

Expedient núm. 17/2016

Resolució núm. 94/2017

**CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA
I BON GOVERN DE LA COMUNITAT VALENCIANA**

COMISSIÓ EXECUTIVA

President: Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sra. Emilia Bolinches Ribera

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

Sra. Isabel Lifante Vidal

València, 21 de desembre de 2017

Reclamant: [REDACTED]

Assumpte:

Resolució de reclamació presentada a l'empara de l'article 24 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana (LTBGPC), que es resol per la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern (CTAIBG), segons el que estableix l'article 42.1 de la LTBGPC.

En resposta a la reclamació presentada per [REDACTED], per mitjà dels escrits de 21 de març i 12 de maig de 2016, davant de la concessió parcial d'accés a determinada informació pública gestionada per la Vicepresidència de la Generalitat i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, sent ponent el president del Consell el Sr. Ricardo García Macho, adopta la resolució següent:

ANTECEDENTS

Primer. De la documentació que hi ha en l'expedient s'estableix que [REDACTED]

va presentar amb data 9 de febrer de 2016 una petició davant de la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, en la qual se sol·licitava còpies de determinats expedients complets de contractació tramitats per la conselleria esmentada. En concret, se sol·licitava còpia dels expedients complets dels procediments de licitació de les residències de persones majors. En l'escrit també se sol·licitava que es revocara la consideració de confidencial del contingut dels informes presentats per l'adjudicatària dels contractes en cada un d'aquests i que s'incorporara, per tant, el seu contingut als expedients mencionats amb l'objectiu d'enfortir la transparència del procés licitador.

Segon. Amb data de 21 de març de 2016, [REDACTED] va presentar reclamació, dirigida al Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, per l'absència de contestació de la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives a la seua sol·licitud d'informació, una vegada transcorregut el termini de 30 dies.

Tercer. Amb data 22 d'abril de 2016, la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives va notificar a [REDACTED] la Resolució de 19 d'abril de 2016, del sotssecretari de la Conselleria, per la qual se li permetia l'accés parcial als expedients compresos en la seua sol·licitud de 9 de febrer de 2016, excepte a determinada documentació declarada confidencial pels licitadors. I aquest últim punt és el que realment genera controvèrsia.

Quart. Amb data 12 de maig de 2016, [REDACTED] presenta una nova reclamació dirigida al Consell de

Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, contra la Resolució de 19 d'abril de 2016, de la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, per la qual se li permet només l'accés parcial a la informació i documentació sol·licitada. Aquesta nova reclamació s'ha d'entendre acumulada a l'anterior, ja que hi ha una correlació total amb les pretensions al·ludides en la primera de 21 de març de 2016.

Cinqué. Amb data 3 de març de 2017, la Comissió Executiva del Consell de Transparència va remetre a l'entitat [REDACTED], adjudicatària de cinc dels contractes abans mencionats, d'acord amb el que preveu l'article 19.3 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, notificació per la qual li concedia un termini de quinze dies perquè poguera formular les al·legacions que estimara oportunes, si considerava que l'accés a la informació sol·licitada poguera afectar els seus drets o interessos. Aquest escrit va ser rebut per [REDACTED] el 7 de març de 2017. En resposta l'entitat [REDACTED], va remetre un escrit d'al·legacions al Consell de Transparència el 28 de març de 2017. En resum, l'empresa manifesta l'oposició a l'accés a l'expedient de l'associació peticionària i igualment es ratifica en la seua consideració al principi de confidencialitat a què s'ha acollit per a oposar-se a l'accés a determinada informació que hi ha en el procés d'adjudicació, per entendre que la seua difusió pot posar en risc els seus interessos comercials.

Sisé. Amb data 6 de març de 2017, la Comissió Executiva del Consell de Transparència va remetre a la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives una notificació de tràmit d'audiència, per un termini de quinze dies, perquè poguera formular les al·legacions que considerara oportunes. En resposta a l'escrit de la Comissió Executiva pel qual s'atorgava tràmit d'audiència, la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives va remetre un escrit d'al·legacions al Consell de Transparència el 29 de març de 2017. En resum, la contestació es ratifica en els pronunciaments establits en la seua Resolució de 19 d'abril de 2016, en què s'insistia en el fet que l'accés parcial a l'expedient se sustenta en la idea de la ponderació del principi de confidencialitat reconegut com a tal en la normativa sobre contractació pública i la normativa sobre transparència.

Efectuada la deliberació de l'assumpte en diverses sessions d'aquesta comissió executiva, i sense que haja sigut possible complir el termini oportú a causa de les carències estructurals d'aquest òrgan, s'adopta la present resolució amb els següents:

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. D'acord amb l'article 24.1 en relació amb el 42.1 de la Llei 2/2015, de Transparència, Bon Govern i Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana (d'ara en avant Llei 2/2015), l'òrgan competent per a resoldre les reclamacions que es presenten en el marc d'un procediment d'accés a la informació és la comissió executiva amb caràcter previ a la seua impugnació en la jurisdicció contenciosa administrativa.

SEGON. Quant al reclamant, és indiscutible el dret del Sr. [REDACTED], com a director general de [REDACTED] a acollir-se al que preveu l'article 24 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de Transparència, Bon Govern i Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana, alhora que l'article 11 d'aquesta llei garanteix el dret a la informació pública de qualsevol ciutadà o ciutadana, a títol individual o en representació de qualsevol organització legalment constituïda, sense que siga necessari motivar la sol·licitud ni invocar la llei.

TERCER. Així mateix, l'Administració destinatària de la sol·licitud d'accés a la informació pública objecte del present recurs –CONSELLERIA D'IGUALTAT I POLÍTIQUES INCLUSIVES– està subjecta a les exigències de la llei esmentada, en virtut del que disposa l'article 2.1 a).

QUART. Quant als tercers interessats, en compliment del que disposa l'article 15.5 de la Llei 2/2015,

se li ha donat trasllat a l'empresa [REDACTED] perquè dins dels terminis legals aplicables presentarà les al·legacions que considerara oportunes.

CINQUÉ. Les sol·licituds presentades per la part peticionària amb dates 21 de març de 2016 i 12 de maig de 2016, basant-nos en el que disposa l'article 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, s'han d'entendre acumulades, ja que aquest consell entén que guarden identitat substancial i íntima connexió, i aquest mateix òrgan és l'encarregat de la seua tramitació i resolució.

SISÉ. La normativa sobre transparència i accés a la informació, tant d'àmbit estatal -Llei 19/2013 de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (d'ara en avant Llei 19/2013)- com d'àmbit autonòmic valencià -Llei 2/2015- recalquen el dret d'accés de totes les persones a accedir a la informació pública, entesa en l'àmbit estatal article 13 de la Llei 19/2013 com: "els continguts o documents, siga quin siga el seu format o suport, que estiguen en poder d'alguns dels subjectes inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest títol i que hagen sigut elaborats o adquirits en l'exercici de les seues funcions". En termes semblants l'article 11 de la llei valenciana assenyala: "Qualsevol ciutadà o ciutadana, a títol individual o en representació de qualsevol van organitzar legalment constituïda, té dret d'accés a la informació pública, per mitjà de la sol·licitud prèvia i sense més limitacions que les previstes en la llei. Per a l'exercici d'aquest dret no serà necessari motivar la sol·licitud ni invocar la llei".

No obstant això, aquest reconeixement s'ha de conjugar amb el que disposa la disposició addicional primera de la Llei estatal 19/2013, sobre les regulacions especials del dret d'accés a la informació pública que estableix el punt segon: "Es regiran per la seua normativa específica, i per aquesta llei, amb caràcter supletori, aquelles matèries que tinguen previst un règim jurídic específic d'accés a la informació".

SETÉ. Seguint l'argument esgrimit en l'última consideració del punt anterior, és necessari fer referència a la matèria contractual pública i per a això és de la màxima importància conèixer els pronunciaments del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC). En una de les seues resolucions més recents (encara que és doctrina consolidada) es pronuncia sobre les delimitacions del dret d'accés en processos d'adjudicació de contractes públics, en concret la Resolució núm. 994/20, de 27 d'octubre de 2017 -Recurs 942/2017-, es planteja la dificultat d'establir un correcte equilibri entre les normes d'accés a la informació i principis bàsics de la matèria contractual pública, com és el principi de confidencialitat. El punt sisé de la resolució així ho recull: "...aquest tribunal ja té declarat que, ni el principi de confidencialitat és absolut, ni tampoc ho és el de publicitat. El principi de confidencialitat és una excepció al principi d'accés a l'expedient que es configura com una garantia de l'administrat en el moment d'interposar recurs. Com a tal excepció ha de trobar-se justificada per la necessitat de protecció de determinats interessos, corresponent a qui ha presentat els documents l'accés dels quals es vol limitar la càrrega de declarar la confidencialitat".

En aquesta mateixa línia, tant les resolucions anteriors del TACRC com la 506/2014 ja havien establert una clara delimitació del principi de confidencialitat: "El tribunal s'ha pronunciat diverses vegades sobre l'abast de la declaració de confidencialitat de les ofertes realitzades pels licitadors a l'empara de l'article 140 TRLCSP. Entre les resolucions en què es recull aquesta doctrina (...) se sintetitza de la manera següent:

b) Respecte a la falta d'accés de la recurrent a l'oferta tècnica de l'adjudicatària, amb base en el principi de confidencialitat.

Al principi de confidencialitat fa referència l'article 140.1 del TRLCSP en disposar que 'sense perjudici de les disposicions de la present llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que ha de donar-se als candidats i als licitadors, els òrgans de contractació no podran divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagen designat com a confidencial; aquest caràcter afecta, en particular, els secrets tècnics o comercials i els aspectes confidencials de les ofertes'.

Per la seua banda, l'article 153 del TRLCSP preveu la possibilitat que l'òrgan de contractació no

comunique determinades dades relatives a l'adjudicació quan considere que la divulgació d'aqueixa informació pot obstaculitzar l'aplicació d'una norma, ser contrària a l'interès públic o perjudicar interessos comercials legítims d'empreses públiques o privades o a la competència lleial entre aquestes. Aquest article fa referència a la 'divulgació d'informació' dins d'aquest concepte genèric ha d'entendre's inclòs l'accés als documents que contenen la informació referida, l'accés de la qual estarà limitat en la mateixa mesura.

El tribunal entén que, en el conflicte entre el dret de defensa del licitador descartat i el dret a la protecció dels interessos comercials del licitador adjudicatari, s'ha de buscar el necessari equilibri de manera que cap d'aquestes estiga perjudicat més enllà de l'estrictament necessari (per totes, resolucions 199/2011 i 62/2012 del mateix tribunal).”

En aquest sentit es va pronunciar la Resolució de 19 d'abril de 2016, del sotssecretari de la Conselleria, per la qual se li permetia l'accés parcial objecte ara d'aquesta reclamació, que en el punt IV va determinar: “En els expedients més amunt indicats l'adjudicació està suficientment motivada i s'ha donat vista d'aquestes a totes les empreses licitadores que l'han sol·licitat, no obstant això a fi de buscar un equilibri entre la transparència del procediment de licitació i el dret de defensa de tots els licitadors i interessats i el dret a la protecció dels interessos comercials de cada una de les empreses, aquest òrgan de contractació procedeix a determinar l'abast de la confidencialitat documental”. És per això que, segons el parer d'aquest Consell, la resolució de la Sotssecretaria de la Conselleria du a terme la ponderació entre els interessos desesos pel principi de confidencialitat i els interessos que es volen protegir amb els principis de publicitat i transparència. Tenint en compte aquests pressupostos, la resolució de la Sotssecretaria va argumentar que si bé ha de respectar-se el principi de confidencialitat, aquest no és absolut, i que, per tant, a fi d'exercir els drets d'accés a l'expedient, sí que havia d'autoritzar-s'hi l'accés, però no per això, i amb l'objectiu igualment de conciliar les dues postures, únicament va reconèixer l'accés parcial, per a salvaguardar els interessos comercials de les parts, qüestió, d'altra banda, que li competeix per exigència legal.

Així, s'estableix en el punt V de la Resolució de 19 d'abril de 2016: “Tenint en compte el volum de la documentació dels expedients de què s'ha sol·licitat còpia completa, atés que el sol·licitant no determina ni concreta quins documents vol obtenir còpia, per a mantindre l'equilibri entre l'activitat administrativa i el dret del sol·licitant a l'accés a la informació pública, com també a fi de garantir la transparència en la gestió administrativa, [REDACTED] ha de poder accedir als expedients sol·licitats, excepte a la documentació declarada confidencial.

Entre els arguments duts a col·lació diverses vegades pel TACRC, s'estableix que les empreses adjudicatàries no poden acollir-se que tota la documentació que presenten en les seues ofertes és confidencial -la mateixa empresa [REDACTED] en l'escrit de contestació al tràmit d'al·legacions obert en el procediment que se segueix per aquesta reclamació davant del Consell, no ho discuteix-. Per això, en aquest cas en particular, l'òrgan de contractació va entendre que sí que es van complir els principis de publicitat i transparència consagrats tant en la normativa de contractació pública, com en la de transparència i accés a la informació, ja que, d'una banda, motiu suficient, l'adjudicació -es posa de manifest que no consta que la part ara peticionària interposarà per cap de les vies habilitades a l'efecte aquesta adjudicació- i d'una altra banda, a la vista de la petició d'accés, va determinar aquella documentació de l'expedient que podia ser susceptible d'afectar secrets tècnics o comercials i que, per tant, havia de ser considerada com a confidencial.

La jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha reconegut com un dret la confidencialitat de diverses comunicacions en el marc dels processos d'adjudicació, la Sentència de 14 de febrer de 2008 (Assumpte C-450/06, VAREC): “L'objecte principal de les normes comunitàries en matèria de contractes públics comprén l'obertura a la competència no falsejada en tots els estats membres (...). Per a aconseguir aquest objectiu, és necessari que les entitats adjudicatàries no divulguen informació relativa a procediments d'adjudicació de contractes públics el contingut dels quals puga ser utilitzat per a falsejar la competència, ja siga en un procediment d'adjudicació en curs o

en procediments d'adjudicació ulteriors.

A més, tant per la seua naturalesa com d'acord amb el sistema de la normativa comunitària en la matèria, els procediments d'adjudicació de contractes públics es basen en una relació de confiança entre les entitats adjudicatadores i els operadors econòmics que hi participen. Aquests han de poder comunicar a aquestes entitats adjudicatadores qualsevol informació útil en el marc del procediment d'adjudicació, sense por que aquestes comuniquen a terceres dades la divulgació de les quals puga perjudicar aquests operadors. Per aquestes raons, l'article 15, apartat 2, de la Directiva 93/36, estableix que les entitats adjudicatadores tenen l'obligació de respectar el caràcter confidencial de totes les informacions proporcionades pels proveïdors". Així i tenint en compte que si bé la part peticionària a l'accés no ha de justificar la seua motivació -tal com reconeix l'article 11 de la Llei 2/2015- no és menys cert que atés que no consta que [REDACTED] interposara cap recurs contra l'adjudicació, és presumible que facilitar l'accés a determinada informació poguera conculcar les regles de la competència empresarial.

La jurisprudència del Tribunal Suprem (Sala Tercera) reconeix expressament aquesta qüestió, Interlocutòria de 15 de febrer de 2007: "D'altra banda, aquesta sala ha entés en molts altres casos precedents que les dades comercials de les parts que no siguen públiques tenen, en general, caràcter reservat, en la mesura que el seu coneixement per part de possibles competidors puguen ocasionar perjudicis de difícil previsió anticipada. Per això i llevat que quede clar que el coneixement de documents d'aquesta naturalesa siga imprescindible per a l'adequat exercici de drets de defensa d'una part processal, les informacions comercials no públiques o no posades en coneixement voluntari per la part a què pertanyen han de conservar en el procés judicial, en principi, el caràcter de reservat que els haja atorgat en el procediment administratiu l'òrgan administratiu competent". Aquest argument ha sigut posat en consideració per l'empresa [REDACTED], en les al·legacions de 28 de març de 2017, entés que és pertinent que com a tal siga valorat, ja que com ja s'ha reiterat la part peticionària de l'accés no ha vist en cap manera conculcats els seus drets de defensa, per la qual cosa en la ponderació d'interessos s'ha de primar el de confidencialitat.

HUITÉ. Una altra qüestió que s'analitza fa referència a com s'ha de realitzar l'exercici del dret d'accés a un expedient de contractació, i en aquest sentit la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 46/2009, de 26 de febrer, ha reconegut: "Si algun dels licitadors o candidats desitjara conèixer en tota la seua extensió el contingut de les proposicions, l'òrgan de contractació està obligat a posar-ho de manifest, cosa que comporta la possibilitat d'examinar l'expedient i, fins i tot, prendre notes respecte d'aquest, però en absolut pot ser interpretat en el sentit que s'entregue una còpia de tot allò que s'ha presentat pels altres licitadors, especialment si es tracta de projectes o altres documents semblants respecte dels quals puga haver-hi un dret de propietat intel·lectual o industrial en favor dels licitadors".

Finalment, s'ha d'analitzar la interpretació del Consell de Transparència i Bon Govern Estatal en la Resolució de 30 de maig de 2017 (R/0102/2017), en el fonament jurídic 4 s'al·ludeix al criteri interpretatiu CI/002/2015, de 24 de juny, elaborat entre el Consell i l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, que es resumeixen en la idea que l'Administració ha de realitzar una anàlisi que s'assembla a un "test de l'interés públic", en concret s'exposa amb claredat el següent: "L'Administració, després d'efectuar aquest test, conclou que s'ha de denegar la informació, ja que l'interés econòmic i comercial del contractista pot estar afectat seriosament al desvelar-se procediments, rutines, marges comercials i formes o figures d'execució de les prestacions, el coneixement de les quals pot suposar una disminució de l'avantatge que, de forma comercial o industrial i legítimament, haja adquirit en realitzar aquelles tasques".

En aquest cas, es considera pertinent la valoració que va fer l'Administració en reconèixer l'accés parcial, ja que, d'una altra manera, algunes de les qüestions que hi ha en l'expedient i a les quals al·ludeix el peticionari de l'accés [REDACTED] podria estar conculcada la protecció de les dades que legítimament constitueixen el procedir empresarial, la dinàmica de l'empresa. Aquesta situació és coneguda com a: *know how* empresarials, que tal com assenyala el Consell de Transparència en el seu

criteri interpretatiu, són drets legítimament adquirits per cada empresa i que han de ser protegits. Aquesta idea està en sintonia amb el que disposa la normativa comunitària sobre secret comercial, Directiva (UE) 2016/943 del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2016.

RESOLUCIÓ

Atesos els antecedents i fonaments jurídics descrits, és procedent:

PRIMER. Desestimar les reclamacions efectuades per [REDACTED], tant la de 21 de març de 2016, com l'acumulada de 12 de maig de 2016, sobre accés a la informació continguda en diversos processos d'adjudicació realitzats per la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, tenint en compte que es va reconèixer l'accés parcial a l'expedient per mitjà de la Resolució de 19 d'abril de 2016, del sotssecretari de la Conselleria.

SEGON. Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa, es podrà interposar recurs contenciós administratiu davant del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, en el termini de dos mesos, comptadors a partir de l'endemà de la notificació, d'acord amb l'article 10.1 *m*) de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

EL PRESIDENT DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN

RICARDO
JESUS|
GARCIA|
MACHO

Firmado
digitalmente por
RICARDO JESUS|
GARCIA|MACHO
Fecha: 2018.01.12
11:40:04 +01'00'