

Expediente N° 17/2016

Resolución N.º 94/2017

**CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

COMISIÓN EJECUTIVA

Presidente: D. Ricardo García Macho

Vocales:

D^a. Emilia Bolinches Ribera

D. Lorenzo Cotino Hueso

D. Carlos Flores Juberías

D^a. Isabel Lifante Vidal

En Valencia a 21 de diciembre de 2017

Reclamante: [REDACTED]

ASUNTO.

Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (LTBGPC), que se resuelve por la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (CTAIBG), según lo establecido en el artículo 42.1 de la LTBGPC

En respuesta a la Reclamación presentada por la [REDACTED] [REDACTED] mediante escritos de 21 de marzo y 12 de mayo de 2016, frente a la concesión parcial de acceso a determinada información pública gestionada por la Vicepresidencia de la Generalitat y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, siendo Ponente el Presidente del Consejo D. Ricardo García Macho, adopta la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

Primero.- De la documentación obrante en el expediente se establece que la [REDACTED] [REDACTED] presentó en fecha 9 de febrero de 2016 una petición ante la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, en que se solicitaba copias de determinados expedientes completos de contratación tramitados por dicha Conselleria. En concreto, se solicitaba copia de los expedientes completos de los procedimientos de licitación de las Residencias de Personas Mayores. En el escrito también se solicitaba que se revocase la consideración de confidencial del contenido de los informes presentados por la adjudicataria de los contratos en cada uno de ellos y que se incorporase, por tanto, su contenido a dichos expedientes con el objetivo de fortalecer la transparencia del proceso licitador.

Segundo.- En fecha de 21 de marzo de 2016, [REDACTED] presentó reclamación, dirigida al Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por la ausencia de contestación de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas a su solicitud de información, una vez transcurrido el plazo de 30 días.

Tercero.- En fecha 22 de abril de 2016, la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas notificó a [REDACTED] la Resolución de 19 de abril de 2016 del Subsecretario de la Conselleria, por la que se le permitía el acceso parcial a los expedientes comprendidos en su solicitud de 9 de febrero de 2016, salvo a determinada documentación declarada confidencial por los licitadores. Siendo este último punto el que realmente genera controversia.

Cuarto.- En fecha 12 de mayo de 2016, [REDACTED] presenta nueva reclamación dirigida al Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, contra la Resolución de 19 de abril de 2016 de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas por la que se le permite sólo el acceso parcial a la información y documentación solicitada. Esta nueva reclamación debe entenderse acumulada a la anterior puesto que existe una correlación total con las pretensiones aludidas en la primera de 21 de marzo de 2016.

Quinto.- En fecha 3 de marzo de 2017, la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia remitió a la entidad [REDACTED] adjudicataria de cinco de los contratos antes citados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, notificación por la que le concedía un plazo de quince días para que pudiera formular las alegaciones que estimase oportunas, si consideraba que el acceso a la información solicitada pudiera afectar a sus derechos o intereses. Dicho escrito fue recibido por [REDACTED], [REDACTED] el 7 de marzo de 2017. En respuesta la entidad [REDACTED] remitió escrito de alegaciones al Consejo de Transparencia el 28 de marzo de 2017. En resumen, la empresa manifiesta su oposición al acceso al expediente de la asociación peticionaria e igualmente se ratifica en su consideración al principio de confidencialidad al que se ha venido acogiendo para oponerse al acceso a determinada información obrante en el proceso de adjudicación, por entender que su difusión puede poner en riesgo sus intereses comerciales.

Sexto.- En fecha 6 de marzo de 2017, la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia remitió a la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas notificación de trámite de audiencia, por un plazo de quince días, para que pudiera formular las alegaciones que considerase oportunas. En respuesta al escrito de la Comisión Ejecutiva por el que se otorgaba trámite de audiencia, la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas remitió escrito de alegaciones al Consejo de Transparencia el 29 de marzo de 2017. En resumen, la contestación se ratifica en los pronunciamientos establecidos en su Resolución de 19 de abril del 2016 insistiendo en que el acceso parcial al expediente se sustenta en la idea de la ponderación del principio de confidencialidad reconocido como tal en la normativa sobre contratación pública y la normativa sobre transparencia.

Efectuada la deliberación del asunto en diversas sesiones de esta Comisión Ejecutiva, y sin que haya sido posible cumplir el plazo oportuno debido a las carencias estructurales de éste órgano, se adopta la presente resolución bajo los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme al artículo 24.1 en relación con el 42.1 de la Ley 2/2015 de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana (en adelante Ley 2/2015), el órgano competente para resolver las reclamaciones que se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información, es la Comisión Ejecutiva con

carácter previo a su impugnación en la jurisdicción contencioso-administrativa.

SEGUNDO.- En cuanto al reclamante, es indiscutible el derecho de D. [REDACTED] como Director General de la [REDACTED] ([REDACTED]), a acogerse a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, toda vez que el artículo 11 de dicha Ley garantiza el derecho a la información pública de cualquier ciudadano o ciudadana, a título individual o en representación de cualquier organización legalmente constituida, sin que sea necesario motivar la solicitud ni invocar la ley.

TERCERO.- Asimismo, la administración destinataria de la solicitud de acceso a la información pública objeto del presente recurso –CONSELLERIA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS INCLUSIVAS– se halla sujeta a las exigencias de la citada ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1 a).

CUARTO.- En cuanto a los terceros interesados, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 15.5 de la Ley 2/2015, se le ha dado traslado a la empresa [REDACTED] para que dentro de los plazos legales aplicables presentará las alegaciones que considerara oportunas.

QUINTO.- Las solicitudes presentadas por la parte peticionaria de fechas 21 de marzo de 2016 y 12 de mayo del 2016 basándonos en lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas deben entenderse acumuladas dado que este Consejo entiende que guardan identidad sustancial e íntima conexión, siendo este mismo órgano el encargado de su tramitación y resolución.

SEXTO.- La normativa sobre transparencia y acceso a la información, tanto de ámbito estatal -Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo Ley 19/2013)- como de ámbito autonómico valenciano -Ley 2/2015- recalcan el derecho de acceso de todas las personas a acceder a la información pública, entendida en el ámbito estatal Art. 13 de la Ley 19/2013 como: *“los contenidos o documentos cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos*

en el ejercicio de sus funciones”. En términos similares el Art. 11 de la Ley Valenciana señala: *“Cualquier ciudadano o ciudadana, a título individual o en representación de cualquier organizaron legalmente constituida, tiene derecho de acceso a la información pública, mediante solicitud previa y sin más limitaciones que las contempladas en la ley. Para el ejercicio de este derecho no será necesario motivar la solicitud ni invocar la ley”*.

No obstante, este reconocimiento debe conjugarse con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley estatal 19/2013 sobre las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública que establece en su punto segundo: *“Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”*.

SEPTIMO.- Siguiendo con el argumento esgrimido en la última consideración del punto anterior, es necesario hacer referencia a la materia contractual pública y para ello es de suma importancia conocer los pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). En una de sus resoluciones más recientes (aunque es doctrina consolidada) se pronuncia sobre las delimitaciones del derecho de acceso en procesos de adjudicación de contratos públicos, en concreto la Resolución n.º 994/20 de 27 de octubre de 2017 -Recurso 942/2017- se plantea la dificultad de establecer un correcto equilibrio entre las normas de acceso a la información y principios básicos de la materia contractual pública, como es el principio de confidencialidad. El punto Sexto de la Resolución así lo recoge: *“... este Tribunal ya tiene declarado que, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar la confidencialidad”*.

En esta misma línea Resoluciones anteriores del TACRC como la 506/2014 ya habían sentado una clara delimitación del principio de confidencialidad: *“El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizadas por los licitadores al amparo del Artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina (...) se sintetiza del siguiente modo:*

b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con

base en el principio de confidencialidad.

Al principio de confidencialidad se refiere el Art. 140.1 del TRLCSP al disponer que 'sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas'

Por su parte el Art. 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o a la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la 'divulgación de información' dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida.

El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012 del mismo Tribunal)."

En este sentido se pronunció la Resolución de 19 de abril de 2016 del Subsecretario de la Conselleria, por la que se le permitía el acceso parcial objeto ahora de esta reclamación, que en su punto IV determinó: *"En los expedientes arriba indicados la adjudicación está suficientemente motivada y se ha dado vista de los mismos a todas las empresas licitadoras que la han solicitado, no obstante en aras de buscar un equilibrio entre la transparencia del procedimiento de licitación y el derecho de defensa de todos los licitadores e interesados y el derecho a la protección de los intereses comerciales de cada una de las empresas, este órgano de contratación procede a determinar el alcance de la confidencialidad documental"*. Es por ello que a juicio de este Consejo la Resolución de la Subsecretaria de la Conselleria lleva a cabo la ponderación entre los intereses defendidos por el principio de confidencialidad y los intereses que se quieren proteger con los principios de publicidad y transparencia. Teniendo en cuenta estos presupuestos, la Resolución de la Subsecretaría argumentó que si

bien debe respetarse el principio de confidencialidad, este no es absoluto, y que, por tanto, en aras a ejercer los derechos de acceso al Expediente si debía autorizarse el acceso al mismo, pero no por ello, y con el objetivo igualmente de conciliar ambas posturas, únicamente reconoció el acceso parcial, para salvaguardar los intereses comerciales de las partes, cuestión por otra parte que le compete por exigencia legal.

Así pues, quedo establecido en el punto V de la Resolución de 19 de abril de 2016: *“Teniendo en cuenta el volumen de la documentación de los expedientes de los que se ha solicitado copia completa, dado que el solicitante no determina ni concreta de cuales de los documentos desea obtener copia, para mantener el equilibrio entre la actividad administrativa y el derecho del solicitante al acceso a la información pública, así como en aras de garantizar la transparencia en la gestión administrativa, (██████████) debe poder acceder a los expedientes solicitados, salvo a la documentación declarada confidencial.*

Entre los argumentos traídos a colación en diversas ocasiones por el TACRC se establece que las empresas adjudicatarias no pueden acogerse a que toda la documentación que presentan en sus ofertas es confidencial -la propia empresa ██████████ en su escrito de contestación al trámite de alegaciones abierto en el procedimiento que se sigue por esta reclamación ante el Consejo, no lo discute-. Por ello, en este caso en particular el órgano de contratación entendió que si se cumplió con los principios de publicidad y transparencia consagrados tanto en la normativa de contratación pública, como en la de transparencia y acceso a la información, puesto que de un lado, motivo suficientemente la adjudicación -se pone de manifiesto que no consta que la parte ahora peticionaria recurriera por ninguno de los cauces habilitados al efecto esta adjudicación- y de otro lado, a la vista de la petición de acceso, determinó aquella documentación del expediente que podía ser susceptible de afectar a secretos técnicos o comerciales y que por tanto debía ser considerada como confidencial.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido como un derecho la confidencialidad de diversas comunicaciones en el marco de los procesos de adjudicación, la Sentencia de 14 de febrero de 2008 (Asunto C-450/06, VAREC) *“El objeto principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (...). Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicatarias no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser*

utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Estos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que estas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores. Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores”. Así pues y teniendo en cuenta que si bien, la parte peticionaria al acceso no debe justificar su motivación- tal y como reconoce el Art. 11 de la Ley 2/2015- no es menos cierto que dado que no consta que [REDACTED] interpusiera ningún recurso contra la adjudicación, es presumible que facilitar el acceso a determinada información pudiera conculcar las reglas de la competencia empresarial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala tercera) reconoce expresamente esta cuestión, Auto de 15 de febrero de 2007: *“Por otra parte, esta Sala ha entendido en muchos otros casos precedentes que los datos comerciales de las partes que no sean públicos tienen, en general, carácter reservado, en la medida en que su conocimiento por parte de posibles competidores puedan ocasionar perjuicios de difícil previsión anticipada. Por ello y salvo que quede claro que el conocimiento de documentos de esa naturaleza sea imprescindible para el adecuado ejercicio de derechos de defensa de una parte procesal, las informaciones comerciales no públicas o no puestas en conocimiento voluntario por la parte a la que pertenecen deben conservar en el proceso judicial, en principio, el carácter de reservado que les haya otorgado en el procedimiento administrativo el órgano administrativo competente”*. Este argumento ha sido puesto en consideración por la empresa [REDACTED] en sus alegaciones de fecha 28 de marzo de 2017, entendido que es pertinente que como tal sea valorado, puesto que como ya se ha reiterado la parte peticionaria del acceso no ha visto en ningún modo conculcados sus derechos de defensa, por lo que en la ponderación de intereses debe primarse el de confidencialidad.

OCTAVO.- Otra cuestión que se analiza se refiere a como debe realizarse el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación, y en tal sentido la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 46/2009 de 26 de febrero ha venido reconociendo que: *“si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por los otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial en favor de los licitadores”*.

Por último, deber analizarse la interpretación del Consejo de transparencia y Buen Gobierno estatal en su Resolución de 30 de mayo del 2017 (R/0102/2017) en su Fundamento Jurídico 4 se alude al Criterio interpretativo CI/002/2015 de fecha 24 de junio, elaborado entre el Consejo y la Agencia Española de Protección de Datos, que se resumen en la idea de que la Administración debe realizar un análisis que se asemeja a un “test del interés público”, en concreto se expone con claridad lo siguiente: *“La Administración, después de efectuar dicho test, concluye que se debe denegar la información puesto que el interés económico y comercial del contratista puede verse afectado seriamente al desvelarse procedimientos, rutinas, márgenes comerciales y formas o figuras de ejecución de las prestaciones, cuyo conocimiento puede suponer una disminución de la ventaja que, de forma comercial o industrial y legítimamente, haya adquirido al realizar aquellas tareas”*.

En este caso, se considera pertinente la valoración que efectuó la Administración al reconocer el acceso parcial, puesto que de otro modo, algunas de las cuestiones que se encuentran en el Expediente y a las que alude el peticionario del acceso [REDACTED] pudiera verse conculcada la protección de los datos que legítimamente constituyen el proceder empresarial, la dinámica de la empresa. Esta situación es conocida como los denominados *“know how empresariales”*, que tal y como señala el Consejo de Transparencia en su criterio interpretativo, son derechos legítimamente adquiridos por cada empresa y que han de ser protegidos. Esta idea está en sintonía con lo que dispone la normativa comunitaria sobre secreto comercial, Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016.

RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede:

PRIMERO.- DESESTIMAR las reclamaciones efectuadas por ██████, tanto la de 21 de marzo de 2016, como la acumulada del 12 de mayo del 2016 sobre acceso a la información contenida en diversos procesos de adjudicación realizados por la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, teniendo en cuenta que se reconoció el acceso parcial al expediente mediante Resolución de 19 de abril de 2016 del Subsecretario de la Conselleria.

SEGUNDO.- Contra la presente Resolución que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, en el plazo de dos meses, contados a partir del día siguiente al de la notificación, de acuerdo con el artículo 10.1-m) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

RICARDO JESUS|
GARCIA|MACHO

Firmado digitalmente por
RICARDO JESUS|GARCIA|MACHO
Fecha: 2018.01.04 10:58:53
+0100'

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA,
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**