CONSEJO EJECUTIVO DE LA UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Dictamen	N° **2**	2020
Expediente	N° 2020 – 2 – 10 – 0000064	

Montevideo, 24 de abril de 2020

VISTO: la consulta formulada por la Agencia Nacional de Vivienda (ANV) respecto a la juridicidad del modo de proceder de una empresa que entregó parte de su oferta en carácter confidencial, en el marco de un procedimiento de licitación abreviada para la contratación de servicios de asesoramiento, gestión y revisión documental de los proyectos presentados en la Oficina del Inversor;

RESULTANDO:

I. que según surge de la consulta, el oferente en cuestión habría presentado en carácter confidencial, la información de su oferta referida a su experiencia profesional en el ejercicio de trabajos similares a los licitados;

II. que el Pliego de Condiciones Particulares respectivo exigía que dichos antecedentes fueran proporcionados, como mínimo, con los siguientes datos: descripción del trabajo realizado, nombre del cliente, sector de actividad, teléfono y persona de contacto para verificar la información proporcionada, y período de trabajo (num. 14.1.a);

III. que, a su vez, el oferente habría cumplido con entregar el correspondiente “resumen no confidencial” de dicha información, conforme con lo requerido por el artículo 30 del Decreto N° 232/010, de 2 de agosto de 2010;

IV. que este “resumen no confidencial” contendría toda la información entregada en carácter confidencial, omitiendo solamente el nombre del cliente, el teléfono y la persona de contacto de cada antecedente reseñado;

V. que la Comisión Asesora de Adjudicaciones encargada de evaluar las ofertas, habría decidido no tener en cuenta la referida información presentada por oferente en carácter confidencial (tampoco la

presentada en su “resumen no confidencial”), por entender que la misma no encuadra dentro de lo que la normativa establece como información confidencial;

VI. que, para arribar a dicha conclusión, la Comisión Asesora de Adjudicaciones se habría sustentado en lo sostenido por el Dictamen N° 7/2017 de este Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública;

VII. que, en este contexto, se consulta a esta Unidad “*si la Comisión Asesora de Adjudicaciones debió considerar la información presentada como confidencial por la empresa “B” al momento de evaluar las ofertas, teniendo en cuenta los elementos fácticos, la normativa vigente y los Pliegos que se adjuntan*”;

CONSIDERANDO:

I. que, como punto de partida, se impone deslindar dos cuestiones: una, referida a si la información bajo análisis puede ser considerada como confidencial al amparo de la normativa vigente; y, otra, referida a si la Comisión Asesora de Adjudicaciones puede no considerar dicha información al evaluar la oferta;

II. que esta Unidad de Acceso a la Información Pública tiene competencia para asesorar a la ANV solamente respecto a la primera cuestión, referida a la naturaleza de la información referida, tal como lo ha hecho respecto a UTE en el invocado Dictamen N° 7/2017 de 9 de junio de 2017;

III. que, en cuanto a la segunda cuestión, no corresponde a esta Unidad dictaminar si una oferta registra un apartamiento del Pliego de Condiciones o de la normativa aplicable y, en su caso, si el mismo merece la calificación de sustancial, subsanable o intrascendente, tratándose de aspectos que competen a la Comisión Asesora de Adjudicaciones y al ordenador del gasto respectivo, sujeto al control del Tribunal de Cuentas de la República;

IV. que no cabe duda que, en nuestro ordenamiento jurídico, la **regla de principio** en materia de contratación pública es la publicidad y transparencia de las actuaciones (lit. B y H del art. 149 del TOCAF);

V. que estos principios encuentran su fundamento, entre otros, en el derecho de cada oferente a conocer y controlar la evaluación que la Administración realice de las ofertas (de la suya y de las de los

restantes competidores), en correspondencia con los pliegos de condiciones respectivos;

VI. que, como **excepción a dicho principio**, nuestro derecho positivo prevé la posibilidad de que un oferente presente en su oferta información con carácter confidencial, a fin de proteger su privacidad o competitividad, o datos personales de terceros;

VII. que dicha excepción se enmarca primero en el art. 10 de la Ley N° 18.381, que establece que "*se considera información confidencial: I) aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que: a) refiera al patrimonio de la persona; b) comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor; o c) esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad; II) los datos personales que requieran previo consentimiento informado. Tendrán el mismo carácter los documentos o secciones de documentos que contengan estos datos*";

VIII. que, en aplicación particular de estos criterios a los procedimientos de adquisición pública, el artículo 65 del TOCAF precisa que "*En el contenido de las ofertas se considerarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter (artículo 10 de la Ley N° 18.381), la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta*" (inc. 11);

IX. que la combinación de ambas disposiciones queda recogida en el art. 12.2 del Decreto N° 131/014 de 19 de mayo de 2014 ("Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales"), a cuyo tenor: "*El oferente podrá declarar con carácter confidencial, especificándolo debidamente, la siguiente información: (i) la relativa a sus clientes; (ii) la que puede ser objeto de propiedad intelectual; (iii) la que refiera al patrimonio del oferente; (iv) la que comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos al oferente, que pudiera*

ser útil para un competidor; (v) la que esté amparada en una cláusula contractual de confidencialidad; y (vi) aquella de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezca el Pliego Particular. La información declarada en tal carácter deberá presentarse en forma separada del resto de la oferta, en sobre o en archivo digital. En todos los casos deberá identificarse como "Información Confidencial". El oferente que presente información confidencial deberá presentar en la oferta un "resumen no confidencial" de dicha información, que sea breve y conciso (Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010). No se considerarán confidenciales los precios, las descripciones de bienes y servicios ofertados, ni las condiciones generales de la oferta";

X. que esta excepción a la regla de publicidad y transparencia debe interpretarse de manera estricta, tal como lo preceptúa el art. 8° de la Ley N° 18.381, procurando un **equilibrio ponderado** entre los distintos valores en juego: por un lado, la protección de datos personales o de la privacidad y competitividad del oferente (que fundamenta la excepción); y, por otro lado, el derecho de los restantes oferentes a conocer y controlar la evaluación que la Administración realice de todas las ofertas (que fundamenta la regla de publicidad y transparencia);

XI. que una manera expresamente prevista por nuestro Derecho positivo para alcanzar este equilibrio ponderado es la presentación del **"resumen no confidencial"** (art. 30 del Decreto N° 232/010 y art. 12.2 del Decreto N° 131/014);

XII. que, para lograr dicho objetivo, el resumen no confidencial deberá ser lo suficientemente explicativo como para permitir a los restantes oferentes conocer y controlar la evaluación que la Administración licitante pueda hacer al respecto, contemplando así los distintos derechos en juego;

XIII. que, **en el caso**, se considera que el resumen no confidencial presentado por el oferente, reiterando toda la información entregada como confidencial con la sola excepción de los nombres de los clientes, de las respectivas personas de contacto y su teléfono, contiene toda la información sustancial sobre la experiencia profesional del oferente, para permitir que sus competidores puedan conocer cabalmente su oferta y controlar la evaluación que de la misma realice la Administración;

XIV. que, en virtud de ello, el caso planteado no es enteramente asimilable al que motivó el invocado Dictamen de este Consejo Ejecutivo N° 7/2017, en el cual el oferente que entregó información en carácter confidencial, no había cumplido con agregar el correspondiente resumen no confidencial de la misma, privando a los restantes oferentes de la posibilidad de conocer aspectos esenciales de la evaluación comparativa las ofertas;

XV. que si bien la información referida a la experiencia profesional del oferente en trabajos similares al licitado, también es en el caso un aspecto sustancial de la oferta -por ser uno de los factores de evaluación y puntuación previstos en el num. 14 del Pliego de Condiciones Particulares-, la misma se encuentra suficientemente explicitada en el resumen no confidencial presentado por el oferente;

XVI. que, por lo tanto, cabe concluir que, de acuerdo a los detalles planteados en la consulta, el modo de proceder del oferente en cuestión habría sido ajustado a lo establecido por el citado inc. 11 del art. 65 del TOCAF, al asignar el carácter confidencial a "*información de clientes*" (conforme lo habilita dicha disposición), pero dejando disponible en su resumen no confidencial, la información sustancial referida a su experiencia profesional;

ATENTO: a lo precedentemente expuesto y a lo establecido en la Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008;

El Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública

DICTAMINA:

1º. Responder a la consulta formulada por la Agencia Nacional de Vivienda en el sentido señalado en los Considerandos XIII a XVI.

2º. Notifíquese, publíquese y oportunamente archívese.

Dr. Gabriel Delpiazzo
Presidente del Consejo Ejecutivo
Unidad de Acceso a la Información Pública