



ASUNTO: NOTA INFORMATIVA SOBRE LA RESOLUCIÓN 21/2017, DE 1 DE FEBRERO, SOBRE RECLAMACIÓN FORMULADA EN EL MARCO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN; SOLICITUD DE ACCESO A DETERMINADOS DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN ANTES DE LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

I.- INTRODUCCIÓN.

Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen

Preámbulo.

Ante el régimen ordinario de los recursos administrativos, la Ley ha optado por un procedimiento ad hoc de reclamación, que se basa en la creación de un órgano independiente y profesionalizado, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, que será el encargado de resolver los conflictos y configurar al mismo tiempo una línea doctrinal sobre la aplicación de los límites que pueden excluir o restringir el derecho de acceso. La Ley determina que esta comisión pueda adoptar sus decisiones en forma de resolución o bien mediante acuerdo de mediación, si las partes en conflicto así lo solicitan y lo aceptan.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno creó el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, instaurando así un órgano de control, independiente, cuyas competencias radican en la promoción de la cultura de transparencia en el marco del actuar del Sector Público, así como en la garantía del derecho de acceso a la información pública y en la materialización de la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Esta instauración tiene su reflejo en la normativa autonómica, siendo así que son muchas las Comunidades Autónomas que tienen un órgano análogo al creado por la citada norma y al amparo de sus propias disposiciones.

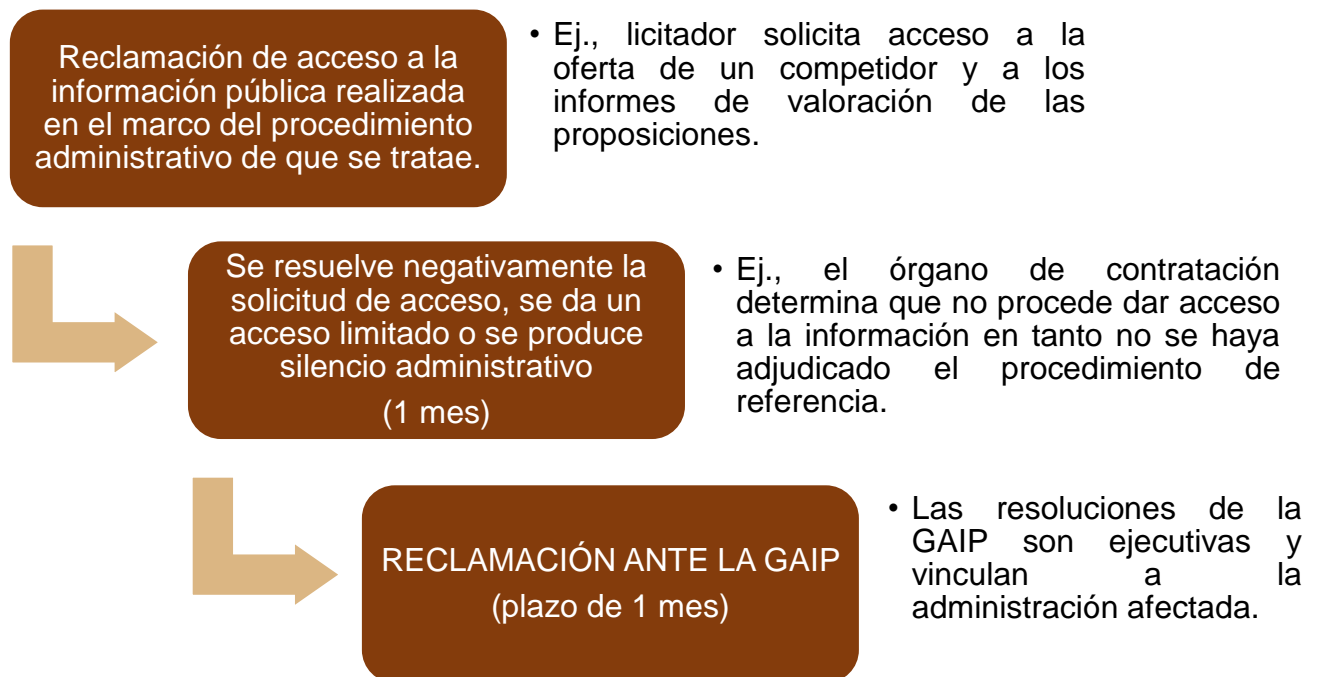
En este sentido, la Comunidad Autónoma de Cataluña creó la **Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP)**;

La principal función de la GAIP es atender las reclamaciones de la ciudadanía contra la desestimación de solicitudes de acceso a la información que haya formulado previamente. Se

puede reclamar ante la GAIP contra cualquier administración, entidad o empresa pública de Cataluña. También atiende consultas que le formulan administraciones u otras entidades públicas sobre la materia.



Como se desprende de las menciones precitadas, la GAIP tiene competencia, por tanto, para dar cauce resolutorio a las reclamaciones que se presenten en el marco del derecho del acceso a la información pública; al respecto, refirámonos al procedimiento a seguir:



Así las cosas, la GAIP opera como órgano de revisión de las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas en relación a las solicitudes de acceso a la información, haciendo prevalecer el derecho de acceso a la información pública y, por ende, la transparencia, cuando la misma no se encuentre justificada y motivadamente limitada.

La presente Nota Informativa analiza la Resolución 21/2017, de 1 de febrero, de la GAIP que, como vendremos en descubrir, es sumamente esclarecedora, acotando la materialización del derecho de acceso a la información pública en la contratación pública.



II. EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN.

ANTECEDENTES

La reclamación que venimos en analizar se presenta en el marco del expediente de contratación **TRD/15, Contractació de la gestió dels serveis de Teràpies Respiratòries a Domicili en l'àmbit de tot Catalunya**, convocado por el **Servei Català de la Salut (CatSalut)** en 2015.

Tras la apertura del sobre correspondiente a los criterios cuantificables de forma automática (sobre 3 de los del procedimiento), un licitador solicitó acceso a la documentación siguiente:

- Informes técnicos de valoración y motivación de las puntuaciones otorgadas a las proposiciones presentadas al procedimiento de contratación.
- Ofertas de los competidores, concretamente, documentación relacionada con los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

La licitadora, a fin de solicitar el precitado acceso, acude a las siguientes disposiciones normativas:

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹.

Artículo 35. Derechos de los ciudadanos.

Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

- a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.*

¹ **Artículo 53.1 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.**



Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 87. Observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación.

1. Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Artículo 1. Objeto y finalidad.

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

Artículo 139. Principios de igualdad y transparencia.



Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

Vista la solicitud planteada, la Mesa de Contratación responde denegando el acceso a la documentación referenciada en tanto que, en el procedimiento de selección de contratistas, aun no mediaba Resolución de Adjudicación².

Test del Daño

El “test del daño” es algo necesario para poder aplicar un límite al derecho de acceso a la información que consiste en poner en una balanza el interés que se protege con el límite y el interés legítimo que ampara el conocimiento de la información y valorar ambos para decidir.

A la vista de la denegación precitada, que implica una primera realización del **test del daño** por parte de la Mesa de Contratación, **la solicitante reitera sus peticiones al Catsalut fundamentando:**

- Que, teniendo en cuenta que la normativa de aplicación en materia de contratos no regula expresamente el acceso a la información pública, debe acudirse a la integración normativa que reclama la aplicación de las normas de procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas.
- Que no hay fundamento jurídico alguno en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que justifique la denegación al acceso a la información que se ha solicitado.
- Que el hecho de que el procedimiento de selección de contratistas se haya o no adjudicado no es variable definitoria para con la limitación al acceso a la información pública.
- Que los informes de valoración son, *per se*, información pública no sujeta a confidencialidad.

² Es fundamental en este punto advertir que el organismo parte, en su fundamentación, de una escisión entre normativas, esto es, haciendo alusión al **artículo 151** del **TRLCSP**, que reglamenta la **clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación**, entiende que dar cumplimiento a este precepto no comporta obligación alguna para el organismo de dar acceso a la información solicitada. Por tanto, plantea su respuesta desde un paradigma centralizado en la normativa de aplicación a los contratos del sector público y sin dar integración a la misma a la normativa de aplicación en materia de transparencia y acceso a la información pública.



- Que la limitación del principio de transparencia requiere, en suma, una justificación motivada que atienda a la protección de la confidencialidad.
- Que los límites a la transparencia se encuentran recogidos en la **Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**, no siendo, los mismos, aplicables al caso controvertido.
- Que, en todo caso, la puesta a disposición de la información solicitada, a fin de constatar el acceso a la misma por la solicitante, no implica gravamen alguno al actuar administrativo.

La solicitud reiterada vuelve a recibir una respuesta negativa en reiteración de las consideraciones ya manifestadas, esto es, que el acceso a la información se dará en el momento procedimentalmente oportuno previsto en el TRLCSP [desacertada interpretación], correspondiendo el mismo al momento de la adjudicación del procedimiento.



En vistas de las reiteradas negativas para con la solicitud de acceso a la información, la solicitante procede, según antes se ha especificado, a la interposición de una reclamación ante la GAIP.

LA RECLAMACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

La solicitante, entre otras cosas, pone de manifiesto en su Reclamación un aspecto esencial. La transparencia es principio rector en materia de contratación pública y, como tal, principio que da soporte y capacidad de realización al resto de principios primarios en la materia.

Así, una de las claves fundamentales que impiden que los procesos de adjudicación de contratos públicos se tiñan de opacidad y desigualdad en el



trato a los licitadores es la obligación de motivación que el poder adjudicador tiene.

La motivación de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de contratación es, asimismo, piedra angular en el marco de la defensa de los licitadores de cara a poner de manifiesto sus legítimos intereses y protección de sus derechos en los procesos de revisión de procedimientos de contratación pues, sin ella, difícilmente puede articularse un recurso especial en materia de contratación o recurso ordinario.

Con todo, la motivación habrá de ser, por tanto, accesible a los operadores de mercado que concurran a las licitaciones y tal actuar implica, necesariamente, transparencia.

En el caso analizado, la solicitante ponía de manifiesto los precitados argumentos pues, recordemos, la misma no tuvo acceso, tan siquiera, a los informes de valoración de las ofertas.

De otro lado, la solicitante reitera cuantos alegatos ya habían sido manifestados al órgano contratante, según hemos recensionado.

LA TRAMITACIÓN DE LA RECLAMACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Una vez admitida a trámite la reclamación, la GAIP, además de comunicar tal tesitura a la reclamante, notifica la misma al **CatSalut** y le solicita el traslado del expediente y el **informe jurídico sobre la reclamación presentada**.

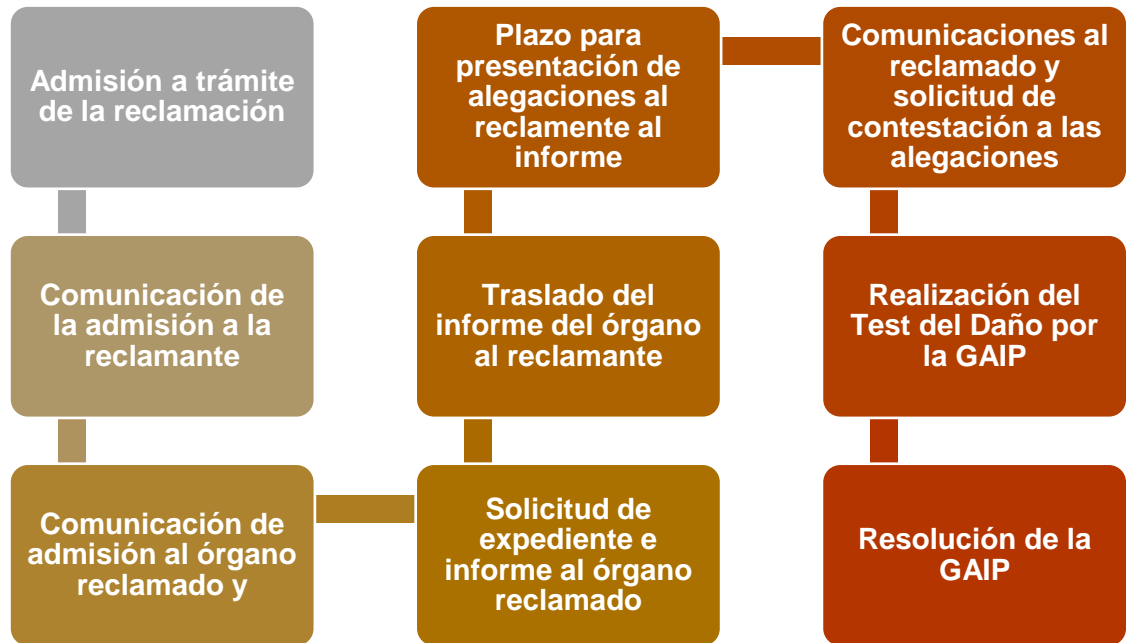
El **CatSalut** comunica a la GAIP que la reclamante tuvo acceso al expediente de contratación y se da traslado de tal información a la reclamante al fin de que la misma presente alegaciones.

En las alegaciones de la reclamante se exterioriza un aspecto que versa sobre la incorrecta realización del test del daño por parte del **CatSalut** y es que, el organismo, dio acceso a la información que no había sido declarada confidencial por los restantes licitadores – prácticamente toda – sin motivación alguna, esto es, no hizo un balance del alcance de las esferas en conflicto,



limitándose a aceptar el contenido de las declaraciones de confidencialidad y a limitar el acceso a la información *apriorísticamente*.

El procedimiento de reclamación.



La GAIP solicita al **CatSalut** la remisión del informe jurídico a la reclamación presentada y le solicita, asimismo, que se pronuncie sobre las alegaciones presentadas por la reclamante y, cuando el organismo remite el informe referenciado, mediante el mismo se limita a referir el procedimiento seguido sin entrar en valoraciones que versen sobre el fondo del asunto.

Asimismo, debía el **CatSalut** dar traslado a la reclamación presentada a otros licitadores, a fin de que los mismos pudieran presentar alegaciones y, de inicio, no lo hizo, siendo por ello que se reitera la necesidad de tal proceder por la GAIP hasta que se da traslado a los interesados, presentando las restantes empresas implicadas en el procedimiento sus preceptivas alegaciones.

LAS ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS.



En síntesis, las alegaciones presentadas por las distintas empresas licitadoras, interesadas en el procedimiento – cuya documentación, por tanto, solicita la reclamante –, versan sobre los dos aspectos:

- En las proposiciones presentadas hay información confidencial en tanto que, la misma, pone de manifiesto datos que versan sobre aspectos internos de las compañías.
- El acceso a la información no puede tener lugar sino tras la adjudicación del procedimiento de licitación.

EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN.

Una vez analizada la competencia de la GAIP para conocer del procedimiento de reclamación referido y tras recensionar los antecedentes, se abordan las cuestiones controvertidas en los siguientes términos:

El derecho de los licitadores de acceder al expediente antes de la resolución de adjudicación.

Ciertamente, el TRLCSP no recoge expresamente el derecho de acceso a la información pública en el marco del procedimiento de contratación y antes de la resolución de adjudicación, mas esto no comporta que tal derecho no exista.

En primera instancia, esta conclusión se evidencia en tanto que las normas de procedimiento administrativo común, que sí recogen el derecho de acceso a la información **durante** el procedimiento administrativo, son de aplicación supletoria al TRLCSP.

Así las cosas, en este sentido, la interpretación del **CatSalut** resulta sumamente restrictiva a injustificada y, a la postre, contraria a las dicciones del TRLCSP mismo en relación a los **artículos 1 y 139** del mismo.

De otro lado, determina la GAIP que, de seguirse la interpretación de la reclamada, su solución carece de sentido pues, de la misma forma que el TRLCSP no recoge el acceso a la información pública antes de la resolución de adjudicación, tampoco recoge este extremo tras la resolución de adjudicación y, por tanto, de no ser falaz esa interpretación, el acceso a la información de los licitadores solo podría darse por medio de la interposición



de recurso y, por carecimiento de esa información, el recurso interpuesto siempre estaría vacío de contenido.

En este sentido, aprovecha la GAIP para recordar como la regulación sectorial en materia de revisión de procedimientos de adjudicación desmiente esta postura.

Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Artículo 16. Acceso al expediente de contratación.

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.4 del presente reglamento.

Acceso a las ofertas de otros licitadores y el límite de la confidencialidad.

La GAIP aclara que, efectivamente, los licitadores pueden declarar que parte de su proposición es confidencial, debiendo ser la información así considerada protegida.



Esta limitación es posible por cuanto la protección de la confidencialidad, como límite tradicional a la transparencia, está legalmente recogida, por ejemplo, en el **artículo 14** de la **Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**.

Asimismo, esta protección, la que se refiere a la confidencialidad, está expresamente recogida también en el TRLCSP, cabiendo destacar los **artículos 140 y 153**.

Con todo, visto que la información confidencial efectivamente ha de ser protegida, la GAIP aclara que de lo que se trata es, por tanto, de aclarar el concepto de confidencialidad.

En este sentido, en primera instancia, expone el órgano de control que las declaraciones de confidencialidad no vinculan al órgano de contratación, debiendo el mismo realizar el test del daño cuando entren en fricción las declaraciones de confidencialidad con las solicitudes de acceso a la información.

Asimismo, como es sabido, recuerda la GAIP que las declaraciones de confidencialidad de los licitadores no pueden realizarse sobre la totalidad de la proposición presentada y que, las mismas, no pueden ser genéricas, sino que han de contener razonamientos objetivos y específicos que den fundamentación real a la declaración de confidencialidad.

Con todo, vistas estas premisas, a fin de dar cauce resolutorio al test del daño, el poder adjudicador deberá actuar por mediación del principio de proporcionalidad, esto es, determina la GAIP que no puede obrar la confidencialidad perjudicando a los licitadores de modo que los mismos carezcan de la información que necesitan para defender sus intereses y, eminentemente, teniendo en cuenta que **la transparencia es la regla general, no requiere motivación, ni justificación, siendo su limitación, por ende, la confidencialidad, la excepción**.

Recuerda la GAIP el contenido de la actual **Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública**, que en su **artículo 21** regula la protección de la confidencialidad y determina que, en suma, como ya indicábamos, debe hacerse una interpretación integrada de la normativa de contratos públicos, de



aquella otra que se refiere al procedimiento administrativo y de la que versa sobre transparencia para, con todo, proceder por medio del principio de proporcionalidad a limitar la transparencia, exclusivamente, cuando tal proceder medie justificado.

Vistas estas determinaciones, se comprueba que las mismas no han sido seguidas por el **CatSalut** que ha actuado sin justificación mediante y por medio de un automatismo programático.

En fin, la GAIP realiza, en segunda instancia – pero por primera vez – el test del daño en el presente caso y, para advertir si media información confidencial, usa de las dicciones definitorias de la **Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas**, que en su **artículo 2** concreta qué debe entenderse por información confidencial.

Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

Artículo 2. Definiciones.

«secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes:

a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

b) tener un valor comercial por su carácter secreto;

c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control;



Así las cosas, la GAIP viene en discernir que la información que había sido declarada confidencial no cumple con las premisas destacadas; la información relacionada con el cumplimiento de las prescripciones técnicas no encierra un secreto comercial, los títulos acreditativos de la capacidad profesional del personal ofertado para prestar un servicio, no son un secreto empresarial y, con todo, serán objeto de acceso a la información pública de forma anonimizada, los equipos y consumibles ofertados, disponibles en el mercado, no son un secreto comercial o empresarial y, en suma, no es confidencial nada que no represente un secreto comercial en los términos concretados.

En fin, como indicado, la GAIP realiza el test del daño de forma motivada y razonada y, efectivamente, protege parte de las proposiciones que, de forma muy concreta y nunca con carácter general, presenta aspectos confidenciales siendo, todo lo demás, transparente.

El acceso presencial a la documentación.

Sobre la forma en que se procede a dar acceso a la información, la GAIP clarifica que a la luz de lo dispuesto en los **artículos 35.a de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** y **53.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**, así como los **artículos 36 y 37 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**, los interesados pueden obtener copias de los documentos a los cuales accedan, mas determina que en un caso como el presente, por el volumen de la información y en pro de proteger la información que sí es confidencial, se aconseja el acceso presencial sin obtención de copias.

III. CONCLUSIONES.

Tal como hemos apreciado a lo largo del presente análisis, la GAIP da cabida a cuestiones fundamentales a lo largo de su resolución y, al respecto, podemos extraer las siguientes conclusiones:



Fundamental

•El **acceso a la información** puede producirse, sin justificación adicional u óbice alguno, **con carácter previo a la adjudicación del procedimiento**.

El **órgano de contratación no queda vinculado a las declaraciones de confidencialidad**, debiendo **realizar, motivadamente, el test del daño** a fin de dar respuesta a las fricciones entre transparencia y confidencialidad por medio de la **proporcionalidad**.

La **transparencia y publicidad** de la información es la **regla general**, siendo la coartación de estas esferas la **excepción** y respondiendo, la misma, a una real mediación de **información confidencial**.

Como colofón y a tenor de la naturaleza misma de la GAIP, el órgano de control manifiesta el debido cumplimiento de su Resolución y el seguimiento que a la misma se hará y dictamina dar publicidad a la misma que, en suma, **estima parcialmente la reclamación interpuesta declarando que se dé acceso a la reclamante a toda la información demandada, con excepción de las partes que, motivadamente, se han declarado confidenciales**, determinando que ese acceso tendrá lugar, en forma presencial, en los diez días hábiles siguientes al dictado de la Resolución y que el **CatSalut** deberá informar a la GAIP de su actuar en el marco del cumplimiento de la