Expedient núm. 255/2021
Resolució núm. 43/2022

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. Sofía García Solís

València, 23 de febrer de 2022

Reclamant: Associació d'Entitats Concessionàries de la Comunitat Valenciana per a la Inspecció Tècnica de Vehicles.
Subjecte contra el qual es formula la reclamació: Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball.

VISTA la reclamació número **255/2021**, interposada per l'Associació d'Entitats Concessionàries de la Comunitat Valenciana per a la Inspecció Tècnica de Vehicles (d'ara endavant, AECOVA-ITV), formulada contra la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball, i sent ponent el vocal del Consell Sr. Lorenzo Cotino Hueso, s'adopta la resolució següent:

ANTECEDENTS

Primer.- Segons es desprén de la documentació obrant en l'expedient, la Sra. [redacted] va presentar per via telemàtica el 19 d'agost de 2021, amb número de registre GVRTE/2021/2080367, en nom i representació d'AECOVA-ITV (representació que consta degudament acreditada mitjançant escriptura de poder), una reclamació contra la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball, dirigida davant el Consell de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

En ella es reclamava contra dues resolucions de la Sotssecretaria de la Conselleria d'Economia Sostenible, totes dues relatives a l'expedient GVAGIP/2021/345, mitjançant les quals s'estima parcialment una sol·licitud d'accés a informació pública d'AECOVA-ITV. Es tracta de Resolució de 22 de juliol de 2021 i la de 4 d'agost de 2021.

En l'escrit de reclamació s'exposaven com a fonaments els motius següents:

PRIMERA.- Antecedents fàctics i de l'expedient administratiu

En data de 7 de juliol de 2020 es va adjudicar a la mercantil NOUS AVANTATGES, SL, la redacció d'un informe sobre les actuacions a realitzar, cronologia i cost econòmic previst per a la reversió a l'administració del servei públic d'inspecció tècnica de vehicles, havent formalitzat el referit contracte en data de 8 de juliol del 2020.

El conseller d'Economia, Sectors Productius, Comerç i Treball, en roda de premsa de data 2 de desembre de 2020, va anunciar que, com a resultat de l'informe adés esmentat, la generalitat Valenciana iniciaria els tràmits per a la reversió del servei públic d'Inspecció Tècnica de Vehicles, que passarà a ser prestat per una empresa pública titularitat de l'administració, concloent que l'opció de prestar el servei per gestió directa suposava un notable estalvi per a l'erari públic.

Atesa la nostra evident condició d'interessats, mitjançant escrit de sol·licitud d'accés a informació pública, de 7 de juny de 2021, aquesta part va sol·licitar que se'ns facilitara l'informe adés esmentat, de manera completa i incloent-hi la totalitat dels seus annexos a l'efecte d'estudiar-lo amb minuciós detall, havent donat compte de la seua rellevància per als interessos d'aquesta associació i dels seus membres, posada aquesta de manifest pel propi conseller.

En data de 22 de juliol, del concurrent es va estimar parcialment la nostra sol·licitud, denegant-se'ns l'obtenció de còpia del referit informe i dels seus annexos, i se'ns hi facilita exclusivament l'accés amb la possibilitat de prendre notes.

S'aporta com a Document número 2 la sol·licitud d'accés a la informació pública presentada, com a Document número 3 la comunicació del tràmit d'audiència concedit en el marc de la mateixa i com a Document número 4, la Resolució de 22 de Juliol de 2021 d'estimació parcial d'aquesta.

Realitzada la compareixença el dia 3 d'agost de 2021 en les dependències d'aqueixa Conselleria, aquesta part va advertir que al referit informe no es trobaven adjunts els annexos indicats en aquell. En concret, faltaven els annexos següents:

- Cronograma reversió del Servei.

- informe jurídic reversió actius.

- Òrgan gestor.

- Passos necessaris per a l'obtenció d'acreditació Enac.

Resultant que aquests documents resulten també d'especial importància per a l'estudi d'aquest informe i la seua valoració, aquesta part va procedir a sol·licitar en aqueix mateix moment còpia dels citats annexos.

Enfront d'aquesta petició, s'ha dictat Resolució en data 4 d'agost de 2021, per la qual s'estima, novament, parcialment la nostra sol·licitud i ens citen el dia 2 o 9 de setembre de 2021 per a comparéixer en les dependències de la Conselleria, a fi d'accedir al contingut dels annexos i la presa de notes, si fa el cas.

S'aporta com a Document número 5, la Resolució de 4 d'agost de 2021, d'estimació parcial.

SEGONA.- SOBRE LA NATURALESA DE L'INFORME I LA TELEOLOGIA NORMATIVA

En primer lloc, de manera prèvia a argumentar la inexistència de causes de limitació o denegació de l'accés a la informació pública sol·licitada, resulta necessari emmarcar la sol·licitud de documentació realitzada en el context adequat, a l'efecte de destacar-ne la proporcionalitat i la seua inequívoca idoneïtat.

Les resolucions ací impugnades venen a reconéixer a aquesta part un dret limitat d'accés a la informació pública, accedint únicament al fet que puguem personar-nos en les instal·lacions de la generalitat Valenciana a l'efecte de poder llegir l'informe objecte de la nostra sol·licitud d'accés i prendre'n, si escau notes, així com dels seus annexos, sense tindre permès tampoc a aquesta part realitzar fotografies o fotocòpies de determinades pàgines del referit informe i/o dels seus annexos; únicament veure-ho i poder prendre si escau notes. Aquesta forma d'accés a la informació pública, si bé pot resultar suficient en alguns casos, en el present suposa una palmària limitació que, fins i tot lluny de ser tal, en la pràctica suposa la impossibilitat material del gaudi i ús del legítim dret d'accés a la informació pública que la legislació ens reconeix.

L'anterior resulta de la pròpia naturalesa i extensió de la informació l'accés de la qual es pretén; es tracta d'un informe, ni més ni menys, de 367 pàgines el contingut de les quals és transversal a diferents disciplines. Conté informació econòmica, jurídica i, en alguns aspectes, sociològica i política, l'anàlisi de la qual resulta impossible en un concret moment amb una mera lectura i "presa de notes" per part d'aquell a qui l'administració possibilita exclusivament aquest accés –persona física identificable amb poder de representació de l'Associació–.

D'aquesta manera, lluny de reconéixer el dret d'aquesta part a accedir a l'informe de manera efectiva, s'ha donat a aquesta part la possibilitat d'un exercici del referit dret des d'un prisma merament formalista, quedant completament desvirtuat i sent impossible el compliment de la finalitat que, precisament, la legislació pretén amb el seu reconeixement als ciutadans.

En efecte, les dues resolucions ací impugnades transformen el dret d'accés a la informació pública en un tràmit absolutament inservible per a aquest accés, contrari a la teleologia de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana, i la seua homòloga nacional. D'aquesta manera el preàmbul de la nostra legislació autonòmica, en el seu considerant primer, estableix:

L'enfocament, netament procedimental, i referit a registres i documents, adoptat per aquesta llei s'ha vist superat en el transcurs de més de vint anys per un nou paradigma: la societat com a coproductora de coneixement i de polítiques públiques, generadora de valor públic i legitimada plenament per a accedir, sense més restriccions que les estrictament necessàries, al conjunt de dades que crea, maneja i gestiona el conjunt de les administracions públiques i el seu sector instrumental

Com pot observar-se, enfront de les legislacions anteriors, la qual cosa tracta d'evitar aquesta llei és una transparència merament formal, dotant als ciutadans de drets específics per al correcte accés a la informació pública i, en conseqüència, ha de partir-se de la premissa que l'administració té el deure de facilitar el correcte i adequat accés a la informació pública sense més limitacions que les estrictament necessàries.

Com s'esmenta prèviament, l'informe consta d'un nombre de pàgines superior a les 350 i conté informació pertanyent a diferents disciplines i, el seu correcte estudi i anàlisi, requereix una disposició, tinença, ús i maneig continuat del document i dels seus annexos, perquè els professionals de les diferents àrees puguen oferir a l'associació que representen una opinió i valoració qualificada sobre el seu contingut, perquè aquesta és l'única forma que aquesta part obtinga un coneixement adequat i integre sobre aquell. La ràpida lectura d'aquest informe i dels seus annexos per part d'un representant d'aquesta associació, en una sala i durant unes hores determinades, no possibilita ni de lluny un adequat i vertader coneixement sobre el seu contingut, sinó que per a això es requereix poder estudiar-lo i analitzar-lo detingudament durant dies, setmanes i fins i tot mesos, amb el suport i assessorament necessari de professionals de diverses àrees i matèries, a fi d'aconseguir amb això la seua adequada comprensió i coneixement.

És per això, entén aquesta part, que les dues resolucions ací impugnades no satisfan el dret d'accés a la informació pública sol·licitat per aquesta part i amb això ha d'instar-se per aqueix Consell, de la Sotssecretaria de la Conselleria d'Economia, Sector Productius, Comerç i Treball de la generalitat Valenciana, el lliurament a aquesta part en el termini que a l'efecte establisca, d'una còpia íntegra i completa de l'informe sol·licitat i dels seus annexos conformement als termes que aquesta part va demanar en la seua sol·licitud..

TERCERA.- Inexistència de causes limitatives del dret a la informació pública.

Entén aquesta part que no concorren, en el present procediment, les causes que pogueren possibilitar la limitació del dret d'accés a la informació pública indicades en les dues resolucions ací impugnades, havent-se d'haver accedit per l'administració de manera total a la pretensió d'aquesta part consistent en la voluntat d'obtindre una còpia integra del referit informe i dels seus Annexos que permeta garantir l'efectiu exercici del dret d'accés. Així, en el present cas, no concorren interessos econòmics i comercials a defensar ni s'ha de ponderar els drets a la propietat intel·lectual i industrial de l'autor donada compte la seua inexistència com posteriorment s'exposa.

i) Inexistència d'interessos econòmics i comercials a defensar.

Al·lega l'administració en les seues dues resolucions, si bé en cap moment ho motiva, justifica ni acredita, l'existència d'interessos econòmics i comercials que són mereixedors de defensa i que limiten el nostre dret d'accés a la informació pública. Doncs bé, això resulta incert perquè aquests pretesos interessos són inexistents. Aparentment, aquest supòsit de limitació admet un gran nombre de supòsits que podrien suposar aquesta limitació, no obstant això, el Criteri Interpretatiu 1/2019 de 24 de setembre del Consell de transparència i bon govern del Govern d'Espanya, delimita amb precisió el seu contingut.

En primer lloc, ha de partir-se de la premissa que aquest supòsit ha d'interpretar-se de manera restrictiva i en la seua consideració requereix un perjudici indubtable, real (no hipotètic) i concret. Aquest perjudici, tal com s'indica en el referit criteri, no pot aplicar-se a qualssevol interessos sinó, de forma molt concreta, a aquells elements que puguen alterar la posició de l'autor de l'informe en l'àmbit de la competència o negociació amb altres operadors econòmics, per exemple costos, marges de benefici, algorismes informàtics o altres semblants.

En aquest sentit, el criteri del Consell de Transparència del Govern d'Espanya, en el seu apartat II.3.2.C estableix que:

"Des d'aquesta perspectiva, el concepte d'interessos econòmics i comercials ha de redefinir-se en els següents termes: aquelles posicions avantatjoses o rellevants del subjecte o subjectes en l'àmbit del mercat o de la creació i producció de béns i serveis la divulgació dels quals poguera comprometre la competència entre ells i altres subjectes o la integritat dels processos de negociació en què intervinguen."

Difícilment la divulgació del contingut de l'informe l'accés complet del qual se'ns denega pot suposar una fallida de la competència o negociació de l'autor i/o de l'empresa redactora d'aquest, perquè l'anàlisi que realitza d'una determinada circumstància que, d'altra banda, resulta completament aliena al seu negoci, pot comportar els perjudicis als quals ens hem referit adés.

ii) Inexistència de secret professional o propietat intel·lectual i industrial a defensar.

D'altra banda, al·lega l'administració que ha de realitzar-se una ponderació entre els drets d'informació d'aquesta part i el dret a la propietat intel·lectual de l'autor de l'informe. No obstant això, sobre aquest aspecte ha de tindre's en consideració dues qüestions essencials a l'efecte d'observar la inexistència també d'aquesta circumstància limitativa: i) la cessió de tals drets a l'administració; i, ii) la inexistència del denominat know-how en l'informe en qüestió.

En efecte, els drets de l'autor que tracta de protegir l'administració han sigut cedits a la mateixa generalitat, en conseqüència, els drets de la propietat intel·lectual o industrial que portarà aparellat aquest informe no són propietat de l'autor i/o de l'empresa redactora del mateix sinó de la pròpia administració contractant del servei objecte d'elaboració, per aplicació tant del que es disposa en la clàusula 36.5 del plec de clàusules administratives particulars que va regir el contracte de serveis del qual porta causa la seua redacció com d'allò disposat en l'article 308.1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

En conseqüència, els drets de propietat intel·lectual o industrial que pogueren si fa el cas existir sobre la base de l'elaboració de l'informe han sigut transmesos a l'administració i, per tant, revisten caràcter públic havent de ser accessibles als ciutadans puix que no existeix afectació a drets de terceres persones.

A l'anterior cal afegir que en l'informe l'accés i la disposició de còpia del qual es pretén per aquesta part, no existeixen tampoc elements susceptibles de protecció sota el concepte de know-how. Ha de recordar-se que estem parlant d'un informe que, en teoria, ha de consistir exclusivament en una recomanació d'actuacions que ha de realitzar la pròpia Administració, és a dir, accions de naturalesa pública, i un estudi econòmic que ha d'analitzar despeses i ingressos per la prestació d'un servei públic que, en l'actualitat, s'està prestant pels membres de l'associació a la qual represente.

Aquesta anàlisi, per la lectura que de l'informe hem pogut realitzar en les instal·lacions de la generalitat, consisteix en una interpretació de les dades de prestació del servei d'ITV (que tenen un caràcter públic) des dels punts de vista econòmic, jurídic i, en alguns aspectes, polític, sense que puga apreciar-s'hi l'existència de tècniques pròpies especials, l'aplicació de processos de producció específics o metodologies que, per la seua innovació, resulten protegibles mitjançant la institució de la propietat intel·lectual i industrial.

El Tribunal Suprem en la seua sentència de 21 d'octubre de 2005 (RJ 2005,8274), entre altres, defineix el know-how com:

"Coneixement o conjunt de coneixements tècnics que no són de domini públic i que són necessaris per a la fabricació o comercialització d'un producte, per a la prestació d'un servei o un avantatge sobre els competidors que s'esforça a conservar, evitant-ne la divulgació..."

D'aquesta definició pot obtindre's una premissa clara i evident, el producte final no està protegit pel know-how (saber fer, en valencià), sinó és el procés d'elaboració mitjançant el qual es desenvolupa el producte el que és objecte de protecció.

D'aquesta manera, l'informe pròpiament dit no és objecte de protecció mitjançant la figura del know-how sinó, en tot cas, la metodologia emprada pels seus autors i això, únicament, si per la seua novetat tècnica aquesta manera d'execució poguera constituir un avantatge competitiu a altres empreses dedicades a l'elaboració d'aquests informes.

No és el cas de l'informe l'accés del qual sol·licitem, perquè com aquest Consell al qual respectuosament ens dirigim pot observar de la seua lectura, del seu contingut no pot apreciar-se cap manera concreta d'elaboració ni molt menys un procés d'elaboració mereixedor de protecció.

Les resolucions 0550/2020, 0657/2020, 725/2019, del Consell de transparència i bon govern de l'administració general de l'Estat, reconeixen al sol·licitant el seu dret d'accés a informes realitzats per terceres persones, és a dir, empreses contractistes de l'administració. En conseqüència, no pot admetre's l'argumentació presentada per la Conselleria perquè impediria l'accés a qualsevol informe realitzat per tercers, pel mer fet que puga observar-se el procediment d'elaboració de la seua lectura.

Tampoc és encertada l'administració a l'hora d'aplicar doctrina pròpia de la contractació pública, assumint que la nostra posició és la d'un altre licitador que haguera concorregut a aquesta licitació, de tal manera que, d'accedir al contingut de l'informe de l'adjudicatari, puga obtindre un avantatge fent-se amb el know-how empresarial de la competència. Res més lluny de la realitat. Com diem, ni aquesta associació ni cap dels seus associats es dediquen a activitats de consultoria d'aquesta matèria, per la qual cosa el seu interés radica exclusivament en la seua posició com a concessionari actual, irremeiablement afectat per la decisió que adopte l'administració per al futur del servei públic d'ITV, i que pot basar-se en un informe l'anàlisi del qual ens neguen, o en tot cas, entorpeixen el seu accés i disposició.

Finalment, significar també, que les dues resolucions ací impugnades al·ludeixen en el seu antecedent de fet segon, al tràmit d'audiència concedit a l'empresa autora i redactora de l'informe en el marc d'aquest expedient de sol·licitud d'accés, els interessos i els drets del qual tracta l'administració ací de protegir, si bé no existeix en cap de les dues resolucions cap referència a la presentació d'al·legacions per la seua part, per a la defensa dels suposats drets afectats per la nostra petició d'accés, fet que ens fa significativament dubtar en tal sentit de la seua presentació, donada la seua completa falta de referència en tot moment.

Curiós i sorprenent, per descomptat, si la realitat dels fets esdevinguts confirmara aquesta suposició de part.

QUARTA.- Error en aplicació de l'accés parcial.

D'altra banda, fins i tot admetent la concurrència de les causes limitatives assenyalades per l'administració, que no és ací el cas, la limitació d'accés acordada no es correspon amb les mesures que hagueren d'haver-se aplicat per a la garantia dels drets que l'administració pretenia protegir.

Contràriament a limitar l'obtenció de la informació i limitar el dret a una mera consulta en la seu de la generalitat Valenciana, s'hauria d'haver remés una còpia de l'informe en la qual prèviament haguera d'haver-se censurat la informació que constituïra, segons el parer de l'administració, un dret de propietat intel·lectual d'un tercer a salvaguardar. Així ho ha establit el Consell de transparència i bon govern de l'administració general de l'Estat en l'apartat III.D del seu Criteri interpretatiu, de 24 de juny de 2015.

Per tot això, en cas de resultar desestimada la nostra pretensió principal d'obtindre una còpia integra i completa de l'informe juntament amb els seus annexos, entén aquesta part que ha de remetre's una còpia de l'informe i dels seus annexos amb omissió de la informació que, segons el parer d'aqueix Consell de Transparència, haja de ser objecte de protecció en nom d'interessos i drets legítims de terceres persones.

Segon.- En data 30 d'agost de 2021, la Comissió executiva del Consell de transparència, accés a la informació pública i bon govern va remetre a la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball, escrit pel qual se li atorgava tràmit d'audiència per un termini de quinze dies, perquè poguera formular les al·legacions que considerara oportunes, així com aportar qualsevol informació sobre la reclamació que considerara rellevant, escrit rebut en la Conselleria el mateix dia 30, tal com consta en el corresponent justificant de recepció telemàtic.

En resposta a aquest ofici, per part de la Conselleria es va remetre a aquest Consell, el 10 de setembre de 2021, contestació en la qual es formulaven les al·legacions següents:

En contestació al seu escrit de data 30/08/2021, Registre departamental d'entrada de 02/09/2021, en relació amb la reclamació presentada davant aqueix Consell per AECOVA-ITV i dins del termini d'al·legacions concedit, reiterem el ja dit en les resolucions impugnades:

En aplicació del que es disposa per l'informe 3/2017 i la Resolució 94/2017, del Consell de transparència, accés a la informació pública i bon govern de la Comunitat Valenciana, ha de realitzar-se una ponderació entre el dret d'accés a la informació pública d'AECOVA i els drets de propietat intel·lectual i industrial de l'autor de l'informe..

L'informe i la resolució citats estableixen: "si algun dels licitadors o candidats desitjara conéixer en tota la seua extensió el contingut de les proposicions, l'òrgan de contractació està obligat a posar-lo de manifest, la qual cosa comporta la possibilitat d'examinar l'expedient i, fins i tot, prendre'n notes respecte, però en absolut pot ser interpretat en el sentit que s'entregue còpia de tot el presentat per altres licitadors, especialment si es tracta de projectes o altres documents similars respecte de els quals puga existir un dret de propietat intel·lectual o industrial en favor dels licitadors", "en cas de donar a conéixer, en tota la seua extensió, el contingut de les proposicions dels licitadors, l'interés econòmic i comercial del contractista pot veure's afectat seriosament en revelar-se procediments, rutines, marges comercials i formes o figures d'executar la prestació, el coneixement de les quals pot suposar una disminució de l'avantatge que, de manera comercial o industrial legítimament, haja adquirit en fer aquelles tasques...Aquesta situació és coneguda com els denominats "know-how empresarials" són drets legítimament adquirits per cada empresa i que han de ser protegits".

A més, l'article 14.f) de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, estableix:

Article 14 Límits al dret d'accés

"1. El dret d'accés podrà ser limitat quan accedir a la informació supose un perjudici per a:

f) La igualtat de les parts en els processos judicials i la tutela judicial efectiva."

Tant AECOVA com els seus integrants i representats tenen oberts nombrosos procediments judicials per la interposició de recursos contenciosos administratius contra els actes dictats per l'administració en l'execució d'aquest contracte de gestió de serveis públics. Per exemple, en matèria de fixació de tarifes pels serveis d'inspecció tècnica de vehicles.

El contracte té per objecte l'emissió d'informe sobre les actuacions a realitzar, cronologia i cost econòmic previst, per a la reversió a l'administració del servei públic d'inspecció tècnica de vehicles.

Aquest contracte i tots els documents que l'integren, des de l'informe de necessitat, fins a la pròpia resolució d'adjudicació i la còpia de la formalització han sigut publicats en la plataforma de contractació del sector públic, https://contrataciondelestado.es.

Tot l'expedient de contractació és accessible per a AECOVA i per a qualsevol ciutadà.

El que se sol·licita no és cap document integrant del procediment de contractació sinó l'informe i el seu resultat.

Aquest informe té per finalitat donar a conéixer a l'administració la situació actual del servei d'inspecció tècnica de vehicles en la Comunitat i estudiar les actuacions a realitzar, cronologia i cost econòmic previst, per a la reversió a l'administració del servei públic d'inspecció tècnica de vehicles. És a dir, proveir d'informació l'administració per a decidir sobre si prorroga o no el contracte de concessió de servei públic que finalitza el desembre de 2022.

Als sol·licitants no se'ls ha negat l'accés a aqueixa informació, se'ls ha permès accedir a l'informe, consultar-lo i prendre totes les notes que consideren pertinents. El recurrent parla que això suposa "una palmària limitació... que en la pràctica suposa la impossibilitat material del gaudi i de l'ús del legítim dret d'accés a la informació pública".

Aqueixa afirmació no és molt exacta perquè ja s'ha concedit en dues ocasions la possibilitat de consulta de l'informe durant el temps que estimaren necessari, sense cap limitació quant al nombre de vegades que poden consultar l'informe perquè s'ha concedit totes les vegades que s'ha sol·licitat.

S'està permetent l'accés a l'informe, la seua consulta i coneixement, a pesar que, en cas que l'administració decidira no prorrogar el contracte i els concessionaris interposaren recurs contra aqueixa decisió, s'estaria limitant "la igualtat de les parts en els processos judicials". Els concessionaris estan

sent coneixedors per endavant de les raons que poden motivar l'adopció d'una determinada decisió per l'administració.

Amb aquest accés poden conéixer arguments que podrien fer valdre en una futura reclamació. Malgrat això, se'ls ha permès l'accés, coneixement i presa de dades, sabedora l'administració que això els pot perjudicar en un futur procés judicial.

No entenem on es produeix "la impossibilitat material del gaudi i de l'ús del legítim dret d'accés a la informació pública".

Aquest argument enllaça amb l'últim motiu que passem a explicar a continuació:

Article 14. Límits al dret d'accés

"1. El dret d'accés podrà ser limitat quan accedir a la informació supose un perjudici per a:

k) La garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa de decisió."

La Resolució 834/2019, de 13 de febrer, del Consell de transparència i bon govern, assenyala:

"Invoca també l'administració el límit de l'article 14.1.k) de la LTAIBG, sobre garantia de la confidencialitat o el secret requerit en la presa de decisió. Sosté, en suport de la seua argumentació, que les actes del Comité de Seguretat i Salut, no constitueixen actes administratius, ni són vinculants, sinó que tenen com a única finalitat proporcionar a l'Autoritat Portuària la informació suficient i la valoració pertinent, per a conformar la seua voluntat i orientar la seua decisió. El Comité pot emetre opinions, però no prendre decisions ni adoptar acords vinculants per a les parts allí representada".

"En aquest sentit, convé tindre en compte la recent sentència de la Sala contenciosa administrativa, secció setena, de l'Audiència Nacional, de data 25 de juny de 2019, dictada en el recurs d'apel·lació 8/2019, defineix el concepte de confidencialitat en els termes següents:

"No tota la informació recaptada per l'autoritat supervisora pot considerar-se informació confidencial (...) En aquest sentit s'ha pronunciat la STJUE de 19 de juny del 2018 (C-15/16). Segons el Tribunal Europeu, la Directiva ha d'interpretar-se en el sentit que no tota la informació relativa a l'empresa supervisada que va ser comunicada per aquesta a l'autoritat competent ni totes les declaracions d'aquesta autoritat que figuren en l'expedient de supervisió de què es tracte, inclosa la seua correspondència amb altres serveis, constitueixen incondicionalment informació confidencial, coberta, per tant, per l'obligació de guardar el secret professional que estableix aquesta disposició. Aquesta qualificació s'aplica a la informació en poder de les autoritats designades pels estats membres per a exercir les funcions previstes per aquesta Directiva que, en primer lloc, no tinga caràcter públic i la divulgació de les quals, en segon lloc, puga perjudicar els interessos de la persona física o jurídica que haja proporcionat la informació o de tercers, o també el correcte funcionament del sistema de control de les activitats de les empreses."

Per tant, la jurisprudència europea defineix el que és informació confidencial d'acord amb aquestes característiques:

1) la que no té caràcter públic

2) informació la divulgació de la qual puga perjudicar:

a) els interessos de les persones físiques o jurídiques que hagen facilitat la informació

b) el correcte funcionament del sistema de control de les activitats de les empreses

3) el transcurs del temps determina la pèrdua del caràcter confidencial de la informació.

Seguint el que s'estableix pel Consell de transparència i bon govern, per la Sala contenciosa administrativa de l'Audiència Nacional i per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, l'informe elaborat a conseqüència del contracte licitat:

1r. No té caràcter públic perquè la legislació de contractes de les administracions públiques no exigeix la seua publicació, cosa que sí que fa respecte de la resta d'actes que integren el procediment de contractació.

2n. La informació que conté, en cas de divulgar-se, pot perjudicar els interessos de l'administració que ha facilitat la informació.

Recordem que, com diu la Resolució 834/2019, l'informe no constitueix acte administratiu, ni és vinculant, sinó que té com a única finalitat proporcionar a la Conselleria la informació suficient i la valoració pertinent, per a conformar la seua voluntat i orientar la seua decisió.

3r. La informació que conté l'informe, en cas de divulgar-se, també pot perjudicar el correcte funcionament del sistema de control de les activitats de les empreses. El controlador i director del Servei

Públic que és la seua administració titular, que està posant en coneixement dels concessionaris totes les dades de funcionament del servei, incloent-hi aquelles anomalies que es puguen haver detectat.

Després de tots els motius exposats, la Conselleria ha realitzat un test d'interés públic ponderant d'una banda, el dret d'accés a la informació pública dels concessionaris del servei; i, per una altra, el secret professional i la propietat intel·lectual i industrial de l'empresa autora de l'informe, la igualtat de les parts en el futur procés judicial que puga existir i la garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa d'una decisió tan important com la pròrroga o reversió d'un servei públic, que porta gestionant-se de manera indirecta durant 24 anys. En cas de prorrogar-se, es faria per 10 anys més.

Tenint en compte tots aquests factors, la Conselleria no ha denegat ni a AECOVA ni a cap dels seus membres l'accés i consulta a l'expedient, sinó que, ha considerat que la millor manera d'harmonitzar tots els interessos en joc i el conflicte entre drets que no són absoluts, sinó que es limiten entre si, és concedir vista de l'expedient per a examinar l'informe complet i prendre notes respecte d'aquell.

En virtut de tot l'exposat, no es considera que haja existit per a AECOVA una impossibilitat material del gaudi i de l'ús del legítim dret d'accés a la informació pública.

Efectuada la deliberació de l'assumpte en la sessió del dia de la data d'aquesta Comissió executiva, s'adopta la present resolució sota els següents:

FONAMENTS JURÍDICS

Primer.- Conforme a l'art. 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 endavant Llei 2/2015 valenciana), 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.- Així mateix, l'administració destinatària de la sol·licitud d'accés a la informació pública objecte del present recurs –la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball– es troba subjecta a les exigències de la citada llei, en virtut del que es disposa en el seu art. 2.1.a), que es refereix de manera expressa a "l'administració de la generalitat".

Tercer.- Quant al reclamant, es reconeix el dret d'AECOVA-ITV a acollir-se al que es preveu en l'article 24 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana, atès que l'art. 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.

Quart.- Finalment, la informació constitueix informació pública, d'acord amb el que s'estableix en l'article 13 de la Llei 19/2013 de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, segons el qual s'entén per informació pública els continguts o documents, qualsevol que siga el seu format o suport, que obren en poder de l'administració i que hagen sigut elaborats o adquirits en l'exercici de les seues funcions.

Cinqué.- Segons s'ha exposat detalladament en els antecedents, i bé val la pena ara sintetitzar, l'objecte de la present reclamació és l'accés a l'informe sobre les actuacions a realitzar, cronologia i cost econòmic previst per a la reversió a l'administració del servei públic d'inspecció tècnica de vehicles, accés que se sol·licita de manera completa i incloent la totalitat dels seus annexos. Cal assenyalar que l'autor d'aquest informe és la mercantil NOUS AVANTATGES, SL, en raó que la seua elaboració va ser objecte de contracte en data de 8 de juliol del 2020, que els va ser adjudicat. Resulta d'interés detallar que l'informe és de 367 pàgines.

Com a premissa i punt de partida, ha d'assenyalar-se que malgrat existir reclamació, les resolucions que han de revisar-se sí que han reconegut el dret d'accés a la informació pública i, de fet, hi ha un reconeixement ple a l'accés a la informació sol·licitada.

Per resultar obvi no està de més recordar que, en raó del principi de *non reformatio in peius*, el reclamant no pot veure empitjorada la seua situació per la resolució que aquest Consell dicte. Així doncs, no ens és possible considerar que no procedia reconéixer el dret d'accés a la informació pública que ja li ha sigut reconegut per la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball.

Cal subratllar que és particular objecte de la reclamació la forma d'accés a l'informe. Las resolucions hagudes si que van donar accés a l'informe i els seus annexos, però només visualment i amb la possibilitat de prendre notes escrites, però -i aquest és element essencial de la disputa- sense la possibilitat de fer còpies, fotografies o fotocòpies de determinades pàgines del referit informe i/o dels seus annexos.

Escau, també, aclarir que la forma d'accés limitada va ser la solució trobada pel subjecte obligat per a ponderar els diversos drets i interessos en joc.

És oportú tindre en compte els diversos motius per a restringir la forma de l'accés a la informació sol·licitada que s'al·leguen pel subjecte obligat. Aquests, en síntesi, serien els següents:

- La igualtat de les parts en els processos judicials i la tutela judicial efectiva.

-La garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa de decisió. L'informe sol·licitat objecte del contracte no té caràcter públic i facilitar-lo perjudicaria els interessos de l'administració, així com podria perjudicar el correcte funcionament del sistema de control de les activitats de les empreses.

-Interessos econòmics i empresarials i propietat intel·lectual.

Sisé.- Així, doncs, la conjunció de tots aquests elements limitadors a l'accés van portar a l'administració reclamada a considerar que la millor solució era facilitar l'accés, però limitant la forma de facilitació.

Aquest consell va dictar Resolució núm. 60/2017, de 21 de setembre de 2017, expedient 103/2016 (cas Costa Marine) i en el seu FJ 4t de la nostra resolució, afirmem que:

"També ha d'assenyalar-se que el reconeixement de l'accés a la informació pot quedar condicionat per la manera concreta d'accés i facilitació de la informació. Facilitar l'accés en un format o un altre o amb majors o menors possibilitats de manejar i tractar la informació, pot portar al fet que la càrrega de treball administrativa siga major o menor, o la necessitat mateixa d'examinar la documentació per a haver de donar accés parcial o dur a terme l'anonimització. Així mateix, la manera de facilitar l'accés pot arribar a variar molt el risc en el qual queden els interessos i drets en joc. A vegades, restringir la facilitació de l'accés a una manera determinada pot ser la fórmula adequada i proporcional per a conciliar el dret d'accés a la informació, amb una desproporcionada càrrega de treball i amb els drets i interessos a protegir."

El ben cert és que la llei hauria de tindre en compte que el format o condicions de l'accés a la informació pot condicionar la decisió mateixa de facilitar l'accés, atés que pot tindre més o menys perill potencial per a les dades personals. Es tracta d'un tema important que la regulació ací aplicable no contempla i cal poder donar una resposta a supòsits en els quals facilitar l'accés electrònic, en formats reutilitzables o fàcilment gestionables generen un major perill que la seua facilitació en paper o formats menys gestionables.

Com a excepció cal esmentar el Decret 8/2021, de 9 de febrer de Catalunya, que regula la limitació de la formalització d'accés com una possible solució. Així, en el seu article 72. 3r, estableix que "quan la informació sol·licitada només es trobe disponible en la seua versió original, l'accés es pot fer efectiu mitjançant la consulta directa dels originals en les instal·lacions o sistemes d'informació del subjecte obligat, el lliurament d'una còpia, o la posada a la disposició de la persona sol·licitant a través de mitjans electrònics accessibles." Pel que ara interessa, s'afig que: "En els casos en els quals l'administració pública considere i justifique que el bé jurídic protegit pel límit aplicable sols es lesiona amb l'enviament a la persona sol·licitant d'una còpia de la informació sol·licitada, s'ha de preservar el dret d'accés mitjançant el reconeixement d'un dret limitat a la consulta de la informació."

I en el seu apartat 4t, disposa:

"4. Amb caràcter general, i llevat que la protecció de drets i interessos de terceres persones ho justifique, el dret d'accés a la informació pública inclou el dret a obtindre còpies o reproduccions de la informació sol·licitada a la qual es tinga dret a accedir."

Pel que sembla, en l'àmbit de la contractació no és estrany trobar resolucions en les quals l'accés es resol amb l'accés directe a l'expedient amb possibilitat de prendre notes, però sense facilitació de còpies. Així, per exemple, cal esmentar l'informe 46/2009 de la Junta Estatal, de 26 de febrer de 2010:

"Si algun dels licitadors o candidats desitjara conéixer en tota la seua extensió el contingut de les proposicions, l'òrgan de contractació està obligat a posar-lo de manifest, la qual cosa comporta la possibilitat d'examinar l'expedient i fins i tot prendre'n notes respecte, però en absolut pot ser interpretat en el sentit que s'entregue còpia de tot el presentat per altres licitadors, especialment si es tracta de projectes o altres documents similars respecte dels quals puga existir un dret de propietat intel·lectual o industrial a favor del licitador".

Aquest criteri sembla mantindre's per exemple en la Resolució 1309/2019, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, recurs nº 1147/2019, de 18 de novembre de 2019. En l'àmbit de la contractació l'article 52.3r de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, esmentava "l'accés a l'expedient de contractació en les seues oficines".

Així mateix, l'article 29.2 del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual, disposa que: "2. Els interessats podran prendre quantes notes necessiten per a formular les seues al·legacions i sol·licitar còpia o certificat d'aquells documents continguts en l'expedient que siguen indispensables per a exercir el seu dret de defensa, que s'expediran per la Secretaria sempre que els mitjans disponibles ho permeten i no es veja afectada l'eficàcia del funcionament dels serveis públics". La nostra resolució 94/2017 s'ha fet d'aquest criteri de l'informe 46/2009, de la Junta Estatal, en alguna ocasió.

L'opció de donar accés sense possibilitat de fer còpies és una solució material que pot presentar problemes intel·lectuals, ja que una vegada que s'accedeix a la dada o a la informació, aquesta ja és coneguda. No obstant això, especialment en matèria de protecció de dades, aquesta forma de limitació d'accés sí que pot tindre majors efectes, puix que el tractament informatitzat de les dades es fa més complex i els potencials perills poden ser menors. Cal recordar que en el cas referit Costa Marine (Resolució núm. 60/2017), es tractava de l'accés a centenars de dades personals en centenars de documents.

No obstant això, en el supòsit present no està en joc la protecció de dades, sinó la protecció d'altres interessos. D'aquí ve que, en principi, la solució de donar accés a la informació, però impedint la possibilitat de digitalitzar o fer còpies, no sembla que siga la més idònia respecte dels interessos que poden estar en joc, atés que el risc es produeix per l'accés mateix a la informació, i no tant en la possibilitat de tractament informàtic ulterior de la informació.

D'igual manera, és cert que aquesta solució de facilitar l'accés a la informació sense la possibilitat de digitalitzar o fer còpies, permet accedir a ingents quantitats d'informació, però sense la necessitat de fer innecessàries o costoses còpies pels qui no tenen capacitat administrativa de fer-les. No obstant això, tampoc és el cas present perquè es tracta d'un document de 360 pàgines, que no implica un problema de gestió (sense perjudici del cost que si fa el cas poguera produir-se). No obstant això, l'accés limitat va ser la decisió de la Conselleria d'Economia que per l'esmentat principi *no reformatio in peius* no pot ara posar-se en qüestió.

Seté.- Aquest Consell considera que sí que existeixen motius que justifiquen la denegació d'accés (complet) a la informació sol·licitada. Quant a la igualtat de les parts en els processos judicials i la tutela judicial efectiva, el informe l'accés dels quals es pretén serveix per a proveir d'informació a l'administració per a decidir sobre si prorroga o no el contracte de concessió de servei públic que finalitza al desembre de 2022. Per al cas que no es prorrogara, els concessionaris coneixerien per endavant de les raons que poden motivar l'adopció d'una determinada decisió per l'administració. Això és, coneixerien arguments que podrien fer valdre en una futura reclamació. I de fet, per algunes de les afirmacions contingudes en l'expedient, ja es tracta d'una qüestió sotmesa a decisió dels tribunals. Bé és cert, que és la pròpia administració la que ja ha donat accés a aquest informe, però no hi ha motius per a ampliar el ja reconegut al reclamant.

Amb major claredat, escau assenyalar la concurrència de causa de limitació en raó de la garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa de decisió (art. 14.1r.k) Llei 19/2013. Amb suport de la sentència de l'Audiència Nacional, de data 25 de juny de 2019, dictada en el recurs d'apel·lació 8/2019, s'assenyala que l'informe és confidencial perquè no té caràcter públic i podria perjudicar interessos de qui facilita la informació o el correcte funcionament del sistema de control. En aquesta línia, s'assenyala que, malgrat que l'informe siga el resultat del contracte, no té caràcter públic, a diferència de la resta d'actes del procediment de contractació als quals s'ha pogut tindre accés. Doncs bé, escau considerar que, en efecte, concorre aquesta excepció a l'accés, per la qual cosa malgrat que és la pròpia administració la que ja l'ha reconegut, no escau fer-ho quant a l'accés complet sol·licitat. No es tracta d'un cas de confidencialitat en el context de la contractació administrativa per part de possibles competidors, sinó com s'ha avançat, de l'art. 14.1r k) Llei 19/2013, en relació amb les decisions que s'adopten respecte de les ITV.

Sembla al·legar-se l'existència d'interessos econòmics i empresarials, així com de propietat intel·lectual. La veritat és que no s'esmenten directament en les al·legacions de la generalitat Valenciana davant aquest Consell. En qualsevol cas, la qüestió s'esmenta en les resolucions prèvies. No es tracta dels interessos econòmics de l'empresa adjudicatària del contracte que va realitzar l'informe, sinó dels interessos econòmics de les decisions que haja d'adoptar la Conselleria en relació amb la ITV. I en efecte, concorren en el cas present amb claredat com un motiu més que pot justificar la denegació d'accés a la informació sol·licitada. I de nou, la veritat és que ja s'ha facilitat l'accés a la informació, però no escau reconéixer l'accés complet amb còpia de la informació.

Així les coses i per tot el que s'ha exposat, escau desestimar la present reclamació i no escau reconéixer (més) el dret de la reclamant a accedir en plenitud, això és, amb la possibilitat que se li faciliten còpies o, si fa el cas, que puga realitzar fotografies o còpies a l'informe -i annexos- que va realitzar la mercantil NOUS AVANTATGES, SL, objecte de contracte en data de 8 de juliol de 2020.

RESOLUCIÓ

En atenció als antecedents i fonaments jurídics descrits, la Comissió executiva del Consell de transparència, accés a la informació pública i bon govern, acorda:

DESESTIMAR la reclamació número 255/2021, interposada per l'Associació d'Entitats Concessionàries de la Comunitat Valenciana per a la Inspecció Tècnica de Vehicles (d'ara endavant, AECOVA-ITV), formulada contra la Conselleria d'Economia Sostenible, Sectors Productius, Comerç i Treball.

Contra la present resolució, que posa fi a la via administrativa, es podrà interposar recurs contenciós administratiu davant la sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, en el termini de dos mesos comptats des de l'endemà de la notificació, de conformitat amb el que s'estableix en els articles 10 i 46 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 García Macho