

**Resolució 299/2017, de 8 de setembre****Número d'expedient de la Reclamació:** 184/2017**Administració reclamada:** Consorci Sanitari de Terrassa.**Informació reclamada:** Sobre núm. 2 de diverses ofertes presentades a un procediment de licitació.**Sentit de la Resolució:** Estimació parcial.

**Resum:** El Reial Decret (RD) 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual, i per la disposició addicional 1<sup>a</sup> LTAIPBG no exclouen que, en aplicació de la disposició addicional 1<sup>a</sup>.2 LTAIPBG, es pugui interpretar que la via de reclamació davant la GAIP forma part precisament de la supletorietat d'aquesta llei en relació amb els règims especials d'accés a la informació, i així ho ve entenent reiteradament la GAIP a l'hora d'interpretar l'abast dels règims especials d'accés i de la supletorietat de l'LTAIPBG respecte d'ells; en aquests casos, la GAIP haurà de resoldre aplicant preferentment el contingut del règim especial d'accés (la legislació de contractes, en aquest cas) i supletòriament el règim material de l'LTAIPBG; naturalment, la interposició de la Reclamació davant la GAIP no té cap mena d'efecte en relació amb els procediments de contractació i la seva eventual revisió, que es desenvoluparan segons la seva normativa i amb el ritme que s'escaigui, i no pot ser simultània a la impugnació dels mateixos fets davant d'una altra instància, com podria ser el cas del recurs especial de contractació, ja que en aquest cas la GAIP s'hauria d'inhibir en benefici del Tribunal de contractes del sector públic, per la seva major especialitat en la matèria. Aquesta Reclamació té una vinculació directa amb la concurrència a la contractació i, de la mateixa manera que l'Administració no ha objectat manca de legitimitació quan la reclamant ha demanat accés a l'expedient, comportaria un excés de rigor formal apreciar aquesta manca en el procediment de revisió de la resposta donada a la sol·licitud d'accés. L'article 42.5 LTAIPBG estableix que l'acord de mediació ha de ser signat pels tercers afectats que compareguin en el procediment. L'oposició manifestada per les empreses afectades a l'accés a la informació sol·licitat fan presumir que el procediment de mediació és inviable i, per tant, procedeix estalviar els esforços que caldria esmerçar-hi per part de tots els afectats i continuar amb el procediment ordinari, amb Resolució de la GAIP. És cert que una mostra no és un document, ni una dada alfanumèrica o digital que formi part d'un fitxer o d'una base de dades, que segurament són les expressions més típiques del que és informació; tanmateix, els objectes materials també poden consistir en informació quan serveixen per proporcionar o per acreditar coneixement, i en aquest cas és precisament aquesta la finalitat de la mostra: acreditar el grau de compliment de determinats requeriments de la convocatòria; en conseqüència, el fet de ser mostra no exclou que l'accés a ella pugui ser objecte del dret d'accés a la informació. La declaració de confidencialitat feta per les empreses interessades a l'empara de l'article 140.1 TRLCSP no és vinculant per a l'òrgan de contractació (ni per a les institucions de control), que ha de valorar si és justificada i decidir motivadament si procedeix mantenir-la. La confidencialitat derivada de l'article 140.1 TRLCSP constitueix una excepció al principi general de transparència i dret d'accés a la informació pública i, com a tal excepció, ha de ser degudament argumentada i la seva aplicació convenientment justificada i fonamentada en les circumstàncies del cas. La declaració de confidencialitat que facin els licitadors no pot abastar la totalitat de la documentació presentada. La declaració de confidencialitat feta pels licitadors no pot tenir només una motivació genèrica, sinó que ha d'indicar amb precisió els documents concrets afectats i les raons objectives i específiques que la justifiquen. Els límits al dret d'accés a la informació pública, malgrat que s'acrediti la seva concurrència, no són d'aplicació automàtica ni obligada (llevat del de l'article 23 LTAIPBG), ja que ha de ser ponderada per l'òrgan públic que actua, en atenció als interessos en joc, en funció de les circumstàncies de cas. No és rellevant la condició d'interessada en el procediment en relació amb l'accés a una oferta que no ha estat la guanyadora de la licitació. Es considera justificada l'aplicació a aquesta Resolució de la cautela establerta per l'article 34.3 LTAIPBG, als efectes de demorar l'accés efectiu a la informació



reclamada declarada com a confidencial per part dels licitadors al moment de la seva fermesa, i s'adopten mesures concretes per determinar el moment en què procedirà, si s'escau, aquest accés.

**Paraules clau:** Consorcis. Contractes. Licitació. Salut. Mediació. Límits. Confidencialitat. Terceres persones afectades. Al·legacions. Demora de l'execució. Mostres. Règims especials d'accés. Persona interessada.

**Ponent:** Josep Mir Bagó.

### **Antecedents**

1. El 8 de maig de 2017 entra a la GAIP la Reclamació 184/2017, presentada en representació de 3M, una empresa que hauria concorregut en el procediment de licitació indicat a l'antecedent següent, contra el Consorci Sanitari de Terrassa (CST), en relació amb la informació detallada pel mateix precedent. La persona reclamant sol·licita el procediment de mediació regulat per l'article 42 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG).
2. El 15 de març de 2017 la persona reclamant sol·licita al CST accés a l'expedient de contractació CTS 16/04 (subministrament d'apòsits) i concretament als següents elements que l'integren: a l'informe de valoració tècnica fet pel CST i a la documentació que integra l'oferta tècnica presentada per part de les empreses licitadores als productes núm. 4, 5, 31, 32, 54, 55, 65, 66, 67, 68, 72, 73 i 75, així com a les mostres d'aquests productes lliurades per elles. La sol·licitud es fonamenta en l'article 139 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, TRLCSP (els òrgans de contractació han de donar als licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i s'han d'ajustar al principi de transparència), en el 53.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques, LPAC (dret a les persones interessades a accedir i obtenir còpia dels expedients en els que tenen aquesta condició) i en diversos articles de les lleis 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (bàsica), LTAIPBGE, i 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG).
3. El 28 de març de 2017 el CST dona la següent resposta a la sol·licitud anterior: *"el proper dilluns, dia 3 d'abril de 2017, a les 09:00 hores a l'oficina jurídica del CST (...) podrà tenir accés a l'esmentat expedient. No obstant això, us comuniquem que el representant d'una de les empreses licitadores dels productes que relaciona en el seu escrit ha confirmat la confidencialitat de la documentació corresponent a la "Descripció tècnica dels productes a subministrar, descripció de les característiques tècniques, informació de l'etiquetat de l'envàs i informació de l'emalatge exterior dels productes", per la qual cosa a aquesta en concret no podrà tenir accés. Alhora us comuniquem que dita empresa ha sol·licitat i així se li ha concedit, en exercici del dret d'accés de les empreses a la informació i documentació dels expedients, ser present en l'acte on*



*vostès podran tenir accés a l'expedient. Finalment, li comuniquem que és impossible tenir accés a les mostres lliurades per les empreses licitadores, atès que aquestes es van utilitzar per poder fer correctament la valoració tècnica dels productes, tal com constava a l'apartat 3 del Plec de Prescripcions Tècniques”.*

4. La Reclamació presentada el 8 de maig de 2017 es fa ressò de les restriccions d'accés indicades a l'antecedent anterior i afegeix que en l'acte de consulta a l'expedient l'òrgan de contractació hauria comunicat verbalment la decisió de denegar, també, l'accés a la totalitat de la informació continguda en el sobre núm. 2 presentat per una altra de les licitadores. Així mateix, també se li hauria denegat l'accés a les mostres presentades per les empreses licitadores, amb l'argument que s'haurien utilitzat per fer les valoracions de les ofertes. Davant d'aquests fets, considera que les denegacions d'accés a les ofertes presentades per dues empreses licitadores vulnera el principi de transparència i els seus drets com a persona interessada en el procediment de contractació; en aquest sentit, aporta referències a resolucions diverses del Tribunal català de contractes del sector públic i de la GAIP, en el sentit de la necessitat d'interpretar restrictivament l'abast de la confidencialitat de les ofertes declarada per les empreses licitadores, en coherència amb el concepte de secret comercial establert per la Directiva 2016/943, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2016. En aplicació d'aquests criteris, argumenta que molta de la documentació titllada de confidencial per les empreses licitadores no reuneix els requisits propis d'aquest caràcter i assenyala també que la limitació a l'accés a la documentació de la segona empresa licitadora referida anteriorment li hauria estat comunicada verbalment, infringint d'aquesta manera l'article 34.1 LTAIPBG. Sobre la base de les consideracions anteriors, sol·licita a la GAIP l'accés a l'expedient de contractació demanat, en els termes més amplis que permeti el respecte a la informació que, estrictament avaluada, sigui confidencial.
5. El 15 de maig de 2017 la GAIP trasllada la Reclamació al CST i li demana, per a dins del termini de 10 dies, un informe sobre ella i còpia de l'expedient de sol·licitud d'informació pública del que deriva.
6. El 23 de juny de 2017 la GAIP rep l'informe del CST. Fa en primer lloc una exposició detallada dels antecedents, on consta que la mateixa empresa reclamant hauria set adjudicatària d'alguns dels lots sobre els quals demana informació (concretament, dels números 4, 5, 54 i 55) i el procés i els criteris seguits pel CST per determinar la part d'informació demanada que s'ha de considerar confidencial i, per tant, exclosa del dret d'accés. Destaca, en aquest sentit, que bona part de les licitadores no haurien presentat declaració de confidencialitat, de manera que s'hauria donat directament accés a les seves ofertes; en canvi, tres de les concursants sí que haurien presentat aquesta declaració i, en conseqüència, el CST els hauria donat trasllat de la sol·licitud i audiència, en els termes indicats més endavant.



El 5 d'abril de 2017 3M hauria tingut accés a tota la documentació de l'expedient llevat de la declarada confidencial pels escrits adjunts a les ofertes, ratificats o modificats, segons els casos, pels resultats de l'audiència donada, en els termes que concreta més endavant aquest mateix antecedent.

Argumenta la improcedència de la Reclamació davant la GAIP, ja que considera que la revisió de la resolució de la sol·licitud d'accés a l'expedient s'hauria de plantejar davant del Tribunal de recursos contractuals, de conformitat amb el previst per l'article 16 i la disposició final 1ª del Reial Decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual, i per la disposició addicional 1ª.2 LTAIPBG.

Al·lega també falta de legitimitat, ja que argumenta que els poders atorgats a la persona que actua en representació de l'empresa reclamant són limitats a la concurrència a la contractació i per la seva especificitat no inclouen la capacitat per reclamar davant la GAIP.

Manifesta que el CST hauria donat accés a tota la documentació de l'expedient, llevat de la declarada confidencial per part de dues de les empreses licitadores, declaració en relació amb la qual el CST no hauria dubtat en cap moment de la seva procedència, vist el que estableix l'article 140 TRLCSP. I conclou: "el CST considera necessari limitar l'accés a la informació declarada confidencial per part de les empreses Barna Import Mèdica (BIMEDICA) i Mölnlycke Health Care SL (MHC), atesa la manifestació efectuada per dites empreses. Certament aquest Consorci no té la capacitat d'establir si és cert o no que la informació confidencial així declarada efectivament ho sigui. Tampoc té la capacitat tècnica per establir si havent permès l'accés a la informació declarada confidencial s'hagués causat un perjudici greu a les empreses que així l'han declarat. El que sí pot avaluar CST és que existeix una impossibilitat total de fer front als perjudicis econòmics que podrien derivar d'una possible condemna per les possibles demandes derivades de la divulgació d'informació confidencial empresarial".

L'informe del CST adjunta, a més de còpia de la sol·licitud d'informació indicada a l'antecedent 2, còpia de la documentació següent:

- Escrits del CST a Iberhospitex SA (Innovative Health Technologies, IHT), BIMEDICA i MHC (que serien les empreses que haurien fet declaració de confidencialitat de les seves ofertes), informant-les sobre la presentació de la Reclamació i requerint-les a que, si s'escau, declarin o ratifiquin la confidencialitat de les seves ofertes, concretant la part o parts afectats i els motius de la declaració.
- Resposta d'MHC, que ratifica la declaració de confidencialitat feta al presentar la seva oferta, respecte del dossier tècnic, l'annex tècnic i els certificats i normes presentats, ja que considera que aquesta documentació li suposa un avantatge competitiu, representa un valor estratègic per a la companyia, pot afectar la seva competència en el mercat i és fruit de les seves inversions en recerca i del coneixement assolit amb la seva experiència.



Nogensmenys, afirma també que si l'òrgan de contractació considera que, per equilibrar el dret dels licitadors a la confidencialitat de les seves ofertes amb el d'accés a la informació pública i transparència, procedeix estimar l'accés sol·licitat, MHC respectaria aquesta decisió, sempre que es faciliti la mateixa documentació a tots els licitadors.

- Resposta d'IHT, indicant que no té cap inconvenient que l'empresa sol·licitant pugui accedir als documents del seu sobre B.
  - Resposta de BIMEDICA, indicant que només hauria declarat la confidencialitat de dos apartats del seu sobre B i que només estaria interessada a mantenir la d'un d'ells, concretament del relatiu a la "Descripció tècnica dels productes a subministrar, descripció de les característiques tècniques, informació de l'etiquetat de l'envàs i informació de l'embalatge exterior dels productes" (apartat 3). Així mateix, l'Annex tècnic restaria al marge de la declaració de confidencialitat. El contingut de l'apartat 3 citat del sobre B seria confidencial perquè si es mostra a competidors afectarà els interessos comercials de BIMEDICA i perjudicaria el seu dret a la propietat intel·lectual i la seva posició davant la competència. L'empresa també demana de poder assistir a la compareixença del reclamant per accedir a la part de la seva oferta no afectada de la declaració de confidencialitat.
7. El 26 de juny de 2017 la GAIP trasllada l'informe del Consorci a la persona reclamant i li ofereix un termini de deu dies per formular-hi al·legacions, especialment en relació amb les causes d'inadmissibilitat invocades.
8. El 7 de juliol la GAIP rep les al·legacions formulades per l'empresa reclamant a l'informe del Consorci. Sobre la procedència de la Reclamació, argumenta que la via de reclamació davant la GAIP és potestativa i no està legalment exclosa respecta de cap mena d'informació; fins i tot en cas d'accés a la informació inclosa en procediments administratius en curs, la persona reclamant entén que la disposició addicional 1<sup>a</sup>.1 LTAIPBG no exclou que les persones interessades puguin reclamar en defensa del seu dret d'accés a l'expedient davant la GAIP, i cita doctrina d'aquesta Comissió de Garantia favorable a aquesta interpretació; així mateix, també manifesta que si bé és cert que l'article 16 del Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual i d'organització del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, aprovat pel Reial Decret 814/2015, d'11 de setembre, preveu que l'accés a l'expedient de contractació de forma prèvia a la interposició del recurs especial pot ser demanat al Tribunal de contractes corresponent, això no exclouria que si l'interessat que vol tenir accés a l'expedient i no té, en principi, intenció de presentar el recurs especial, pugui i hagi de recórrer a la GAIP.

Sobre la suficiència de poders de representació, l'al·legació considera que els aportats són suficients, atesa la naturalesa merament administrativa de la Reclamació davant de la GAIP.

Sobre les consideracions de l'informe del Consorci, en el sentit que no té elements per valorar si la informació declarada com a confidencial pels licitadors mereix o no aquesta qualificació,



l'al·legació cita la doctrina de la Resolució de la GAIP 21/2017, d'1 de febrer, en el sentit que les declaracions de confidencialitat dels licitadors no vinculen l'òrgan de contractació, que les ha de valorar críticament i ponderar la seva justificació en relació amb el dret d'accés. En relació amb aquesta qüestió assenyala que la informació demanada no pot ser considerada confidencial des de cap criteri, de manera que la seva divulgació no suposaria cap perjudici competitiu per les empreses afectades.

9. L'11 de juliol de 2017 la GAIP dona trasllat de la Reclamació a les empreses licitadores afectades que segons consta a l'informe municipal s'haurien manifestat sobre la confidencialitat de les seves ofertes, als efectes del previst per l'article 42.3 LTAIPBG. En aquest mateix escrit els informa que l'empresa reclamant hauria demanat el procediment de mediació, que per ser vàlid requereix la participació de totes les parts afectades i en conseqüència els demana el seu capteniment en relació amb la seva participació en la mediació.
10. El 17 de juliol de 2017 IHT comunica a la GAIP que no prendrà part al procediment de mediació i la seva negativa a donar accés a l'oferta tècnica que va presentar a l'expedient CTS 16/04 convocat pel CST.
11. El 17 de juliol de 2017 el representant d'MHC manifesta que no accepta la mediació demanada per la reclamant i formula les següents al·legacions de cara a la resolució de la Reclamació per la GAIP:
  - Considera que els poders aportats no acrediten representació suficient de l'empresa reclamant per participar en el procediment de Reclamació davant la GAIP.
  - L'LTAIPBG no és aplicable a les ofertes dels licitadors que participen en un procediment de contractació, que no són afectades per l'obligació de publicitat activa del seu article 13.
  - La via d'impugnació davant la GAIP no és l'adequada en un procediment de contractació, ja que s'hauria d'acudir a la prevista per la regulació sectorial, que és la del recurs especial davant del tribunal de contractació competent.
  - L'oferta tècnica d'MHC és confidencial, ja que la seva divulgació podria afectar la seva competència en el marcat, perquè la documentació demanada té un valor estratègic per a la companyia i és fruit de les seves inversions en recerca i coneixement i de la seva experiència. Afegeix també que l'article 140 TRLCSP obliga l'Administració a respectar la declaració de confidencialitat feta per l'empresa.
  - MHC no ha estat l'adjudicatària de cap dels lots sol·licitats per la reclamant, de manera que la pretensió d'obtenir informació sobre la seva oferta constituiria abús de dret i mala fe, ja que l'eventual accés seria irrellevant als efectes de la finalitat de defensar els interessos de la reclamant en els procediments de contractació afectats.



12. El 19 de juliol de 2017 la GAIP rep un correu de BIMEDICA, que manifesta que si bé està disposada a participar a la mediació, s'oposarà a l'estimació de la Reclamació, ja que creu que no té fonament, per les raons que anuncia per a més endavant.
13. El 19 de juliol de 2017 la GAIP acorda mantenir suspesa la tramitació del procediment mentre duri el procés d'audiència a les terceres persones afectades i, addicionalment, ampliar en un mes i mig el termini per resoldre, fins a mitjans de setembre de 2017.
14. L'1 de setembre de 2017 BIMEDICA presenta al·legacions d'adhesió als motius d'inadmissibilitat de la Reclamació manifestats per l'informe del CST, als quals afegeix alguns arguments addicionals. Subratlla que la seva declaració de confidencialitat no afecta el conjunt de la seva oferta, sinó només una petita part. Finalment, també argumenta que la documentació que integra l'oferta tècnica de les licitadores no és informació pública i, en conseqüència, no entraria dins de l'àmbit d'aplicació de l'LTAIPBG.

## **Fonaments jurídics**

### *1. Sobre l'admissibilitat de la Reclamació*

El CST al·lega en el seu informe la concurrència de dues causes d'inadmissibilitat d'aquesta Reclamació; també recullen aquestes consideracions les al·legacions d'MHC i s'hi adhereix també BIMEDICA. Cal valorar abans que res si han de ser acceptades.

En primer lloc, considera que la revisió de la resolució de la sol·licitud d'accés a l'expedient s'hauria de plantejar davant del Tribunal de recursos contractuals, de conformitat amb el previst per l'article 16 i la disposició final 1ª del Reial Decret (RD) 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual, i per la disposició addicional 1ª LTAIPBG. L'article 16 citat, qualificat de bàsic per la disposició final 1ª d'aquest RD, disposa que si una persona interessada vol consultar l'expedient prèviament a la interposició del recurs especial, ho ha de demanar a l'òrgan de contractació i si aquest li denega no per aquest motiu pot deixar de presentar el recurs especial dins del termini previst legalment, sens perjudici que pugui al·legar en aquest recurs la manca d'accés a l'expedient, amb les conseqüències que procedeixin. Per la seva banda, la disposició addicional 1ª.2 LTAIPBG estableix que es regeixen per la seva normativa i supletòriament per l'LTAIPBG els procediments d'accés a la informació pública que estiguin regulats per un règim especial, circumstància que es donaria en aquest cas, ja que la normativa de contractació seria precisament el règim especial aplicable a l'accés a aquests expedients.

Sense qüestionar el contingut de les disposicions invocades per l'informe jurídic del CST, la GAIP entén que no exclouen la possibilitat de reclamar les denegacions d'accés a l'expedient davant d'aquesta Comissió de garantia. El que estableix, per començar, l'article 16 de l'RD 814/2015 és que



l'accés a l'expedient ha de ser sol·licitat a l'òrgan de contractació, i així s'ha fet en aquest cas. Quan, tot seguit, aquest precepte es refereix a la necessitat d'interposar el recurs especial, és evident que no ho fa als efectes d'entendre que les eventuais denegacions d'accés a l'expedient de l'òrgan de contractació hagin de ser objecte d'aquest recurs especial, sinó per deixar clar que la manca d'accés a l'expedient no és motiu per deixar obert el termini d'interposició d'aquest recurs especial. I quan, finalment, el darrer incís de l'article 16.2 parla de la possibilitat d'al·legar en el recurs especial l'incompliment del dret d'accés, amb les conseqüències que procedeixin, ho fa en termes plenament potestatus i oberts, sense excloure altres possibles reaccions. En conseqüència, aquest precepte no exclou que, en aplicació de la disposició addicional 1<sup>a</sup>.2 LTAIPBG, es pugui interpretar que la via de reclamació davant la GAIP forma part precisament de la supletorietat d'aquesta llei en relació amb els règims especials d'accés a la informació, i així ho ve entenent reiteradament la GAIP a l'hora d'interpretar l'abast dels règims especials d'accés i de la supletorietat de l'LTAIPBG respecte d'ells (el més reiterat és el dels electes locals a la informació municipal); en aquests casos, la GAIP haurà de resoldre aplicant preferentment el contingut del règim especial d'accés (la legislació de contractes, en aquest cas) i supletòriament el règim material de l'LTAIPBG; naturalment, la interposició de la Reclamació davant la GAIP no té cap mena d'efecte en relació amb els procediments de contractació i la seva eventual revisió, que es desenvoluparan segons la seva normativa i amb el ritme que s'escaigui, i no pot ser simultània a la impugnació dels mateixos fets, en atenció a la mateixa motivació i amb idèntica pretensió, davant d'una altra instància, com podria ser el cas del recurs especial de contractació, ja que en aquest cas la GAIP s'hauria d'inhibir en benefici del Tribunal de contractes del sector públic, per la seva major especialitat en la matèria.

En segon lloc, l'informe jurídic del CST al·lega també falta de legitimitat, ja que argumenta que els poders atorgats a la persona que actua en representació de l'empresa reclamant són limitats a la concurrència a la contractació i per la seva especificitat no inclouen la capacitat per reclamar davant la GAIP. Davant d'aquesta al·legació cal considerar que la Reclamació que ens ocupa té una vinculació directa amb la concurrència a la contractació i, de la mateixa manera que el CST no ha objectat manca de legitimació quan la reclamant ha demanat accés a l'expedient, comportaria un excés de rigor formal apreciar aquesta manca en el procediment de revisió de la resposta donada a la sol·licitud d'accés. A més, als poders aportats a la Reclamació consta que la persona que actua en representació de l'empresa reclamant ostenta poders per presentar recursos en matèria de contractació davant de tota mena d'òrgans administratius (i la GAIP té aquesta naturalesa) i tot i que la Reclamació davant la GAIP no és pròpiament un procediment en matèria de contractació, quan el seu objecte és l'accés a un expedient de contractació es pot entendre que fa aquesta funció, almenys als efectes dels poders de representació. Per tot l'anterior, també procedeix descartar aquest motiu d'inadmissibilitat de la Reclamació.

## 2. *Inviabilitat del procediment de mediació*



Tal com consta a l'antecedent 1, l'empresa reclamant ha demanat la tramitació de la seva Reclamació aplicant el procediment de mediació regulat pels apartats 4 a 6 de l'article 42 LTAIPBG. Els antecedents 10, 11 i 12 posen de manifest que dues de les empreses afectades s'oposen a la mediació i a l'accés a la informació sol·licitat i que la tercera, si bé es mostra disposada a participar en el procediment de mediació, avança que s'oposarà a l'accés sol·licitat.

L'article 42.5 LTAIPBG estableix que l'acord de mediació ha de ser signat pels tercers afectats que compareguin en el procediment. L'oposició manifestada per les empreses afectades a l'accés a la informació sol·licitat fan presumir que el procediment de mediació és inviable i, per tant, procedeix estalviar els esforços que caldria esmerçar-hi per part de tots els afectats i continuar amb el procediment ordinari, amb Resolució de la GAIP.

### 3. *L'objecte de la Reclamació*

La Reclamació demana tenir accés a l'expedient, en els termes més amplis que ho permeti el respecte a la confidencialitat deguda legalment.

Una primera valoració que cal fer, als efectes de determinar l'objecte de la Reclamació i ateses les al·legacions formulades per BIMEDICA (antecedent 14), és la de determinar fins a quin punt tota la documentació sol·licitada és efectivament informació pública. Segons l'article 2.b LTAIPBG és informació pública la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions; per tant, a la vista d'aquest precepte, està clar que les ofertes presentades pels licitadors constitueixen informació pública, ja que són en poder de l'Administració, que les ha obtingut com a conseqüència de l'exercici de les seves funcions. Atès el que s'acaba de dir, cal refutar l'al·legació de BIMEDICA, quan manifesta que les ofertes dels licitadors no tenen la consideració d'informació pública.

A la vista del relat dels fets, aquesta petició s'ha de circumscriure especialment a la part de l'expedient a la qual l'empresa reclamant no ha pogut tenir accés i que seria la part declarada formalment com a confidencial per les concursants BIMEDICA i MHC. La resta de l'expedient ja ha pogut ser consultat pels representants de 3M el 5 d'abril de 2017, segons indica l'informe aportat pel CST a aquest procediment, i no té sentit que la GAIP s'hi pronunciï, llevat de les consideracions següents.

Mereix una valoració singular l'accés a l'oferta presentada per IHT, ja que si bé aquesta empresa, segons consta a l'informe municipal, va manifestar en el decurs del procediment d'audiència del CST la seva conformitat a l'accés de 3M a la seva oferta, de manera que aquesta darrera l'hauria pogut conèixer en la seva consulta del 5 d'abril, més endavant, en el procés d'audiència convocat per la GAIP, s'hi nega. No es tracta ara de valorar els possibles motius d'aquest canvi de criteri, només d'assenyalar que si bé aquesta dualitat de respostes va servir per facilitar el legítim accés de la



reclamant a l'oferta tècnica d'IHT el 5 d'abril de 2017, aquesta Resolució de la GAIP ha de considerar que en el moment de ser dictada és vigent una declaració de confidencialitat de l'oferta tècnica d'aquesta empresa i haurà de valorar si ha de prevaldre o no sobre el dret d'accés de la reclamant.

També requereix una valoració específica la sol·licitud de l'empresa reclamant de tenir accés a les mostres presentades per les concursants. Una primera qüestió a considerar és la de fins a quin punt unes mostres són informació pública i, en conseqüència, poden ser objecte del dret d'accés a la informació pública. Segons l'article 2.b LTAIPBG, és informació pública "la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat". És cert que una mostra no és un document, ni una dada alfanumèrica o digital que formi part d'un fitxer o d'una base de dades, que segurament són les expressions més típiques del que és informació; tanmateix, els objectes materials també poden consistir en informació quan serveixen per proporcionar o per acreditar coneixement, i en aquest cas és precisament aquesta la finalitat de la mostra: acreditar el grau de compliment de determinats requeriments de la convocatòria. En conseqüència, el fet de ser mostra no exclou que l'accés a ella pugui ser objecte del dret d'accés a la informació.

Nogensmenys, el CST va manifestar a la reclamant que l'accés a les mostres no era possible, ja que varen ser utilitzades per la finalitat en atenció a la qual s'havien demanat (fer la valoració tècnica dels productes). Això comportaria a la pràctica la seva destrucció com a tals mostres i, en conseqüència, que deixin d'existir com a informació pública. En conseqüència, no és possible donar accés a una informació que no existeix.

#### 4. *Consideració general sobre l'abast de la confidencialitat prevista a l'article 140 TRLCSP.*

El CST ha denegat l'accés a les ofertes tècniques (o a part d'elles) presentades per MHC i per BIMEDICA, sobre la base de l'argument que aquestes empreses les haurien declarades confidencials i dels efectes atribuïts a aquesta declaració per l'article 140 TRLCSP, segons el qual "els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial (...) aquest caràcter afecta, en particular, els secrets tècnics o comercials i els aspectes confidencials de les ofertes". Les mateixes consideracions serien aplicables a l'oposició manifestada per les darreres al·legacions d'IHT en relació amb l'accés a la seva oferta. La GAIP ja s'ha pronunciat, a la seva Resolució 253/2017, de 26 de juliol, sobre l'abast que s'ha de donar a l'article 140 TRLCSP, en relació amb el dret d'accés a la informació pública, i és escaient reproduir les seves consideracions, plenament aplicables al cas d'aquesta Reclamació:

*"Ens trobem per tant davant d'un conflicte entre dues institucions jurídiques que susciten una enorme sensibilitat a la societat contemporània: la transparència i el dret d'accés a la informació pública, per una banda i la confidencialitat o reserva, en aquest cas vinculada als interessos empresarials (industrials o comercials), per l'altra. Aquest conflicte comença a tenir nombroses manifestacions*



*davant d'òrgans i autoritats competents per pronunciar-s'hi o resoldre'l (òrgans consultius i tribunals especialitzats de contractació, òrgans de garantia del dret d'accés a la informació pública i òrgans judicials de diverses instàncies), als que més endavant es fa referència concreta, al fil de l'evocació d'algunes de les seves resolucions més significatives. S'analitzen tot seguit les claus jurídiques generals amb les que cal resoldre aquest conflicte, amb el ben entès que la solució ha de ser sempre la que procedeixi en el cas concret, atenent les seves circumstàncies i no pot ignorar la consideració deguda a cada una de les institucions confrontades.*

*“La mateixa LTAIPBG en el seu article 21 fa referència concreta a diversos límits del dret d'accés a la informació pública que connecten amb l'article 140.1 TRLCSP:*

- Apartat 1.c: el secret o la confidencialitat en els procediments tramitats per l'Administració pública (com pot ser el cas del de contractació), si el secret o la confidencialitat són establerts per una norma amb rang de llei (funció feta precisament per l'article 140.1 TRLCSP).*
- Apartat 1.g: el secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial.*
- Apartat 2: si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei, com seria en aquest cas l'article 140.1 TRLCSP.*
- En aquest cas també pot operar com a límit del dret d'accés a la informació pública, i ser aplicat, si escau, d'acord amb el règim establert pels articles 20 i 21 TAIPBG, el dels interessos econòmics i comercials, establert per l'article 14.1.h de la Llei estatal bàsica 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBGE), que si bé no és reproduït per la legislació catalana de transparència, pot tenir eficàcia directa davant les administracions catalanes si l'invoquen persones jurídiques privades en tant que dret declarat a favor seu per l'ordenament bàsic estatal, com ha argumentat la GAIP a la Resolució de 28 de setembre de 2016, sobre la Reclamació 119/2016 (FJ 5) i al Dictamen 1/2016 (FJ 2).*

*“De les anteriors previsions normatives i de les citades més endavant, així com dels pronunciaments jurisprudencials i dels òrgans públics especialitzats referits tot seguit, es poden deduir les següents claus de caràcter general per resoldre el conflicte entre la confidencialitat emparada per l'article 140.1 TRLCSP i el dret d'accés a la informació pública garantit per la legislació de transparència:*

- 1. “La declaració de confidencialitat feta per les empreses interessades a l'empara de l'article 140.1 TRLCSP no és vinculant per a l'òrgan de contractació (ni per a les institucions de control), que ha de valorar si és justificada i decidir motivadament si procedeix mantenir-la. Això vol dir que els poders adjudicadors i, en general, les Administracions públiques no han de donar acríticament per confidencial tot allò que els licitadors titllen com a tal; ans el contrari: no només poden, sinó que fins i tot han de valorar si la confidencialitat pretesa és justificada en el cas concret, en aplicació de les determinacions i consideracions que es fan tot seguit. Segons l' Informe 11/2013, de 26 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa*



*de Catalunya (JCCAC), "l'òrgan de contractació pot decidir, després de fer la valoració corresponent, que difondre determinada informació pot perjudicar els interessos legítims de l'empresa adjudicatària o de la competència lleial entre les empreses; però també pot considerar que no existeixen motius suficients per protegir una determinada informació".*

*"En aquesta mateixa línia, la "Guia per a la redacció dels plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de serveis subjectes a regulació harmonitzada –procediment obert– (actualitzada a juliol de 2017)" feta per la Secretaria tècnica de la JCCAC afirma que "correspon a l'òrgan de contractació valorar, davant d'una sol·licitud d'accés o vista de determinada documentació, si la qualificació de confidencial és adequada i, en conseqüència, decidir sobre l'accés o la vista de dita documentació, prèvia audiència de l'empresa o les empreses licitadores afectades".*

*"L'FJ 3 del Dictamen de la GAIP 1/2015 formula les següents consideracions, que són plenament traslladables a aquest cas: "La Sentència del Tribunal Suprem 7288/1989, de 13 de desembre, que resol un conflicte entre el dret de l'empresa a protegir la seva informació confidencial i els drets sindicals dels treballadors (en un precedent recollit expressament pel Fonament Jurídic 9è de la Sentència del Tribunal Constitucional 213/2002, d'11 de novembre) afirma que no seria suficient que l'empresari qualifiqui una dada unilateralment com confidencial, sinó que és necessari que, des d'un pla objectiu, efectivament ho sigui (Fonament Jurídic 4t). Empreses i administracions poden, efectivament, qualificar com a confidencials determinades dades que posseeixen o les afecten, sempre però que el contingut o la significació d'aquestes dades tinguin atributs que permetin justificar-ne la confidencialitat.*

*"En un cas més proper a la present consulta (denegació per part de la Generalitat Valenciana a una Diputada de dades relatives als contractes de Fórmula 1, en aplicació d'una clàusula de confidencialitat suposadament "pròpia" d'aquests contractes), el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana pondera fins a quin punt el dret de participació política de la Diputada no ha de cedir davant dels efectes de la clàusula de confidencialitat, per a la qual cosa analitza si aquesta ha estat prou fonamentada. I conclou que donat que per als contractes quina informació se sol·licita s'ha seguit un procediment i que aquest ha estat públic per definició, essència i naturalesa, és inadmissible i contradictori parlar de confidencialitat. Als efectes d'aquell procediment, diu la Sentència, aplicant els criteris citats, la confidencialitat tindria raó de ser només si la petició d'informació ho fos de documents que contenen dades amb repercussió exclusiva en el sector privat, com podrien ser aquells que afecten a secrets industrials d'una de les parts contractants, aspecte que sembla ser que no figurava en les causes de denegació esgrimides per la Generalitat valenciana (Sentència 4285/2014, de 18 de febrer).*

*"Són diversos els antecedents jurisprudencials que coincideixen a ponderar si hi ha o no raó suficient per qualificar de confidencial determinada informació, i si aquesta confidencialitat o*



*aquesta raó ha de prevaler o no enfront d'altres valors jurídics o drets protegits igualment per l'ordenament jurídic, ja siguin relatius a la inspecció fiscal (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 9403/2013, de 26 de setembre), al dret de defensa de la competència (Interlocutòries del Tribunal Suprem 9639 i 13134/2006, de 13 de juliol i de 5 d'octubre, i Sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc 2333/2014) o al dret de defensa i tutela judicial efectiva (Interlocutòria del Tribunal Suprem 4109/2014, de 13 de maig, i Sentència de l'Audiència Nacional 1366/2015, de 6 d'abril).*

*“En tots aquests casos, amb independència que es resolgui a favor o en contra de protegir la confidencialitat, es posa de manifest que aquesta s'ha de fonamentar i justificar en la concurrència d'atributs adequats (com pot ser el secret industrial, que és el més recurrent), que s'ha de poder ponderar si prevalen els drets i interessos protegits per la confidencialitat o els d'accés a la informació i que tant una qüestió com l'altra són revisables jurisdiccionalment”.*

2. *“La confidencialitat de l'article 140.1 TRLCSP ha de ser invocada expressament pels licitadors interessats. Així ho afirma clarament l'Informe 11/2013 de la JCCAC, segons el qual "són els empresaris els que han d'identificar la informació que consideren que té caràcter confidencial”.*

*La "Guia per a la redacció dels plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de serveis subjectes a regulació harmonitzada –procediment obert– (actualitzada a juliol de 2017)" feta per la Secretaria tècnica de la JCCAC estableix el criteri segons el qual "la declaració de confidencialitat que es presenti ha de ser necessària i proporcional a la finalitat o interès que es vol protegir i ha de determinar de forma expressa i justificada els documents i/o les dades facilitades que considerin confidencials. No s'admeten declaracions genèriques o no justificades del caràcter confidencial”.*

*“El considerant 23 de la Directiva 2016/943, presentada al proper apartat 6è, es refereix expressament a la diligència que és d'esperar del posseïdor legítim d'un secret comercial, als efectes de prendre les iniciatives pertinents de cara a la seva protecció. Aquest suposat deure o principi de diligència també s'ha de manifestar a l'hora d'entendre que li pertoca al licitador declarar i argumentar la confidencialitat, doncs és qui més hi arrisca si no es respecta i qui més coneix les raons de la seva invocació.*

3. *“La confidencialitat derivada de l'article 140.1 TRLCSP constitueix una excepció al principi general de transparència i dret d'accés a la informació pública i, com a tal excepció, ha de ser degudament argumentada i la seva aplicació convenientment justificada i fonamentada en les circumstàncies del cas. "Si bé es pot afirmar que, amb caràcter general, s'ha de considerar que els principis de publicitat i de transparència han de prevaldre respecte del principi de confidencialitat, això no obsta perquè, després de fer la valoració corresponent, s'acordi no facilitar l'accés a una informació determinada perquè aquesta és veritablement confidencial. La*



*declaració de confidencialitat ha de ser necessària i proporcional a la finalitat o interès que es pretén protegir" (Informe 11/2013 de la JCCAC).*

*"El caràcter excepcional de la confidencialitat, respecte de la regla general favorable al dret d'accés, és afirmat clarament per la Resolució del Tribunal administratiu central de recursos contractuals a la seva Resolució 865/2016, que es remet a resolucions anteriors coincidents del mateix òrgan; si bé aquestes resolucions, per les característiques pròpies del recurs especial en matèria de contractació, es refereixen a litigis entre licitadors, en qualitat de persones interessades, els seus pronunciaments són perfectament aplicables a l'exercici del dret d'accés.*

*"Als efectes de valorar la justificació suficient de la confidencialitat, cal tenir en compte que diversos informes i resolucions dels òrgans consultius i dels tribunals en matèria de contractació coincideixen a destacar, tal com recull la resolució de la GAIP 21/2017, els criteris següents:*

- *La declaració de confidencialitat que facin els licitadors no pot abastar la totalitat de la documentació presentada. "No és admissible que (els licitadors) efectuïn una declaració genèrica o declarin que tots els documents o tota la informació té caràcter confidencial" (Informe 11/2013 de la JCCAC).*
- *La declaració de confidencialitat feta pels licitadors no pot tenir només una motivació genèrica, sinó que ha d'indicar amb precisió els documents concrets afectats i les raons objectives i específiques que la justifiquen. "La declaració de confidencialitat no es pot entendre com una opció indiscriminada de les empreses i, per tant, és imprescindible que en aquesta declaració s'especifiqui expressament quina documentació i quina informació té caràcter confidencial i els motius i les circumstàncies segons els quals se n'ha de reconèixer aquest caràcter" (Informe 11/2013 de la JCCAC).*

*"Segons l'Informe 11/2013 de la JCCAC, "té caràcter confidencial la informació o la documentació quan ho declari i justifiqui així l'empresari licitador o candidat, especialment si inclouen secrets industrials, tècnics o comercials; interessos comercials legítims, dret de propietat intel·lectual o puguin afectar la competència lleial entre empreses, és a dir, quan el coneixement d'aquesta informació o de qualsevol altra que tingui un especial valor estratègic per a l'empresa li pugui comportar un dany en la seva competició en el mercat amb la resta d'empreses. Circumstàncies que, amb caràcter general, no concorren en la majoria d'informació o de documentació que es facilita en el marc d'un procediment d'adjudicació".*

4. *"La posterior promulgació en el nostre ordenament jurídic de la legislació de transparència (a partir del 2013), respecte de la confidencialitat de les ofertes reconeguda per la legislació de contractes del sector públic, porta necessàriament a què aquesta darrera (i en tot cas l'article 140.1 TRLCSP) hagi de ser interpretada i matisada a la llum de l'especial vigor que han assolit els darrers anys en el nostre ordenament jurídic les institucions de la transparència i del dret d'accés a la informació pública. En aquest sentit, no es pot desconèixer el ressò social, en*



*general positiu, que ve acompanyant la implementació d'aquestes institucions, més que sigui per la seva significació d'aprofundiment en la democràcia i pels seus efectes preventius de la corrupció, ni, en un pla jurídicament més concret, les previsions de l'article 20 LTAIPBG, segons el qual "les limitacions legals al dret d'accés a la informació pública (...) s'han d'interpretar sempre restrictivament en benefici d'aquest dret".*

*"La nova normativa sobre contractes del sector públic té en compte el relleu assolit per aquestes institucions, fins el punt que l'article 21.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, actualment en procés de transposició al dret espanyol, fa un esment explícit a la necessitat de respectar el previst per la legislació relativa al dret d'accés a la informació quan regula l'abast de la confidencialitat declarada pels licitadors sobre les seves ofertes, en el que vindria a ser la nova formulació de l'article 140.1 TRLCSP.*

5. *"Des de la perspectiva dels límits al dret d'accés reconeguts expressament per la legislació de transparència, la confidencialitat de l'article 140.1 TRLCSP pot ser fonamentada bàsicament en els secrets industrials (institució ampliable més genèricament als secrets comercials citats expressament per l'article 140.1 TRLCSP) i en els interessos econòmics i comercials dels licitadors, sens perjudici de l'eventual concurrència d'altres límits addicionals, si s'escau (com ara la seguretat o les dades personals, si concorren).*
6. *"La concurrència de secrets industrials o comercials ha de ser tinguda especialment en compte, ja que el seu desenvolupament pot haver requerit importants inversions i la seva protecció en tant que interès privat també és en benefici de l'indubtable interès públic de la promoció de la recerca i la innovació, essencials en l'actual entorn de competitivitat. El concepte de secret industrial és definit per la Directiva (UE) 2016/943, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2016, relativa a la protecció dels coneixements tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites; si bé aquesta disposició no regula la contractació pública, ni és eficaç encara en el dret intern (el termini per a la seva transposició fineix a mitjans del 2018), constitueix un referent d'autoritat inqüestionable als efectes de determinar aquest concepte, atesa especialment la manca d'altres aportacions per part del dret positiu vigent entre nosaltres; segons l'article 2 d'aquesta Directiva, constitueix "secret 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 los que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para éstas;*
  - 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".*



*“La protecció garantida per la Directiva 2016/943 és relativa, ja que preveu expressament que no afectarà l'aplicació de normes que, per raons d'interès públic, exigeixin la difusió de secrets comercials o que permetin els organismes públics difondre informació que els han facilitat empreses privades qualificada com a secrets comercials (com podria ser el cas de la legislació de transparència) (article 1.1); també defineix com a excepcions de la protecció prevista per als secrets comercials, a més de l'exercici de la llibertat d'informació, quan s'incompleix amb la finalitat de posar al descobert alguna falta, irregularitat o activitat il·legal, sempre que sigui en defensa de l'interès general, o de protegir un interès legítim reconegut per l'ordenament jurídic (article 5). En el que constitueix un pronunciament directament aplicable al cas, atesa la naturalesa de l'entitat reclamant, el considerant 18 de la Directiva manifesta la licitud de “la obtención y revelación de secretos comerciales en el marco del ejercicio de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, de conformidad con el Derecho de la Unión y del Derecho o las prácticas nacionales, y del ejercicio de la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios (...) sin perjuicio de cualquier obligación de confidencialidad relativa al secreto comercial o de cualquier restricción relativa a su utilización que el Derecho de la Unión o nacional impongan al destinatario o a la persona que obtiene la información”.*

*“La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 4ª del Tribunal General) de 13 de gener de 2017, si bé dictada no en matèria de contractació, sinó sobre la difusió per l'Agència Europea de Substàncies i Mescles Químiques (ECHA) d'informació que té en el seu poder sobre productes químics d'una determinada empresa (que és la part demandant), formula les següents consideracions: la demandant “alega que esa información forma parte de sus conocimientos técnicos y de su secreto comercial, ya que no es fácilmente accesible, es explotable desde un punto de vista comercial e implica medios económicos y esfuerzos considerables para recopilarla y organizarla de modo que permita la obtención de una autorización para la comercialización”; en front d'aquesta argumentació, l'ECHA al·lega que la invocació dels interessos comercials no justifica per si sola la protecció de les dades afectades, “si no se quiere frustrar la aplicación del principio general consistente en conceder al público el acceso más amplio posible a los documentos en poder de las instituciones”. Davant d'aquesta controvèrsia, el Tribunal considera que per aplicar l'excepció de l'article 4.2 del Reglament 1049/2001, de 30 de maig, sobre l'accés del públic als documents de la Comissió, el Parlament i el Consell Europeu (excepció relativa a la protecció dels interessos comercials de les persones jurídiques), “resulta necesario demostrar que los documentos controvertidos contienen elementos que pueden, con su divulgación, perjudicar a los intereses comerciales de una persona jurídica. Es lo que sucede, en particular, cuando los documentos solicitados contienen información comercial sensible relativa a las estrategias comerciales de las empresas de que se trate o a sus relaciones comerciales o cuando contienen datos propios de la empresa que indican sus conocimientos técnicos” (per*



*cert: no és el mateix això que afirmar que la documentació aportada al procediment de contractació es basa en els coneixements tècnics de l'empresa. Tota la informació aportada a un procediment de contractació pot basar-se en els coneixements tècnics de l'empresa en qüestió, però està per veure que la seva mera presentació reveli quins són els coneixements tècnics de l'empresa); després de fer aquesta consideració general el Tribunal valora la informació que l'empresa estima que no es pot difondre perquè perjudicaria els seus interessos comercials i conclou que la demandant no hauria demostrat fins a quin punt la informació en qüestió constitueix una dada comercial sensible la divulgació de la qual pugui perjudicar els seus interessos comercials, quan "correspondía a la demandante indicar en qué revestían dichos datos un carácter confidencial".*

7. *"Els límits al dret d'accés a la informació pública, malgrat que s'acrediti la seva concurrència, no són d'aplicació automàtica ni obligada (llevat del de l'article 23 LTAIPBG), ja que ha de ser ponderada per l'òrgan públic que actua, en atenció als interessos en joc, en funció de les circumstàncies de cas. Així s'ha de deduir dels articles 21 (que en el seu encapçalament es refereix a què "el dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a: ...") i 22 (segons el qual els límits a aquest dret han de ser proporcionals a l'objecte i a la finalitat de la protecció, la seva aplicació ha d'atendre les circumstàncies del cas concret, especialment la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés) LTAIPBG.*

*"Una de les conclusions de l'Informe 11/2013 JCCAC afirma que "la confidencialitat no pot significar una vulneració dels principis de publicitat i de transparència, en el sentit que quedi buit de contingut el dret dels altres licitadors o candidats a accedir a la informació en què es fonamenten les decisions que s'adopten al llarg del procediment de selecció i d'adjudicació del contracte, de manera que, necessàriament, s'ha de buscar l'equilibri i la proporcionalitat adequats en la ponderació dels diferents interessos en joc". Car recordar, en aquest mateix sentit, que l'article 5 de la Directiva 2016/943 citada a l'anterior apartat 6è afirma que els interessos legítims protegits per l'ordenament jurídic poden constituir una excepció al règim jurídic de protecció dels secrets industrials.*

8. *"La ponderació obligada entre el dret d'accés i els límits que poden concórrer a denegar-lo o restringir-lo s'ha de concretar en les operacions següents:*
  - a) *Determinació dels interessos en joc, tant dels protegits pel dret d'accés, com dels protegits pel límit. En aquest cas, els interessos favorables al dret d'accés són els generals associats a la transparència, que no cal acreditar ni motivar, donat el seu establiment legal amb caràcter objectiu, als que cal afegir els relatius a la defensa dels interessos col·lectius dels treballadors d'aquest sector econòmic, ja que el sindicat reclamant motiva la seva sol·licitud en la defensa dels interessos dels treballadors de les depuradores i en l'aplicació de les*



*condicions previstes als corresponents convenis col·lectius (antecedent 16). Per contra, els interessos favorables al manteniment de la confidencialitat de les dades demanades són els de les empreses afectades (bàsicament, els seus interessos comercials davant dels competidors)*

- b) *Test del dany o perjudici, és a dir, per denegar o limitar l'accés sol·licitat cal acreditar que produirà efectivament un dany en els interessos protegits pel límit que s'estigui aplicant. És a dir, cal que els licitadors que demanen limitar o restringir l'accés a la informació demanada acreditin que la seva difusió els produiria un perjudici i, en la mida del possible, determinin la intensitat del perjudici al·legat. A aquests efectes, és evident que la intensitat del perjudici pot ser substancialment diferent, i així s'haurà de tenir en compte a la ponderació, si els interessos afectats són efectivament secrets comercials valuosos o simples interessos comercials de transcendència econòmica menor. Així mateix, també es pot valorar el perjudici que causa en els interessos favorables a l'accés el fet de denegar-lo.*
- c) *Ponderació dels interessos en joc, tenint en compte l'eventual suma d'interessos públics i privats en el mateix sentit, la possible major jerarquia d'alguns d'ells i la intensitat del dany o perjudici que l'accés i la seva denegació poden produir en els interessos afectats.*

*"En definitiva, d'acord amb el que s'ha exposat es pot qualificar de confidencial tota aquella informació que comporta un avantatge competitiu per a l'empresa quan, al mateix temps, es tracti d'una informació veritablement reservada, és a dir, desconeguda per tercers i que representi un valor estratègic per a l'empresa i pugui afectar la seva competència en el mercat, sempre que no es produeixi una minva en els interessos que es volen garantir amb els principis de publicitat i de transparència" (Informe 11/2013 JCCAC)".*

##### 5. Sobre el dret d'accés a la informació sol·licitada

Procedeix tot seguit aplicar les consideracions i conclusions generals anteriors a les circumstàncies d'aquesta Reclamació, ponderant especialment els interessos favorables i oposats a l'accés sol·licitat.

L'empresa reclamant demana la informació sol·licitada en la seva qualitat d'interessada, condició que deriva del fet de concórrer en el procediment selectiu corresponent. Tot i que ni la seva sol·licitud d'informació, ni la Reclamació, argumenten especialment la naturalesa i eventual afectació dels seus interessos (en general, fonamenta la seva pretensió d'accés més en el principi general de transparència, aplicat a la contractació administrativa, que en la defensa dels seus interessos com a concursant), cal partir de la dada que ostenta aquesta condició de part interessada, cosa que reforça el dret genèric d'accés a la informació pública que ostenta qualsevol persona en base a l'LTAIPBG.

Per una altra banda, les altres tres empreses afectades s'oposen a l'accés sol·licitat, en els termes i amb les conseqüències, següents:



IHT manifesta, el 17 de juliol de 2017, la seva negativa a què 3M tingui accés a la seva oferta tècnica, ratificant genèricament d'aquesta manera la declaració de confidencialitat que acompanyava la seva oferta. A l'hora de ponderar si ha de prevaldre el seu dret a la confidencialitat o el d'accés de la reclamant, hi ha dues circumstàncies que porten a concloure la prevalença de l'accés:

- Per una banda, el fet que IHT no concreta ni argumenta els motius de la confidencialitat i no els fonamenta en secrets industrials o comercials, sinó en mers i genèrics interessos comercials, incomplint d'aquesta manera els requisits dels apartats 3 i 6 de l'FJ anterior.
- Per una altra, el fet que, tal com acrediten els antecedents, en el procediment de sol·licitud d'accés IHT va manifestar la seva conformitat amb el sol·licitat per 3M, i en conseqüència l'accés a la seva oferta, en tant que inclosa en la part de l'expedient no afectada de confidencialitat, es va poder materialitzar en la compareixença del 27 d'abril de 2017. Per tant, no hi hauria pròpiament un perjudici en el fet que la mateixa empresa sol·licitant torni a consultar la seva oferta; a part que si va consentir en l'accés en el marc del procediment de sol·licitud, es pot presumir que el seu interès en mantenir la confidencialitat deu ser més aviat feble.

En conseqüència, cal resoldre favorablement a l'accés de la reclamant a l'oferta tècnica presentada per IHT.

MHC argumenta, en primer lloc, els mateixos motius d'inadmissibilitat de la Reclamació al·legats pel CST, que han de ser desestimats pels mateixos arguments de l'FJ 1. Per una altra banda, també assenyala que la sol·licitud d'accés hauria de ser desestimada perquè demana informació que no és pública, ja que no és inclosa dins de les obligacions de publicitat activa de l'article 13 LTAIPBG; en relació amb aquesta objecció, cal assenyalar que el dret d'accés a la informació pública, segons els articles 2.b i 18 LTAIPBG, pot tenir per objecte qualsevol informació que sigui a mans de l'Administració, i no només les informacions afectades d'una obligació de publicitat activa, i les ofertes presentades pels licitadors en un procediment de contractació pública són efectivament a mans de l'Administració pública corresponent. També afirma en termes molt generals, com es pot comprovar a l'antecedent 11, la confidencialitat de la seva oferta tècnica, sense argumentar les seves raons concretes, ni justificar en absolut la concurrència de secret comercial o industrial (incomplint d'aquesta manera els requisits analitzats als apartats 3 i 6 de l'FJ anterior), fins al punt que la confidencialitat al·legada no està fonamentada en termes suficients per fer-la prevaldre damunt del dret d'accés.

MHC també afirma que no ha estat adjudicatària de cap dels lots sol·licitats per la reclamant i en conseqüència considera que la pretensió d'obtenir informació de la seva oferta constituiria abús de dret i mala fe, ja que l'eventual accés seria irrellevant als efectes de la finalitat de defensar els interessos de la reclamant en el procés contractual. Aquesta al·legació és perfectament oposable, fins al punt de prevaldre, als eventuais arguments favorables a l'accés basats en la condició d'interessada de la reclamant, ja que si l'accés sol·licitat té la finalitat de defensar els interessos de la reclamant en



guanyar el concurs, seria irrellevant a aquests efectes conèixer l'oferta presentada per una empresa diferent a la guanyadora. Ara bé, la reclamant no només fa constar la seva condició d'interessada, sinó que també fonamenta les seves pretensions d'accés sobre el principi de transparència i el dret general d'accés a la informació pública, de manera que en aquest cas la ponderació entre els interessos en joc s'ha de remetre a la que es pugui fer entre els favorables a la confidencialitat, per una banda, i els generals, comuns a qualsevol persona, tingui o no la condició d'interessada, a la transparència de la contractació pública i al dret general d'accés a la informació corresponent, per l'altra. En aquesta ponderació si bé la reclamant no ostentaria l'interès reforçat que li podria correspondre com a persona interessada, té al seu favor l'interès general en la transparència i el dret d'accés, establert per l'LTAIPBG, amb l'afegit que els articles 1 i 139 TRLCSP proclamen el principi de transparència com a orientador general d'aquesta Llei i en concret de l'actuació dels òrgans de contractació.

Ateses les anteriors consideracions, i seguint l'esquema de ponderació exposat a l'apartat 8 de l'FJ anterior, cal assenyalar que MHC no ha acreditat cap perjudici concret significatiu en l'accés a la seva oferta per part de 3M; és més, tot apunta a què si aquest accés podés suposar algun perjudici per a MHC, aquest eventual dany ja s'hauria produït, ja que aquesta empresa va consentir a l'accés sol·licitat en el procediment de sol·licitud davant del CST, i l'accés demanat va tenir lloc efectivament el 27 d'abril de 2017. Davant d'aquesta valoració, la denegació de l'accés suposaria sens dubte un perjudici per a la transparència en la contractació pública i per a l'accés a la informació pública en general.

En conseqüència, la ponderació entre ambdós interessos en joc s'ha de resoldre favorablement a l'accés de l'empresa reclamant a la informació d'MHC sol·licitada.

BIMEDICA va declarar inicialment confidencial part de l'oferta i al rebre el requeriment del CTS efectuat abans de resoldre la sol·licitud d'accés a la informació va reduir encara més el seu àmbit. Està clar, doncs, que ajusta la declaració a la part de l'oferta que considera específicament mereixedora d'aquest qualificatiu.

Tanmateix, els motius al·legats per justificar la confidencialitat pretesa són molt generals, ja que si bé s'invoquen els drets a la propietat intel·lectual i a la competència, no es fa cap referència concreta als motius pels quals aquests drets podrien ser perjudicats amb la difusió de la informació sol·licitada, ni tampoc s'argumenta perquè aquesta eventual difusió podria perjudicar l'estratègia comercial de l'empresa. S'incompleix, per tant, la concreció requerida als apartats 3 i 6 de l'FJ anterior i, en conseqüència, no s'acredita que l'accés sol·licitat pugui provocar un perjudici significatiu en els interessos de l'empresa afectada; sense negar que pugui resultar perjudicada per la difusió de la totalitat de la seva oferta, es tractaria d'un perjudici genèric, poc significatiu. Per contra, la denegació o limitació de l'accés sol·licitat perjudica l'interès públic en la transparència i en l'efectivitat del dret



d'accés a la informació pública i, a més, l'interès particular de la reclamant en el procés de licitació en el que participa.

Com a conseqüència de les consideracions anteriors, cal resoldre a favor de l'accés de l'empresa reclamant a la totalitat de l'oferta de BIMEDICA.

#### 6. *Declaració del dret i ajornament de l'accés a la informació declarada confidencial*

En base a les consideracions fetes als anteriors FJ, procedeix estimar el dret de l'empresa reclamant a accedir a tota la informació reclamada, llevat de la relativa a les mostres dels productes objecte de les ofertes contractuals.

Aquest dret s'hauria de considerar inqüestionable en tot allò que afecta les ofertes (o parts d'elles) que no han estat objecte de declaració de confidencialitat. Nogensmenys, la declaració del dret d'accés en relació amb les ofertes no afectades de confidencialitat en aquest cas no té efectes pràctics, ja que l'accés sol·licitat ja va tenir lloc a la compareixença atorgada pel CST a 3M el 27 d'abril de 2017.

En relació amb les ofertes (o parts d'elles) afectades per una declaració de confidencialitat (és a dir: les d'HMC, BIMEDICA i IHT, si bé a efectes pràctics només les dues primeres, perquè 3M ja va tenir accés a la d'IHT), s'ha de tenir en compte que l'article 34.3 LTAIPBG estableix que "si la resolució és estimatòria de la sol·licitud i hi ha hagut oposició de tercers, l'accés a la informació només es pot fer efectiu una vegada ha transcorregut el termini per a interposar recurs contenciós administratiu sense que s'hagi formalitzat o, en cas que s'hagi presentat aquest recurs, si no s'ha acompanyat de petició de mesures cautelars de suspensió o s'ha resolt aquest incident mantenint l'executivitat de l'acte administratiu".

Tot i que aquesta previsió està establerta legalment només per a les resolucions de les sol·licituds d'accés a la informació pública, i no per a les resolucions de la GAIP, aquesta Comissió de garantia l'ha aplicada voluntàriament a alguna de les seves resolucions. Així mateix, li és també aplicable a partir de l'entrada en vigor del Decret 111/2017, de 18 de juliol, pel que s'aprova el Reglament de la GAIP, ja que el seu article 47.2 li la fa extensiva.

En atenció a les anteriors consideracions, es considera justificada l'aplicació a aquesta Resolució de la cautela establerta per l'article 34.3 LTAIPBG, als efectes de demorar l'accés efectiu a la informació reclamada declarada com a confidencial al moment de la seva fermesa, i s'adopten mesures concretes per determinar el moment en què procedirà, si s'escau, aquest accés.

#### 7. *Seguiment de l'execució*



L'article 43.5 LTAIPBG estableix que "l'Administració ha de comunicar a la Comissió [GAIP] les actuacions fetes per a executar els acords de mediació i per a donar compliment a les resolucions dictades per la Comissió". Sobre la base d'aquestes comunicacions i de les efectuades per les persones interessades, la GAIP ha de fer seguiment del compliment de les seves resolucions, d'acord amb el previst per l'apartat 30 del seu *Manual de reclamació*, i pot adoptar les mesures que s'hi preveuen en cas d'incompliment.

#### 8. *Publicitat de les resolucions de la GAIP*

L'article 44 LTAIPBG preveu que les resolucions de la GAIP s'han de publicar en el portal de la Comissió, amb la dissociació prèvia de les dades personals.

### **Resolució**

Sobre la base dels antecedents i fonaments jurídics exposats, el Ple de la GAIP, en la sessió d'1 de setembre de 2017, resol per unanimitat:

1. Estimar parcialment la Reclamació 184/2017 i declarar el dret de 3M a accedir a l'expedient de contractació CTS 16/04 (subministrament d'apòsits) i concretament als següents elements que l'integren: a l'informe de valoració tècnica fet pel CST i a la documentació que integra la totalitat de l'oferta tècnica presentada per part de cada una de les empreses licitadores als productes núm. 4, 5, 31, 32, 54, 55, 65, 66, 67, 68, 72, 73 i 75.
2. Desestimar la Reclamació 184/2017 en el que fa referència a l'accés a les mostres dels productes ofertes per les licitadores indicades a l'apartat anterior, perquè ja han estat utilitzades per a les comprovacions previstes a les bases de la licitació.
3. Requerir al Consorci Sanitari de Terrassa que doni accés a 3M a la informació estimada per l'apartat 1 i que encara no li hauria estat posada a consulta, i hagi estat declarada confidencial per les empreses licitadores respectives, dins del termini comprès entre els dos mesos i deu dies i els dos mesos i vint dies, a comptar des de la data de recepció d'aquesta Resolució per totes les empreses licitadores afectades (que són MHC, BIMEDICA i IHT), llevat la relativa a les que l'hagin impugnada en via contenciosa administrativa i hagin demanat i obtingut una mesura judicial cautelar de suspensió. A aquests efectes, s'entén que el CST ha de donar accés a la informació dins del termini fixat per aquest apartat tret que les licitadores corresponents li notifiquin dins del mateix termini d'accés la interposició d'un recurs contenciós administratiu contra aquesta Resolució, amb sol·licitud de mesures cautelars de suspensió.
4. Requerir al CST que informi puntualment la GAIP de les mesures adoptades en compliment d'aquesta Resolució.



5. Requerir a les empreses licitadores afectades per aquesta Resolució i que han participat en el procediment que informin la GAIP sobre la data de recepció de la seva notificació i sobre l'eventual presentació d'un recurs contenciós administratiu contra ella, dins dels cinc dies següents a què tinguin lloc.
6. Convidar la reclamant a informar la GAIP de qualsevol incidència que es produeixi amb motiu de l'execució d'aquesta Resolució.
7. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 184/2017, notificar aquesta Resolució a les parts i a les empreses afectades que han comparegut en el procediment i disposar la seva publicació al web de la GAIP.

Barcelona, 8 de setembre de 2017

Elisabet Samarra i Gallego

Presidenta

---

Els terminis donats en aquesta Resolució per lliurar la informació s'han de comptar en dies hàbils (descomptant festius i dissabtes) i comencen a partir de l'endemà de la recepció de la seva notificació per l'Administració reclamada.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa, es pot interposar recurs contenciós administratiu davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en un termini de dos mesos, a comptar de l'endemà de la notificació de la resolució, d'acord amb la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.