en las que ya se ha producido la apertura de proposiciones. Si para adjudicar el contrato se utiliza en algún caso un procedimiento con negociación, de asociación para la innovación o le son aplicables las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos, esta Sala considera adecuado declarar cautelarmente su confidencialidad hasta que exista una resolución de adjudicación para no perjudicar la dinámica e intereses de la licitación. Corresponde a la recurrente, en su caso, señalar a la DC las licitaciones que se están otorgando mediante estos procedimientos.

#### 4. Sobre las licitaciones de instituciones de la UE y Estados Miembros de la UE y Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En relación con las licitaciones internacionales, la Dirección de Competencia propone estimar el recurso y declarar cautelarmente su confidencialidad, pues dichas licitaciones no están sujetas a los regímenes jurídicos españoles de transparencia y contratación pública.

A este respecto cabe señalar que el artículo 161 del Reglamento 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión<sup>10</sup>, incluye normas detalladas sobre los procedimientos de contratación pública para garantizar que las instituciones de la Unión aplican los mismos criterios que los que impone 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 (**Directiva de contratación pública**). A la luz de esta norma, la LCSP ha traspuesto en España las normas reguladoras de la contratación pública antes mencionadas.

De acuerdo con el artículo 38 del Reglamento financiero de la UE, la Comisión publicará de manera adecuada y en tiempo oportuno la información sobre los perceptores y la cantidad entregada de fondos financiados con cargo al presupuesto, que se puede consultar a través del sistema de transparencia financiera (FTS)<sup>11</sup> en todos los contratos por encima de 15.000 euros.

Asimismo, en los procedimientos de contratación pública por parte de las instituciones de la UE rigen normas muy similares a las contenidas en la LCSP y enumeradas con anterioridad. En el punto 28.1 del Anexo I del Reglamento financiero de la UE se especifica que, para los procedimientos abiertos, los representantes autorizados de los licitadores podrán asistir a la sesión de apertura de las ofertas.

Por consiguiente, esta Sala considera que podrían no declararse cautelarmente confidenciales aquellas licitaciones públicas de las instituciones de la UE tramitadas mediante procedimientos abiertos o restringidos en las que ya se ha producido la apertura de proposiciones. Si el procedimiento para adjudicar el contrato no es ninguno de los anteriores o no se ha producido la apertura de las ofertas, esta Sala considera adecuado declarar cautelarmente su confidencialidad hasta que exista una resolución de adjudicación para no perjudicar la dinámica e intereses de la licitación. Corresponde a la recurrente, en su caso, señalar a la DC las licitaciones que se están otorgando mediante estos procedimientos.

---

<sup>10</sup> Reglamento 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1296/2013, (UE) n.o 1301/2013, (UE) n.o 1303/2013, (UE) n.o 1304/2013, (UE) n.o 1309/2013, (UE) n.o 1316/2013, (UE) n.o 223/2014 y (UE) n.o 283/2014 y la Decisión n.o 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012 (Reglamento financiero de la UE)

<sup>11</sup> Disponible [aquí](#)

Igualmente, esta Sala considera que la normativa de contratación de aquellos Estados miembros sujetos a la transposición de la Directiva de contratación pública también prevé la existencia de procedimientos abiertos que, por tanto, están sujetos al mismo criterio: desde el momento en que se produce la apertura de sobres la oferta económica deja de ser confidencial.

## 5. Sobre las licitaciones de organismos internacionales

Por último, el documento también incluye licitaciones que pertenecen a múltiples poderes adjudicadores internacionales sujetos al Derecho Internacional. Si bien dichos organismos no aplican la legislación española, la mayoría tienen políticas de transparencia en sus procedimientos de licitación entre los que se incluye la publicación del número de licitadores, el adjudicatario o la evaluación de las ofertas presentadas.

Entre los poderes adjudicadores se encuentra, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo que señala que para los proyectos que financie la selección de los consultores se hace en acto público<sup>12</sup>:

*“La fecha de apertura de proposiciones se fijará dando el suficiente tiempo a los consultores para asistir a la misma. Las propuestas de precio se abrirán públicamente en presencia de los representantes de los consultores que decidan asistir (presencialmente u online). El nombre del consultor, los puntos técnicos y la oferta de precios propuesta se leerán en alto y se grabará cuando las propuestas de precios son abiertas, enviando una copia al Banco de inmediato.” (traducción propia)<sup>13</sup>.*

En el caso de los organismos pertenecientes al sistema de Naciones Unidas, en el documento “UN Procurement Practitioner’s Handbook” se indica que:

*“El tipo de convocatoria y los documentos determinarán si la apertura de proposiciones se realizará en público y el tipo de información que será divulgada. [...] El funcionario o panel encargado de la apertura tiene la función de elaborar un informe que registre el proceso de apertura de las ofertas. El informe normalmente contendrá información sobre las ofertas recibidas (nombre y país de origen del oferente), la fecha y el tiempo de comienzo y fin de la apertura de las ofertas, precio y moneda*

---

<sup>12</sup> [Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank GN-2350-15 May 2019](#) y [Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank GN-2350-9 March 2011](#).

<sup>13</sup> The opening date shall be defined allowing sufficient time for consultants to make arrangements to attend the opening of the price proposals. The price proposals shall be opened publicly in the presence of representatives of the consultants who choose to attend (in person or online). The name of the consultant, the technical points, and the proposed prices shall be read aloud (and posted online when electronic submission of proposals is used) and recorded when the price proposals are opened, and a copy of this record shall be promptly sent to the Bank.

*utilizada en las ofertas [...] nombres de los representantes presentes en la apertura pública, en su caso [...]"*

En algunos casos la revelación de ofertas está sujeta a una autorización específica, como en el caso del PNUD<sup>14</sup>.

En el caso del Banco Mundial, este se reserva el derecho a divulgar de forma pública la información de la adjudicación, específicamente, en relación con el contratista, el nombre y país del contratista y el importe de adjudicación. La propuesta y los documentos contractuales no están sujetos a divulgación<sup>15</sup>.

El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo tiene un procedimiento de selección de consultores sujeto a sus propias reglas de contratación que implica una negociación posterior a la apertura de las ofertas<sup>16</sup>.

Ante la multitud de organismos internacionales, esta Sala no puede establecer un criterio único para las licitaciones internacionales afectadas. Sin embargo, esta Sala considera que no puede extenderse como criterio general el carácter de secreto comercial de todos los datos relacionados con licitaciones internacionales, ya que por lo general están sujetas a políticas de transparencia y procedimientos de concurrencia competitiva en los que los licitadores conocen las ofertas que presentan los demás. Corresponde, en tal caso a la empresa afectada argumentar debidamente el perjuicio grave que le supondría la divulgación de datos, atendiendo a la política de transparencia de la cada licitación internacional, pues no en todas ellas se aplica una política de no divulgación.

#### **CUARTO.- Ausencia de indefensión**

Es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa<sup>17</sup>:

*“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la*

---

<sup>14</sup> [Procurement Policy Evaluation of Offers](#): “The work of the evaluation team is strictly confidential and information about submissions or bids/proposals shall not be publicly revealed. It shall not and need not be reported to the Government where the project is being implemented, nor to anyone outside of UNDP, except when clearance has been obtained from the appropriate bodies in UNDP Headquarters.

<sup>15</sup> [TÉRMINOS Y CONDICIONES GENERALES SERVICIOS DE ASESORAMIENTO Agosto de 2016](#)

<sup>16</sup> [Procurement Policies and Rules](#)

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

*tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».*

La recurrente no alega expresamente sobre este motivo de impugnación. Por ello, esta Sala no aprecia la existencia de indefensión.

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

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES, S.L. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 7 de octubre de 2019 en relación, exclusivamente, con las licitaciones de organismos internacionales y de Estados de fuera del Espacio Económico Europeo para las que FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES, S.L. acredite un perjuicio grave en su divulgación ante la Dirección de Competencia.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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 al de su notificación.