



Expedient Núm. 223/2022
Informe Núm. 1/2023

CONSELL VALENCIÀ DE TRANSPARÈNCIA

COMISSIÓ EXECUTIVA

Srs.:

President: Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sra. Emilia Bolinches Ribera

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

Sra. Sofía García Solís

València, 27 de gener de 2023

ASSUMPTE: Informe sobre la consulta formulada per la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública respecte a la decisió de no publicar determinades dades relatives a la formalització d'un contracte, en relació amb la petició de confidencialitat presentada per dos laboratoris respecte als documents i a les dades presentades en l'oferta econòmica.

En resposta a la consulta formulada per la Conselleria de Sanitat i Salut Pública en data 11 de juliol de 2022 per registre departamental davant el Consell Valencià de Transparència, s'emet el següent **INFORME:**

ANTECEDENTS

Amb data 11 de juliol de 2022 la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública va presentar una sol·licitud d'informe al Consell Valencià de Transparència en relació amb la decisió de no publicar determinades dades relatives a la formalització d'un contracte. En la sol·licitud d'informe es feia constar el següent:

En virtut del que estableix l'article 154.7 de la Llei de contractes del sector públic que estableix que, abans de la decisió prèvia de no publicar unes determinades dades relatives a la formalització d'un contracte, els òrgans de contractació hauran de sol·licitar l'emissió d'un informe al Consell de Transparència i Bon Govern a què es refereix la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en el qual s'aprecie si el dret d'accés a la informació pública preval o no enfront dels béns que es pretenen salvaguardar amb la no-publicació.

Per aquest motiu se sol·licitava l'emissió d'un informe sobre la petició de confidencialitat presentada pels laboratoris Bristol Myers Squibb, SAU i AstraZeneca Farmacèutica Spain, SA, respecte dels documents i dades presentades en el sobre 3 "Oferta econòmica", i i la dada confidencial que es proposa és la del preu.

S'adjuntaven a la consulta declaracions de confidencialitat presentades per les empreses licitadores abans ressenyades, dirigides al Servei d'Aprovisionament i contractació, Central de Compres de la Conselleria de Sanitat i Salut Pública de la Comunitat Valenciana, en les quals es manifestava:

- AstraZeneca va presentar una declaració de confidencialitat en la qual indicava:

Que els documents i les dades presentats en el sobre 3, relatiu a l'oferta econòmica, preu ofert lot 18, es consideren de caràcter confidencial, segons el que es disposa en l'article 133 de la LCSP que estableix que el caràcter confidencial afecta, entre altres, els secrets tècnics o comercials, els aspectes

confidencials de les ofertes i qualssevol altres informacions el contingut de les quals puga ser utilitzat per a falsejar la competència, siga en aquest procediment de licitació o en altres posteriors.

Manifestava, a més, que la confidencialitat de les dades i els documents assenyalats derivava de raons objectives, i la finalitat de la declaració de confidencialitat era la protecció dels seus legítims interessos comercials, així com de les dades de caràcter comercial. S'indicava, també, que el preu finançat no és una dada de coneixement públic, i influeix directament en la presa de decisions de l'empresa, pel que fa a l'estratègia comercial que cal seguir.

Finalment, indica que la declaració de confidencialitat és necessària i proporcional a la finalitat i a l'interés que es pretén protegir, perquè el preu unitari ofert representa un vertader interés comercial legítim, i és informació reservada que pot afectar la competència lleial amb la resta de les empreses competidores del mercat. Indica que la informació relativa al preu revist un gran valor per a l'empresa i suposa un actiu d'importància que representa un valor estratègic, que es tracta d'informació veritablement reservada i que aquesta informació és desconeguda per tercers.

Consideren, al seu torn, que la normativa vigent habilita expressament l'òrgan de contractació a no publicar determinades dades relatives a l'adjudicació d'un contracte determinat quan considere, justificant-ho degudament en l'expedient, que la divulgació d'aquesta informació pot obstaculitzar l'aplicació d'una norma, resultar contrària a l'interés públic o perjudicar interessos comercials legítims d'empreses públiques o privades o la competència lleial entre aquestes.

- Bristol Myers Squibb, SAU, (BMS) va presentar declaració de confidencialitat en la qual feia designació expressa de confidencials de totes les dades i informacions que inclou el sobre "Oferta econòmica" i totes dades i informacions que es proporcione en el curs de la negociació, molt en particular les ofertes que en aquesta negociació puguen formular respecte del preu, així com la informació relativa als abonaments en funció del resultat. En conseqüència, es manifestava que no era escaient la comunicació d'aquestes dades i informacions, particularment el preu unitari, perquè la divulgació perjudicaria els interessos comercials legítims de l'empresa. Fonamentaven la seua petició en el que s'estableix en l'article 155.3 de la LCSP que permet al poder adjudicador decidir la no-comunicació de determinades dades relatives a l'adjudicació d'un contracte quan considere que la divulgació de la informació podria perjudicar aquests interessos i formulaven la designació del preu unitari com a confidencial.

Manifestava l'empresa que l'oferta d'un preu unitari a un comprador públic és una decisió comercial de la major rellevància i que es tracta d'un element decisiu de la seua política comercial i la divulgació d'aquesta informació podria posar en perill la seua estratègia comercial i el seu posicionament en el mercat, i suposar un greu perjudici per als seus legítims interessos, així com una possible distorsió de les regles de la lliure competència.

Fonamentava la seua declaració, al seu torn BMS, en el que es disposa en l'article 133 de la LCSP, quant a l'abast del caràcter confidencial i els elements de l'oferta que podien veure's afectats i també declarava la necessitat de la declaració de confidencialitat per a la protecció dels interessos perseguits, i indicava que aquesta no produiria un minvament en els principis de publicitat i transparència. Citava, per a fonamentar la seua pretensió, la Resolució 58/2018, de 19 de gener, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, que transcriu en part la Resolució del TACRC número 196/2016, d'11 de març, que va definir els secrets tècnics i comercials, així com els requisits perquè una documentació poguera ser considerada confidencial.

Manifesta també BMS que és aplicable a l'accés a la documentació declarada confidencial el límit establert en l'article 14 de la LTAIBG en l'apartat h), relatiu als interessos econòmics i comercials i cita referent a això la Resolució 478/2019, de 26 de setembre, del Consell de Transparència i Bon Govern, en la qual es desestima la reclamació relativa a la possibilitat d'accedir a la resolució en la qual es va decidir el preu d'inclusió en l'SNS d'un medicament, i conclou, en aquell cas, el Consell, que podia donar-se un perjudici raonable i no merament hipotètic als interessos comercials i econòmics amb l'accés al contingut de la resolució.

Posa també de manifest que el preu ofert és un secret comercial, d'acord amb el que s'estableix en la Llei 1/2019, de 20 de febrer, de secrets empresarials (LSE), i indica que el preu ofert a una entitat pública es

realitza sota una estratègia comercial i empresarial, ateses les característiques particulars de la licitació, el país o regió on aquesta es convoca i a l'entitat contractant, la qual cosa comportarà unes condicions econòmiques i de subministrament concretes de la licitació particular, per la qual cosa consideren l'oferta econòmica un element essencial per a l'estratègia comercial del laboratori i el seu posicionament en el mercat, i precisament el seu caràcter reservat el que el defineix com un avantatge competitiu del laboratori enfront dels seus competidors, siga en el mateix procediment de licitació o en licitacions futures. A més sobre el preu ofert BMS adopta les mesures necessàries per a mantindre'n la confidencialitat.

Finalment, ambdues empreses fonamentaven les seues declaracions de confidencialitat en el que s'ha exposat anteriorment exposat i, a més, en la Directiva 2014/24/UE de contractació pública, més concretament en la importància de protegir adequadament la confidencialitat de les ofertes, a fi de preservar els legítims interessos empresarials.

A la vista d'aquests antecedents i basant-nos en la competència atribuïda al Consell Valencià de Transparència en la Llei 1/2022, d'acord amb el que es disposa en l'article 47.1 de la Llei 1/2022, de 13 d'abril, de la Generalitat, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana, "el Consell Valencià de Transparència és l'autoritat de garantia en matèria de transparència a la Comunitat Valenciana. Té com a finalitat garantir el dret d'accés a la informació pública i vetlar pel compliment de les obligacions de publicitat activa", i és l'òrgan competent per a "resoldre les consultes que, en matèria de transparència, li plantegen les administracions públiques i altres entitats subjectes a aquesta llei", segons recull, entre les seues funcions, l'article 48.7 del mateix text legal, i en particular, segons el Decret 105/2017, de 28 de juliol, "les que amb caràcter facultatiu li formulen els òrgans encarregats de tramitar i resoldre les sol·licituds d'accés a la informació".

D'altra banda, la disposició transitòria primera de la Llei 1/2022, abans esmentada, estableix que "el Consell Valencià de Transparència regulat en aquesta llei substitueix el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Non Govern" aquest Consell respon la consulta plantejada segons l'argumentació següent:

FONAMENTACIÓ JURÍDICA

Primer.- En primer lloc i com a qüestió prèvia, és necessari citar la Sentència del Tribunal Constitucional (TC) núm. 68/2021, de 18 de març, que va declarar no conformes b l'ordre constitucional de competències, en els termes del FJ 7B) e), els paràgrafs segon i tercer de l'article 154.7 de la LCSP, a l'empara dels quals se sol·licitava l'emissió d'aquest informe:

En tot cas, abans de la decisió de no publicar unes determinades dades relatives a la formalització del contracte, els òrgans de contractació hauran de sol·licitar l'emissió d'un informe al Consell de Transparència i Bon Govern a què es refereix la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en el qual s'aprecie si el dret d'accés a la informació pública preval o no enfront dels béns que es pretenen salvaguardar amb la seua no-publicació, aquest informe s'ha d'evacuar en un termini màxim de deu dies.

No obstant l'anterior, no es requereix aquest informe del Consell de Transparència i Bon Govern en cas que amb anterioritat l'òrgan de contractació haja efectuat una consulta sobre una matèria idèntica o anàloga, sense perjudici de la justificació deguda de la seua exclusió en l'expedient en els termes establits en aquest apartat.

El TC en el FJ 7B de la sentència esmentada, va considerar:...B) *Respecte del règim jurídic de l'adjudicació dels contractes, han sigut objecte d'impugnació els articles 141, 143, 145, 146, 147, 148.3 paràgraf segon, 149.4 i 6, i 154.7 paràgrafs segon i tercer, de la subsecció primera de normes generals; els arts. 156, 157, 159.1 i 4 a), 166.2, 177.3 a), 185.3, i 187.3 i 1 1 relatius als procediments*

d'adjudicació de les subseccions segona, quarta, sisena i setena; tots ells inclosos en la secció segona, capítol primer del títol primer del llibre segon LCSP; i la disposició addicional vintena segona.

... e) En el marc de l'anunci de la formalització dels contractes, la representació processal del Govern Aragonés impugna el paràgraf segon i tercer de l'article 154.7 LCSP, per condicionar l'activitat autonòmica, i imposar una supervisió o tutela que, «de facto», suposa suspendre l'anunci de la formalització (SSTC79/2017, FJ17, i 14/2018, FJ10).

L'article 154.7 LCSP estableix que l'òrgan de contractació, si ho justifica degudament en l'expedient de contractació, pugua decidir no publicar determinades dades relatives a la formalització del contracte, quan la divulgació d'aquesta informació pugua obstaculitzar l'aplicació d'una norma, resultar contrària a l'interès públic o perjudicar interessos comercials de les empreses o la competència lleial entre elles, o quan es tracte de contractes declarats secrets o reservats, o l'execució dels quals haja d'anar acompanyada de mesures de seguretat especials o ho exigisca la protecció dels interessos essencials de la seguretat de l'Estat (paràgraf primer). El paràgraf segon disposa que «abans de la decisió de no publicar unes determinades dades relatives a la formalització del contracte», l'òrgan de contractació haurà de recaptar un informe del Consell de Transparència i Bon Govern; aquest informe no serà necessari si l'òrgan de contractació ja ha efectuat «una consulta sobre una matèria idèntica o anàloga, sense perjudici de la justificació deguda de la seua exclusió en l'expedient en els termes establits en aquest apartat» (paràgraf tercer).

L'informe del paràgraf segon de l'article 154.7 LCSP s'articula com un instrument per a reforçar la transparència de l'activitat pública en matèria de contractació, i garantir el dret d'accés a la informació relativa a aquesta activitat contractual. L'informe, com es desprèn de la norma estatal, té caràcter preceptiu i és previ a la decisió que adopte l'òrgan de contractació, però no vinculant. Des d'aquest punt de vista, res s'oposaria a la seua consideració com a bàsic. No obstant això, el precepte exigeix que l'informe es recapte del Consell de Transparència i Bon Govern, a què es refereix la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. Aquesta llei el configura com un òrgan independent que exerceix les seues competències en relació amb l'administració general de l'Estat, llevat que per conveni l'exercici de les seues funcions s'estenga a les comunitats autònomes.

D'acord amb el raonament exposat i per no tindre caràcter bàsic, els paràgrafs segon i tercer de l'article 154.7 LCSP han de declarar-se contraris a l'ordre constitucional de competències. Aquesta declaració no comporta la seua nul·litat, tenint en compte que s'apliquen en l'àmbit estatal sense que això haja sigut objecte de controvèrsia en aquest procés [SSTC 50/1999, FFJJ7 i 8, i 55/2018, FFJJ7 b) i c)].

Com hem vist, el Tribunal Constitucional, en el fonament jurídic 7.B) e) de la Sentència, considera que, si bé la finalitat perseguida pel precepte li permetria tindre la consideració de regulació bàsica, per exigir que l'informe es recapte del Consell de Transparència i Bon Govern a què es refereix la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, com un òrgan independent que exerceix les seues competències en relació amb l'Administració general de l'Estat, llevat que per conveni l'exercici de les seues funcions s'estenga a les comunitats autònomes, aquests paràgrafs han de declarar-se contraris a l'ordre constitucional de competències. En el cas de la Comunitat Valenciana, igual que en altres comunitats autònomes, es va decidir optar per la creació d'un òrgan independent propi en la Llei 2/2015, el Consell de Transparència de la Comunitat Valenciana, actualment Consell Valencià de Transparència, en virtut del que s'estableix en la Llei 1/2022, de 13 d'abril, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana. Per aquesta circumstància i tenint en compte les consideracions efectuades pel Tribunal Constitucional, no escau aplicar, de manera supletòria, en el sector públic autonòmic, els paràgrafs segon i tercer de l'article 154.7, a l'empara dels quals se sol·licita l'emissió d'aquest informe.

Segon. - En segon lloc, independentment de la inconstitucionalitat del precepte, considerem procedent l'emissió del present informe a l'empara del que es disposa en l'article 48.7 de la Llei 1/22, en tant que ha formulat consulta en matèria de transparència una administració pública i entre les competències que el Consell Valencià de Transparència té atribuïdes es troba la de resoldre *les consultes que, en matèria de transparència, li plantegen les administracions públiques i altres entitats subjectes a aquesta llei*. Així les coses, atés que la consulta és relativa a la decisió de no publicar dades de la formalització d'un contracte, hem de tindre en compte necessàriament el que s'estableix en la disposició final tercera de la

Llei 1/2022 en relació amb les obligacions relatives a la publicitat activa que estableix que *1. El capítol II del títol I, relatiu a la publicitat activa, entrarà en vigor al cap de dotze mesos de la seua publicació en el «Diari Oficial de la Generalitat Valenciana», i és, per tant, actualment aplicable, pel que fa a les obligacions de publicitat activa, el que es disposa en la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana.*

Tercer. - Entrant ja en el fons de la qüestió plantejada, en primer lloc la Llei 19/2013, de transparència, bon govern i accés a la informació pública, en l'article 8, quant a las obligacions de publicitat activa relatives a la informació econòmica, pressupostària i estadística estableix:

1. Tenint en compte les competències legislatives de les comunitats autònomes, els subjectes inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest títol hauran de fer pública, com a mínim, la informació relativa als actes de gestió administrativa amb repercussió econòmica o pressupostària que s'indiquen a continuació:

a) Tots els contractes, amb la indicació de l'objecte, la duració, l'import de la licitació i d'adjudicació, el procediment utilitzat per formalitzar-los, els instruments a través dels quals, si és el cas, s'ha publicat, el nombre de licitadors participants en el procediment i la identitat de l'adjudicatari, així com les modificacions del contracte. Igualment, seran objecte de publicació les decisions de desistiment i renúncia dels contractes. La publicació de la informació relativa als contractes menors podrà realitzar-se trimestralment.

D'altra banda, l'article 9 de la Llei 2/2015, quant a les obligacions de difusió de la informació, estableix que l'Administració de la Generalitat Valenciana, entre altres subjectes obligats, *haurà de publicar, com a mínim, en les seues pàgines web, actualitzada i estructurada, la informació següent:*

1. Informació econòmica, pressupostària i estadística.

Els subjectes relacionats en l'article 2, en l'àmbit de les seues competències, hauran de fer pública la informació relativa a l'activitat pública que es detalla a continuació.

a) Tots els contractes i els encàrrecs a mitjans propis, amb la indicació de l'objecte, el tipus, la duració, l'import de licitació i d'adjudicació, el procediment utilitzat per a formalitzar-los, instruments a través dels quals, si és el cas, s'ha publicat, el nombre de licitadors participants en el procediment i la identitat de la persona o entitat adjudicatària, així com les modificacions, els desistiments i les renúncies. Així mateix, s'hauran de publicar les pròrrogues dels contractes o els encàrrecs i els procediments que han quedat deserts, els supòsits de resolució de contracte o declaració de nul·litat, així com els casos de possibles revisions de preus i cessió de contractes. La publicació relativa als contractes menors s'haurà de realitzar, almenys, trimestralment. També s'haurà de donar publicitat a la subcontractació, i indicar la identitat dels subcontractistes, l'import de cada subcontractació i el percentatge en volum que cadascuna supose sobre el total del contracte.

També la LCSP estableix, en l'article 63.3 b), l'obligació de publicar *l'objecte detallat del contracte, la seua duració, el pressupost base de licitació i l'import d'adjudicació, inclòs l'impost sobre el valor afegit, tot això, tal com s'estableix en aquest mateix precepte, a fi de garantir la transparència en la contractació pública i l'accés públic a aquesta informació.*

Finalment, cal indicar que la Llei 1/2022, de 13 d'abril, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana, ha recollit, al seu torn, en l'apartat d) de l'article 20, entre les obligacions de publicitat activa, que serà de compliment obligat a l'entrada en vigor del títol relatiu a la publicitat activa (12 de maig de 2023), la de publicar el pressupost de licitació i l'import d'adjudicació, tot això, sense perjudici del que es disposa en la normativa reguladora dels contractes del sector públic.

Així les coses, de les normes citades es desprén, en principi, l'obligatorietat de donar publicitat a l'import del contracte i al seu objecte.

Quart.- Escau, per tant, analitzar la procedència de no donar publicitat a la informació que les empreses han designat com a confidencial i això només podria esdevindre a conseqüència de la concurrència

d'algun límit que poguera restringir la publicació de determinats aspectes del contracte, tal com al·leguen les empreses participants en la licitació.

En primer lloc, analitzarem el que s'estableix en l'article 133 de la LCSP, al qual han al·legat els laboratoris farmacèutics, en les seues declaracions de confidencialitat respectives, i en virtut de l'aplicació de la qual podria l'òrgan de contractació decidir la no-divulgació d'aquella informació que els empresaris hagen declarat com a confidencial, segons el qual:

*1. Sense perjudici del que es disposa en la legislació vigent en matèria d'accés a la informació pública i de les disposicions contingudes en aquesta 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 en el moment de presentar la seua oferta. El caràcter de confidencial afecta, entre altres, els **secrets tècnics o comercials, els aspectes confidencials de les ofertes** i qualssevol altres informacions el contingut de les quals puga ser utilitzat per a **falsejar la competència**, siga en aquest procediment de licitació o en altres posteriors.*

El deure de confidencialitat de l'òrgan de contractació així com dels seus serveis dependents no podrà estendre's a tot el contingut de l'oferta de l'adjudicatari ni a tot el contingut dels informes ni a la documentació que, si és el cas, genere directament o indirectament l'òrgan de contractació en el curs del procediment de licitació. Únicament podrà estendre's a documents que tinguen una difusió restringida, i en cap cas a documents que siguen públicament accessibles.

El deure de confidencialitat tampoc podrà impedir la divulgació pública de parts no confidencials dels contractes subscrits, com ara, si és el cas, la liquidació, els terminis finals d'execució de l'obra, les empreses amb les quals s'ha contractat i subcontractat, i, en tot cas, les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors del contracte, respectant en tot cas el que es disposa en la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal [actualment Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals].

Segons el que han assenyalat en les seues respectives declaracions de confidencialitat, les empreses participants en la licitació pretenen ometre la publicació de tota la informació relativa a l'oferta econòmica, i fan especial esment, totes dues empreses, en el valor estratègic que per a elles suposa el preu, al qual atorguen la consideració de secret comercial, i fan constar que la divulgació d'aquest podria afectar els seus interessos econòmics i comercials.

Referent a això, cal indicar que, quant a les obligacions de publicitat activa, el preu d'un contracte públic ha de ser indubtablement conegut i publicat, i que l'article 133 de la LCSP no menyscaba, en cap cas, l'obligació de publicitar l'import de l'adjudicació d'un contracte. Ara bé, la LCSP estableix una sèrie d'excepcions a aquest principi general de publicitat, en l'article 154, i que han de ser valorades i ponderades adequadament per l'òrgan de contractació, que són l'objecte d'aquesta consulta.

Cinqué.- En relació amb l'aplicació del límit relatiu a la concurrència d'interessos econòmics i comercials, tal com ha entés el Consell Valencià de Transparència en altres ocasions, la mera invocació d'alguna de les circumstàncies assenyalades en l'article 154.7, en aquest cas la hipotètica existència d'un perjudici en els interessos econòmics, no implica la necessària limitació de la publicitat dels elements d'un contracte, sinó que d'acord amb el criteri interpretatiu 1/2019 del Consell Estatal de Transparència, ans al contrari, tal com estableix l'article 14, l'aplicació dels límits ha de ser potestativa, justificada i proporcionada amb l'objecte i finalitat de protecció i atendre a les circumstàncies del cas concret (article 14.2).

- Cada cas ha de ser objecte d'un estudi individualitzat, de l'aplicació del test del dany, i de la ponderació de les seues circumstàncies, tal com regeix el preàmbul de la llei.
- No és suficient argumentar que l'existència d'una possibilitat incerta puga produir un dany sobre els interessos econòmics i comercials per a aplicar el límit amb caràcter general. El perjudici ha de ser definit, indubtable i concret.
- Aquest dany ha de ser substancial, real, manifest i directament relacionat amb la divulgació de la informació.

- Una vegada constatada l'existència del dany i el seu impacte, haurà s'haurà de ponderar l'existència d'un interès prevalent que marcarà, en última instància, el pes d'aquest dany en els interessos econòmics i comercials enfront de l'interès legítim existent de conèixer la informació concreta a divulgar.

Així les coses, aquest Consell entén que no s'ha acreditat l'existència d'un perjudici definit, indubtable i concret, com tampoc s'acredita l'existència d'un dany substancial, real ni manifest, perquè en totes dues declaracions de confidencialitat s'al·ludeix a la hipotètica possibilitat que els interessos econòmics i comercials dels laboratoris puguen veure's afectats, sense que s'haja concretat un dany real i manifest. En aquest mateix sentit es va pronunciar la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS 3530/2017 – ECLI:ES:TS:2017:3530).

Sisé.- Respecte de la sol·licitud de confidencialitat del preu unitari del contracte, i en resposta al que han argumentat per tots dos laboratoris, per a la defensa de la confidencialitat d'aquest, cal, primerament, assenyalar que, segons disposa l'article 133 de la LCSP, el deure de confidencialitat no pot estendre's a les parts essencials d'una oferta, i no hi ha cap dubte que el preu constitueix un element essencial de qualsevol oferta.

En aquest mateix sentit es va pronunciar la GAIP, en l'informe 1-2020, en un assumpte de similars característiques, en relació amb la possibilitat que la confidencialitat poguera estendre's a altres aspectes de l'oferta, de manera indeterminada: *...exclou expressament que queden sotmesos al deure de confidencialitat "les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors del contracte", i sens dubte, el preu és una part essencial de l'oferta econòmica, com ho serien les condicions de variació del preu, una cosa òbvia i, en tot cas, confirmada per l'article 35.1.f LCSP, es refereix al preu com un element de contingut mínim dels contractes, així com l'article 13.1.d LTAIPBG, que l'inclou entre els elements essencials dels contractes que han de difondre's en règim de publicitat activa. Per tant, si com s'estableix a l'inici de l'article 133 LCSP, la confidencialitat d'aspectes de l'oferta sol·licitada pels licitadors ha d'entendre's "sense perjudici del que es disposa en la legislació vigent en matèria d'accés a la informació pública i de les disposicions contingudes en aquesta llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que ha de donar-se als candidats i als licitadors, ... "; si "El deure de confidencialitat de l'òrgan de contractació, així com dels seus serveis dependents, (...) únicament pot estendre's a documents que tinguen una difusió restringida, i en cap cas a documents que siguin públicament accessibles", i si "el deure de confidencialitat tampoc pot impedir la divulgació pública de (...), les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors del contracte", ha de concloure's que el preu del contracte és un element essencial de l'oferta econòmica sobre el qual no pot projectar-se la declaració de confidencialitat del licitador, ni queda sotmès al deure de confidencialitat de l'òrgan de contractació, per la qual cosa no existeix una expectativa legítima de l'empresa adjudicatària que es mantinga la confidencialitat de la seua oferta econòmica des del moment en què el contracte li ha sigut adjudicat i queda sotmès al marc legal de transparència contractual (annex III de la LCSP en relació amb l'article 154 LCSP, i article 13.1.2 LTAIPBG).*

Seté.- Respecte a la possible concurrència del límit establert en l'article 14.1 h) de la Llei 19/2013, relatiu al secret professional i la propietat industrial, per no haver declarat les empreses que el preu constitueix un secret comercial i que, per aquest motiu, representa per a elles un valor estratègic, novament compartim el criteri mantingut per la GAIP en l'informe 1-2020, en què es va considerar que el preu d'un contracte públic no podia incloure's dins dels supòsits de secret tècnic o comercial o de defensa de la competència establerts en l'article 133 de la LCSP.

Tal com manifesta expressament el preàmbul de la Llei 1/2019, de 19 de febrer, de secrets empresarials, "aquesta definició de secret empresarial no abasta la informació d'escassa importància, com tampoc l'experiència i les competències adquirides pels treballadors durant el transcurs normal de la seua carrera professional ni la informació que és de coneixement general o fàcilment accessible en els cercles en què normalment s'utilitza el tipus d'informació en qüestió". Doncs bé, si no pot considerar-se un secret empresarial aquella informació de coneixement general o fàcilment accessible, no pot ser-ho el preu establert en l'oferta econòmica d'un licitador, el qual, per imperatiu de la legislació contractual, han

de poder conèixer els altres licitadors, i menys encara quan es tracta del preu d'un contracte adjudicat i formalitzat, que ha de ser públicament difós en el portal de transparència d'acord amb l'article 13.1.c LTAIPBG.

Tampoc és defensable que el preu d'adjudicació del contracte siga un element que, conegut pels competidors, produísca l'efecte de falsejar la competència. El falsejament de la competència es produeix amb la utilització comercial de conductes prohibides per la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, que tenen per finalitat l'engany o coacció de les persones consumidores, o bé amb la imposició abusiva des d'una posició empresarial dominant del mercat de condicions o preus, o amb acords o pràctiques entre empreses a fi de pactar preus de manera que es restringisca la lliure competència en un mercat. Però la difusió del preu fixat per una empresa per a la prestació d'un servei a un ens del sector públic no té cap efecte d'alteració de la lleial competència ni de falsejament de les condicions en què competeixen les empreses, molt al contrari, contribueix a la transparència dels processos de licitació i garanteix la posició d'igualtat dels competidors en l'accés a contractes del sector públic.

Queda clar, doncs, que el preu del contracte no pot incloure's dins dels supòsits de secret tècnic o comercial, o de falsejament de la competència, establits per l'article 133 LCSP com a elements potencialment confidencials.

Huité.- Al·lega, al seu torn, una de les empreses que el preu unitari s'ofereix, prenent com a base el preu de finançament del medicament fixat pel Ministeri de Sanitat, Consum i Benestar Social. La resolució de fixació del preu de finançament dels medicaments, a l'empara del Reial decret legislatiu 1/2015, de 24 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de garanties i ús racional dels medicaments (TGR), no és un acte administratiu subjecte a publicació i que quant a la fixació dels preus dels medicaments la informació facilitada pels laboratoris sobre aspectes tècnics, econòmics i financers al Ministeri és confidencial. Però aquest deure de confidencialitat respecte a la fixació del preu dels medicaments, res té a veure amb la publicació de l'import d'adjudicació d'un contracte públic.

En aquest punt es necessari fer referència a la jurisprudència relativa al règim jurídic aplicable en matèria d'accés a la informació i confidencialitat. En aquest sentit, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de març de 2021 nega l'existència «d'un règim complet que faça impossible l'aplicació de la Llei de transparència», perquè no «hi ha una regulació específica d'informació en matèria de medicaments» i, per tant, en la mesura que «no pot aplicar-se als medicaments la disposició addicional primera 2 de la Llei de Transparència» escau entendre que «en casos com el present, solament, és necessari emprar el règim que resulta de la Llei de transparència amb especial prudència quan es refereix als medicaments i aplicar l'aplicació dels límits de l'article 14 realitzant una especial i acurada ponderació» i la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de març de 2021 i la de 24 d'octubre de 2022 que consideren l'existència d'una diferència entre els supòsits d'una regulació completa i de regulacions parcials sobre el dret d'accés a la informació en un determinat sector de l'ordenament, i mantenen el criteri que les regulacions parcials que afecten el dret d'accés a la informació en un sector determinat -com és el cas de la regulació continguda en l'article 7 del Reial decret 1591/2009- encara que no constitueixen un règim complet, resulten també aplicables directament, a l'empara de la disposició addicional primera, apartat 2, de la Llei 19/2013, abans esmentada, sense perjudici del caràcter supletori d'aquesta norma. I conclou que : .. En primer lloc, i d'acord amb el que s'ha indicat ja, l'aplicació directa de l'article 7 del Reial decret 1591/2009 no impedeix haver d'acomodar-lo al marc general de la Llei de Transparència, en particular de l'article 14 , que estableix els límits al dret d'accés a la informació....>>.

Per això, d'acord amb la fonamentació jurídica exposada, concloem quant a les declaracions de confidencialitat de les empreses, que no resulten suficients, segons el parer d'aquest Consell, per a limitar o ometre la publicació d'un element essencial d'un contracte, i amagar-lo així del coneixement públic. A més els argumentes en els quals se sustenten aquestes declaracions podrien ser esgrimits per empreses de qualsevol sector i estaríem així evitant el coneixement públic del preu d'adjudicació de nombrosos contractes públics.



Tampoc podem oblidar que ens trobem en un àmbit que revist indubtable interès públic per la seua relació amb el dret dels ciutadans a la protecció de la salut i pel seu efecte en els comptes de la Generalitat Valenciana.

Finalment, no és necessari recordar que la contractació pública ha de vertebrar-se sobre l'eix del principi general de la transparència màxima i, com hem vist, la invocació dels límits no ha de tindre com a efecte l'aplicació automàtica d'aquests. Així, una vegada realitzada la ponderació entre l'interès públic i l'hipotètic perjudici als interessos comercials i econòmics de les empreses oferents, considerem que no pot prevaldre aquest últim, enfront de les obligacions de transparència en relació amb la contractació pública.

És tot el que cal informar els efectes oportuns.

**EL PRESIDENT DEL
CONSELL VALENCIÀ DE TRANSPARÈNCIA**

Ricardo García Macho