

Resolució 299/2017, de 8 de setembre ***Número de expediente de la Reclamació:** 184/2017.**Administració reclamada:** Consorcio Sanitario de Terrassa.**Informació reclamada:** Sobre núm. 2 de varias ofertas presentadas en un procedimiento de licitación.**Sentido de la Resolució:** Estimación parcial.

Resumen: El Real Decreto (RD) 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 por la disposición adicional 1ª LTAIPBG no excluyen que, en aplicación de la disposición adicional 1ª.2 LTAIPBG, se pueda interpretar que la vía de reclamación ante la GAIP forma parte precisamente de la supletoriedad de esta ley en relación con los regímenes especiales de acceso a la información, y así lo viene entendiendo reiteradamente la GAIP a la hora de interpretar el alcance de los regímenes especiales de acceso y de la supletoriedad de la LTAIPBG respecto de ellos; en estos casos, la GAIP deberá resolver aplicando preferentemente el contenido del régimen especial de acceso (la legislación de contratos, en este caso) y supletoriamente el régimen material de la LTAIPBG; naturalmente, la interposición de la Reclamación ante la GAIP no tiene ningún tipo de efecto en relación con los procedimientos de contratación y su eventual revisión, que se desarrollarán según su normativa y con el ritmo que proceda, y no puede ser simultánea a la impugnación de los mismos hechos ante otra instancia, como podría ser el caso del recurso especial de contratación, ya que en este caso la GAIP debería inhibirse en beneficio del Tribunal de contratos del sector público, por su mayor especialidad en la materia. Esta Reclamación tiene una vinculación directa con la concurrencia en la contratación y, del mismo modo que la Administración no ha objetado falta de legitimación cuando la reclamante ha pedido acceso al expediente, conllevaría un exceso de rigor formal apreciar esta falta en el procedimiento de revisión de la respuesta dada a la solicitud de acceso. El artículo 42.5 LTAIPBG establece que el acuerdo de mediación debe ser firmado por los terceros afectados que comparezcan en el procedimiento. La oposición manifestada por las empresas afectadas en el acceso a la información solicitado hace presumir que el procedimiento de mediación es inviable y, por lo tanto, procede ahorrar los esfuerzos que habría que invertir por parte de todos los afectados y continuar con el procedimiento ordinario, con Resolución de la GAIP. Es cierto que una muestra no es un documento, ni un dato alfanumérico o digital que forme parte de un fichero o de una base de datos, que seguramente son las expresiones más típicas de lo que es información; sin embargo, los objetos materiales también pueden consistir en información cuando sirven para proporcionar o para acreditar conocimiento, y en este caso es precisamente esta la finalidad de la muestra: acreditar el grado de cumplimiento de determinados requerimientos de la convocatoria; en consecuencia, el hecho de ser muestra no excluye que el acceso a ella pueda ser objeto del derecho de acceso a la información. La declaración de confidencialidad hecha por las empresas interesadas al amparo del artículo 140.1 TRLCSP no es vinculante para el órgano de contratación (ni para las instituciones de control), que debe valorar si es justificada y decidir motivadamente si procede mantenerla. La confidencialidad derivada del artículo 140.1 TRLCSP constituye una excepción al principio general de transparencia y derecho de acceso a la información pública y, como tal excepción, debe ser debidamente argumentada y su aplicación convenientemente justificada y fundamentada en las circunstancias del caso. La declaración de confidencialidad que hagan los licitadores no puede abarcar la totalidad de la documentación presentada. La declaración de confidencialidad hecha por los licitadores no puede tener sólo una motivación genérica, sino que debe indicar con precisión los documentos concretos afectados y las razones objetivas y específicas que la justifican. Los límites al derecho de acceso a la información pública, a pesar de que se acredite su concurrencia, no son de

* Traducción del catalán realizada con el apoyo de medios automáticos. La versión original se puede consultar en catalán.



aplicación automática ni obligada (salvo el del artículo 23 LTAIPBG), ya que debe ser ponderada por el órgano público que actúa, en atención a los intereses en juego, en función de las circunstancias del caso. No es relevante la condición de interesada en el procedimiento en relación con el acceso a una oferta que no ha sido la ganadora de la licitación. Se considera justificada la aplicación a esta Resolución de la cautela establecida por el artículo 34.3 LTAIPBG, a los efectos de demorar el acceso efectivo a la información reclamada declarada como confidencial por parte de los licitadores en el momento de su firmeza, y se adoptan medidas concretas para determinar el momento en que procederá, en su caso, este acceso.

Palabras clave: Consorcios. Contratos. Licitación. Salud. Mediación. Límites. Confidencialidad. Terceras personas afectadas. Alegaciones. Demora de la ejecución. Muestras. Regímenes especiales de acceso. Interesado.

Ponente: Josep Mir Bagó.

Antecedentes

1. El 8 de mayo de 2017 entra en la GAIP la Reclamación 184/2017, presentada en representación de 3M, una empresa que habría concurrido en el procedimiento de licitación indicado en el antecedente siguiente, contra el Consorcio Sanitario de Terrassa (CST), en relación con la información detallada por el mismo antecedente. La persona reclamante solicita el procedimiento de mediación regulado por el artículo 42 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG).
2. El 15 de marzo de 2017 la persona reclamante solicita al CST acceso al expediente de contratación CTS 16/04 (suministro de apósitos) y concretamente a los siguientes elementos que lo integran: al informe de valoración técnica por lo CST y a la documentación que integra la oferta técnica presentada por parte de las empresas licitadoras a los productos núm. 4, 5, 31, 32, 54, 55, 65, 66, 67, 68, 72, 73 y 75, así como las muestras de estos productos entregadas por ellas. La solicitud se fundamenta en el artículo 139 del 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, TRLCSP (los órganos de contratación darán a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia), en el 53.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, LPAC (derecho a las personas interesadas a acceder y obtener copia de los expedientes en los que tienen esta condición) y en diversos artículos de las leyes 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (básica), LTAIPBGE, y 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG).
3. El 28 de marzo de 2017 el CST da la siguiente respuesta a la solicitud anterior: *"el próximo lunes, día 3 de abril de 2017, a las 09:00 horas en la oficina jurídica del CST (...) podrá tener acceso a dicho expediente. Sin embargo, se comunica que el representante de una de las*



empresas licitadoras de los productos que relaciona en su escrito ha confirmado la confidencialidad de la documentación correspondiente a la "Descripción técnica de los productos a suministrar, descripción de las características técnicas, información del etiquetado del envase e información del embalaje exterior de los productos", por lo que a ésta en concreto no podrá tener acceso. Asimismo se comunica que dicha empresa ha solicitado y así se le ha concedido, en ejercicio del derecho de acceso de las empresas a la información y documentación de los expedientes, estar presente en el acto donde ustedes podrán tener acceso al expediente. Finalmente, le comunicamos que es imposible tener acceso a las muestras entregadas por las empresas licitadoras, dado que éstas se utilizaron para poder hacer correctamente la valoración técnica de los productos, tal y como constaba en el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas".

4. La Reclamación presentada el 8 de mayo de 2017 se hace eco de las restricciones de acceso indicadas en el antecedente anterior y añade que en el acto de consulta al expediente el órgano de contratación habría comunicado verbalmente la decisión de denegar, también, el acceso a la totalidad de la información contenida en el sobre núm. 2 presentado por otra de las licitadoras. Asimismo, también se le habría denegado el acceso a las muestras presentadas por las empresas licitadoras, con el argumento de que se habrían utilizado para hacer las valoraciones de las ofertas. Ante estos hechos, considera que las denegaciones de acceso a las ofertas presentadas por dos empresas licitadoras vulnera el principio de transparencia y sus derechos como persona interesada en el procedimiento de contratación; en este sentido, aporta referencias a resoluciones varias del Tribunal catalán de contratos del sector público y de la GAIP, en el sentido de la necesidad de interpretar restrictivamente el alcance de la confidencialidad de las ofertas declarada por las empresas licitadoras, en coherencia con el concepto de secreto comercial establecido por la Directiva 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016. En aplicación de estos criterios, argumenta que mucha de la documentación tachada de confidencial por las empresas licitadoras no reúne los requisitos propios de este carácter y señala también que la limitación al acceso a la documentación de la segunda empresa licitadora referida anteriormente le habría sido comunicada verbalmente, infringiendo de este modo el artículo 34.1 LTAIPBG. Sobre la base de las consideraciones anteriores, solicita a la GAIP el acceso al expediente de contratación solicitado, en los términos más amplios que permita el respeto a la información que, estrictamente evaluada, sea confidencial.
5. El 15 de mayo de 2017 la GAIP traslada la Reclamación al CST y le pide, para dentro del plazo de 10 días, un informe sobre la misma y copia del expediente de solicitud de información pública del que deriva.



6. El 23 de junio de 2017 la GAIP recibe el informe del CST. Hace en primer lugar una exposición detallada de los antecedentes, donde consta que la misma empresa reclamante habría sido adjudicataria de algunos de los lotes sobre los que pide información (concretamente, los números 4, 5, 54 y 55) y el proceso y los criterios seguidos por CST para determinar la parte de información pedida a considerar confidencial y, por tanto, excluida del derecho de acceso. Destaca, en este sentido, que buena parte de las licitadoras no habrían presentado declaración de confidencialidad, por lo que se habría dado directamente acceso a sus ofertas; en cambio, tres de las concursantes sí habrían presentado esta declaración y, en consecuencia, el CST les habría dado traslado de la solicitud y audiencia, en los términos indicados más adelante.

El 5 de abril de 2017 3M habría tenido acceso a toda la documentación del expediente salvo la declarada confidencial por los escritos adjuntos a las ofertas, ratificados o modificados, según los casos, por los resultados de la audiencia dada, en los términos que concreta más adelante este mismo antecedente.

Argumenta la improcedencia de la Reclamación ante la GAIP, ya que considera que la revisión de la resolución de la solicitud de acceso al expediente debería plantearse ante el Tribunal de recursos contractuales, de conformidad con lo previsto por el artículo 16 y la disposición final 1ª del 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 por la disposición adicional 1ª.2 LTAIPBG.

Alega también falta de legitimidad, ya que argumenta que los poderes otorgados a la persona que actúa en representación de la empresa reclamante son limitados a la concurrencia en la contratación y por su especificidad no incluyen la capacidad para reclamar ante la GAIP.

Manifiesta que el CST habría dado acceso a toda la documentación del expediente, salvo la declarada confidencial por parte de dos de las empresas licitadoras, declaración en relación con la que el CST no habría dudado en ningún momento de su procedencia, visto lo establecido en el artículo 140 TRLCSP. Y concluye: "el CST considera necesario limitar el acceso a la información declarada confidencial por parte de las empresas Barna Import Mèdica (BIMEDICA) y Mölnlycke Health Care SL (MHC), dada la manifestación efectuada por dichas empresas. Ciertamente este Consorcio no tiene la capacidad de establecer si es cierto o no que la información confidencial así declarada efectivamente lo sea. Tampoco tiene la capacidad técnica para establecer si habiendo permitido el acceso a la información declarada confidencial se hubiera causado un perjuicio grave a las empresas que así lo han declarado.

El informe del CST adjunta, además de copia de la solicitud de información indicada en el antecedente 2, copia de la siguiente documentación:



- Escritos del CST a Iberhospitex SA (Innovative Health Tecnologías, IHT), BIMEDICA y MHC (que serían las empresas que habrían hecho declaración de confidencialidad de sus ofertas), informándoles sobre la presentación de la Reclamación y requiriéndoles a que, en su caso, declaren o ratifiquen la confidencialidad de sus ofertas, concretando la parte o partes afectadas y los motivos de la declaración.
 - Respuesta de MHC, que ratifica la declaración de confidencialidad hecha al presentar su oferta, respecto del dossier técnico, el anexo técnico y los certificados y normas presentados, ya que considera que esta documentación le supone una ventaja competitiva, representa un valor estratégico para la compañía, puede afectar su competencia en el mercado y es fruto de sus inversiones en investigación y del conocimiento alcanzado con su experiencia. Sin embargo, afirma también que si el órgano de contratación considera que, para equilibrar el derecho de los licitadores a la confidencialidad de sus ofertas con el de acceso a la información pública y transparencia, procede estimar el acceso solicitado, MHC respetaría esta decisión, siempre que se facilite la misma documentación a todos los licitadores.
 - Respuesta de IHT, indicando que no tiene ningún inconveniente en que la empresa solicitante pueda acceder a los documentos de su sobre B.
 - Respuesta de BIMEDICA, indicando que sólo habría declarado la confidencialidad de dos apartados de su sobre B y que sólo estaría interesada en mantener la de uno de ellos, concretamente el relativo a la "Descripción técnica de los productos a suministrar, descripción de las características técnicas, información del etiquetado del envase e información del embalaje exterior de los productos" (apartado 3). Asimismo, el Anexo técnico restaría al margen de la declaración de confidencialidad. El contenido del apartado 3 citado del sobre B sería confidencial porque si se muestra a competidores afectará a los intereses comerciales de BIMEDICA y perjudicaría su derecho a la propiedad intelectual y su posición frente a la competencia.
7. El 26 de junio de 2017 la GAIP traslada el informe del Consorcio a la persona reclamante y le ofrece un plazo de diez días para formular alegaciones, especialmente en relación con las causas de inadmisibilidad invocadas.
8. El 7 de julio la GAIP recibe las alegaciones formuladas por la empresa reclamante al informe del Consorcio. Sobre la procedencia de la Reclamación, argumenta que la vía de reclamación ante la GAIP es potestativa y no está legalmente excluida respecto de ningún tipo de información; incluso en caso de acceso a la información incluida en procedimientos administrativos en curso, la persona reclamante entiende que la disposición adicional 1ª.1 LTAIPBG no excluye que las personas interesadas puedan reclamar en defensa de su derecho de acceso al expediente ante



la GAIP, y cita doctrina de esta Comisión de Garantía favorable a esta interpretación; asimismo, también manifiesta que si bien es cierto que el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé que el acceso al expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial puede ser solicitado al Tribunal de contratos correspondiente, eso no excluiría que si el interesado que quiere tener acceso al expediente y no tenga, en principio, intención de presentar el recurso especial, pueda y deba recurrir a la GAIP.

Sobre la suficiencia de poderes de representación, la alegación considera que los aportados son suficientes, dada la naturaleza meramente administrativa de la Reclamación ante la GAIP.

Sobre las consideraciones del informe del Consorcio, en el sentido de que no tiene elementos para valorar si la información declarada como confidencial por los licitadores merece o no esta calificación, la alegación cita la doctrina de la Resolución de la GAIP 21/2017, de 1 de febrero, en el sentido de que las declaraciones de confidencialidad de los licitadores no vinculan el órgano de contratación, que las debe valorar críticamente y ponderar su justificación en relación con el derecho de acceso. En relación con esta cuestión señala que la información solicitada no puede ser considerada confidencial desde ningún criterio, por lo que su divulgación no supondría ningún perjuicio competitivo para las empresas afectadas.

9. El 11 de julio de 2017 la GAIP da traslado de la Reclamación a las empresas licitadoras afectadas que según consta en el informe municipal se habrían manifestado sobre la confidencialidad de sus ofertas, a los efectos de lo previsto por el artículo 42.3 LTAIPBG. En este mismo escrito los informa de que la empresa reclamante habría pedido el procedimiento de mediación, que para ser válido requiere la participación de todas las partes afectadas y en consecuencia les pide su comportamiento en relación con su participación en la mediación.
10. El 17 de julio de 2017 IHT comunica a la GAIP que no tomará parte en el procedimiento de mediación y su negativa a dar acceso a la oferta técnica que presentó al expediente CTS 16/04 convocado por el CST.
11. El 17 de julio de 2017 el representante de MHC manifiesta que no acepta la mediación solicitada por la reclamante y formula las siguientes alegaciones de cara a la resolución de la Reclamación por la GAIP:
 - Considera que los poderes aportados no acreditan representación suficiente de la empresa reclamante para participar en el procedimiento de Reclamación ante la GAIP.



- La LTAIPBG no es aplicable a las ofertas de los licitadores que participan en un procedimiento de contratación, que no están afectadas por la obligación de publicidad activa de su artículo 13.
 - La vía de impugnación ante la GAIP no es la adecuada en un procedimiento de contratación, ya que se debería acudir a la prevista para la regulación sectorial, que es la del recurso especial ante el tribunal de contratación competente.
 - La oferta técnica de MHC es confidencial, ya que su divulgación podría afectar su competencia en el mercado, porque la documentación solicitada tiene un valor estratégico para la compañía y es fruto de sus inversiones en investigación y conocimiento y de su experiencia. Añade también que el artículo 140 TRLCSP obliga a la Administración a respetar la declaración de confidencialidad hecha por la empresa.
 - MHC no ha sido la adjudicataria de ninguno de los lotes solicitados por la reclamante, por lo que la pretensión de obtener información sobre su oferta constituiría abuso de derecho y mala fe, ya que el eventual acceso sería irrelevante a los efectos de la finalidad de defender los intereses de la reclamante en los procedimientos de contratación afectados.
12. El 19 de julio de 2017 la GAIP recibe un correo de BIMEDICA, que manifiesta que si bien está dispuesta a participar en la mediación, se opondrá a la estimación de la Reclamación, ya que cree que no tiene fundamento, por las razones que anuncia para más adelante.
 13. El 19 de julio de 2017 la GAIP acuerda mantener suspendida la tramitación del procedimiento mientras dure el proceso de audiencia a las terceras personas afectadas y, adicionalmente, ampliar en un mes y medio el plazo para resolver, hasta mediados de septiembre de 2017.
 14. El 1 de septiembre de 2017 BIMEDICA presenta alegaciones de adhesión a los motivos de inadmisibilidad de la Reclamación manifestados por el informe del CST, a los que añade algunos argumentos adicionales. Subraya que su declaración de confidencialidad no afecta al conjunto de su oferta, sino sólo una pequeña parte. Finalmente, también argumenta que la documentación que integra la oferta técnica de las licitadoras no es información pública y, en consecuencia, no entraría dentro del ámbito de aplicación de la LTAIPBG.

Fundamentos jurídicos

1. Sobre la admisibilidad de la Reclamación

El CST alega en su informe la concurrencia de dos causas de inadmisibilidad de esta Reclamación; también recogen estas consideraciones las alegaciones de MHC y se adhiere también BIMEDICA. Hay que valorar ante todo si tienen que ser aceptadas.



En primer lugar, considera que la revisión de la resolución de la solicitud de acceso al expediente debería plantearse ante el Tribunal de recursos contractuales, de conformidad con lo previsto por el artículo 16 y la disposición final 1ª del Real Decreto (RD) 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 por la disposición adicional 1ª LTAIPBG. El artículo 16 citado, calificado de básico por la disposición final 1ª de este RD, dispone que si una persona interesada quiere consultar el expediente previamente a la interposición del recurso especial, lo tiene que pedir al órgano de contratación y si éste se lo deniega no por ello puede dejar de presentar el recurso especial dentro del plazo previsto legalmente, sin perjuicio de que pueda alegar en este recurso la falta de acceso al expediente, con las consecuencias que procedan. Por su parte, la disposición adicional 1ª.2 LTAIPBG establece que se rigen por su normativa y supletoriamente por la LTAIPBG los procedimientos de acceso a la información pública que estén regulados por un régimen especial, circunstancia que se daría en este caso, ya que la normativa de contratación sería precisamente el régimen especial aplicable al acceso a estos expedientes.

Sin cuestionar el contenido de las disposiciones invocadas por el informe jurídico del CST, la GAIP entiende que no excluyen la posibilidad de reclamar las denegaciones de acceso al expediente ante esta Comisión de garantía. Lo que establece, para empezar, el artículo 16 del RD 814/2015 es que el acceso al expediente debe ser solicitado al órgano de contratación, y así se ha hecho en este caso. Cuando, a continuación, este precepto se refiere a la necesidad de interponer el recurso especial, es evidente que no lo hace a los efectos de entender que las eventuales denegaciones de acceso al expediente del órgano de contratación deban ser objeto de este recurso especial, sino para dejar claro que la falta de acceso al expediente no es motivo para dejar abierto el plazo de interposición de este recurso especial. Y cuando, finalmente, el último inciso del artículo 16. 2 habla de la posibilidad de alegar en el recurso especial el incumplimiento del derecho de acceso, con las consecuencias que procedan, lo hace en términos plenamente potestativos y abiertos, sin excluir otras posibles reacciones. En consecuencia, este precepto no excluye que, en aplicación de la disposición adicional 1ª.2 LTAIPBG, se pueda interpretar que la vía de reclamación ante la GAIP forma parte precisamente de la supletoriedad de esta ley en relación con los regímenes especiales de acceso a la información, y así lo viene entendiendo reiteradamente la GAIP a la hora de interpretar el alcance de los regímenes especiales de acceso y de la supletoriedad de la LTAIPBG respecto de ellos (el más reiterado es el de los electos locales en la información municipal); en estos casos, la GAIP deberá resolver aplicando preferentemente el contenido del régimen especial de acceso (la legislación de contratos, en este caso) y supletoriamente el régimen material de la LTAIPBG; naturalmente, la interposición de la Reclamación ante la GAIP no tiene ningún tipo de efecto en relación con los procedimientos de contratación y su eventual revisión, que se desarrollarán según su normativa y con el ritmo que proceda, y no puede ser simultánea a la impugnación de los mismos hechos, en atención



a la misma motivación y con idéntica pretensión, ante otra instancia, como podría ser el caso del recurso especial de contratación, ya que en este caso la GAIP debería inhibirse en beneficio del Tribunal de contratos del sector público, por su mayor especialidad en la materia.

En segundo lugar, el informe jurídico del CST alega también falta de legitimidad, ya que argumenta que los poderes otorgados a la persona que actúa en representación de la empresa reclamante son limitados a la concurrencia en la contratación y por su especificidad no incluyen la capacidad para reclamar ante la GAIP. Ante esta alegación hay que considerar que la Reclamación que nos ocupa tiene una vinculación directa con la concurrencia en la contratación y, del mismo modo que el CST no ha objetado falta de legitimación cuando la reclamante ha pedido acceso al expediente, conllevaría un exceso de rigor formal apreciar esta falta en el procedimiento de revisión de la respuesta dada a la solicitud de acceso. Además, en los poderes aportados a la Reclamación consta que la persona que actúa en representación de la empresa reclamante ostenta poderes para presentar recursos en materia de contratación ante todo tipo de órganos administrativos (y la GAIP tiene esta naturaleza) y aunque la Reclamación ante la GAIP no es propiamente un procedimiento en materia de contratación, cuando su objeto es el acceso a un expediente de contratación se puede entender que hace esta función, al menos a los efectos de los poderes de representación. Por todo lo anterior, también procede descartar este motivo de inadmisibilidad de la Reclamación.

2. Inviabilidad del procedimiento de mediación

Tal como consta en el antecedente 1, la empresa reclamante ha pedido la tramitación de su Reclamación aplicando el procedimiento de mediación regulado por los apartados 4 a 6 del artículo 42 LTAIPBG. Los antecedentes 10, 11 y 12 ponen de manifiesto que dos de las empresas afectadas se oponen a la mediación y al acceso a la información solicitada y que la tercera, si bien se muestra dispuesta a participar en el procedimiento de mediación, avanza que se opondrá al acceso solicitado.

El artículo 42.5 LTAIPBG establece que el acuerdo de mediación debe ser firmado por los terceros afectados que comparezcan en el procedimiento. La oposición manifestada por las empresas afectadas en el acceso a la información solicitado hacen presumir que el procedimiento de mediación es inviable y, por tanto, procede ahorrar los esfuerzos que habría que invertir por parte de todos los afectados y continuar con el procedimiento ordinario, con Resolución de la GAIP.

3. El objeto de la Reclamación

La Reclamación pide tener acceso al expediente, en los términos más amplios que permita el respeto a la confidencialidad debida legalmente.



Una primera valoración que hay que hacer, a los efectos de determinar el objeto de la Reclamación y atendidas las alegaciones formuladas por BIMEDICA (antecedente 14), es la de determinar hasta qué punto toda la documentación solicitada es efectivamente información pública. Según el artículo 2.b LTAIPBG es información pública la información elaborada por la Administración y la que ésta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones; por lo tanto, a la vista de este precepto, está claro que las ofertas presentadas por los licitadores constituyen información pública, ya que están en poder de la Administración, que las ha obtenido como consecuencia del ejercicio de sus funciones. Visto lo que se acaba de decir, hay que refutar la alegación de BIMEDICA, cuando manifiesta que las ofertas de los licitadores no tienen la consideración de información pública.

A la vista del relato de los hechos, esta petición debe circunscribirse especialmente en la parte del expediente a la que la empresa reclamante no ha podido tener acceso y que sería la parte declarada formalmente como confidencial por las concursantes BIMEDICA y MHC. El resto del expediente ya ha podido ser consultado por los representantes de 3M el 5 de abril de 2017, según indica el informe aportado por el CST a este procedimiento, y no tiene sentido que la GAIP se pronuncie, salvo por las consideraciones siguientes.

Merece una valoración singular el acceso a la oferta presentada por IHT, ya que si bien esta empresa, según consta en el informe municipal, manifestó en el transcurso del procedimiento de audiencia del CST su conformidad al acceso de 3M a su oferta, por lo que esta última habría podido conocer en su consulta del 5 de abril, más adelante, en el proceso de audiencia convocado por la GAIP, se niega. No se trata ahora de valorar los posibles motivos de este cambio de criterio, sólo señalar que si bien esta dualidad de respuestas sirvió para facilitar el legítimo acceso de la reclamante a la oferta técnica de IHT el 5 de abril de 2017, esta Resolución de la GAIP debe considerar que en el momento de ser dictada es vigente una declaración de confidencialidad de la oferta técnica de esta empresa y deberá valorar si tiene que prevalecer o no sobre el derecho de acceso de la reclamante.

También requiere una valoración específica la solicitud de la empresa reclamante de tener acceso a las muestras presentadas por las concursantes. Una primera cuestión a considerar es la de hasta qué punto unas muestras son información pública y, en consecuencia, pueden ser objeto del derecho de acceso a la información pública. Según el artículo 2.b LTAIPBG, es información pública "la información elaborada por la Administración y la que ésta tiene en su poder como consecuencia de su actividad". Es cierto que una muestra no es un documento, ni un dato alfanumérica o digital que forme parte de un fichero o de una base de datos, que seguramente son las expresiones más típicas de lo que es información; sin embargo, los objetos materiales también pueden consistir en información cuando sirven para proporcionar o para acreditar conocimiento, y en este caso es precisamente esta la finalidad de la muestra: acreditar el grado de cumplimiento de determinados



requerimientos de la convocatoria. En consecuencia, el hecho de ser muestra no excluye que el acceso a ella pueda ser objeto del derecho de acceso a la información.

Sin embargo, el CST manifestó a la reclamante que el acceso a las muestras no era posible, ya que fueron utilizadas para el fin en atención a la que se habían pedido (hacer la valoración técnica de los productos). Esto conllevaría a la práctica su destrucción como tales muestras y, en consecuencia, que dejen de existir como información pública. En consecuencia, no es posible dar acceso a una información que no existe.

4. *Consideración general sobre el alcance de la confidencialidad prevista en el artículo 140 TRLCSP.*

El CST ha denegado el acceso a las ofertas técnicas (o parte de ellas) presentadas por MHC y por BIMEDICA, sobre la base del argumento de que estas empresas las habrían declarado confidenciales y de los efectos atribuidos a esta declaración por el artículo 140 TRLCSP, según el cual "los órganos de contratación no pueden divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial (...) este carácter afecta, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas". Las mismas consideraciones serían aplicables a la oposición manifestada por las últimas alegaciones de IHT en relación con el acceso a su oferta. La GAIP ya se ha pronunciado, en su Resolución 253/2017, de 26 de julio, sobre el alcance que debe darse al artículo 140 TRLCSP, en relación con el derecho de acceso a la información pública, y es apropiado reproducir sus consideraciones, plenamente aplicables al caso de esta Reclamación:

"Nos encontramos por lo tanto ante un conflicto entre dos instituciones jurídicas que suscitan una enorme sensibilidad a la sociedad contemporánea: la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, por un lado y la confidencialidad o reserva, en este caso vinculada a los intereses empresariales (industriales o comerciales), por la otra. Este conflicto empieza a tener numerosas manifestaciones ante órganos y autoridades competentes para pronunciarse o resolverlo (órganos consultivos y tribunales especializados de contratación, órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública y órganos judiciales de varias instancias), a los que más adelante se hace referencia concreta, al hilo de la evocación de algunas de sus resoluciones más significativas. Se analizan a continuación las claves jurídicas generales con las que debe resolverse este conflicto, con la condición de que la solución debe ser siempre la que proceda en el caso concreto, atendiendo a sus circunstancias y no puede ignorar la consideración debida a cada una de las instituciones confrontadas.



"La misma LTAIPBG en su artículo 21 hace referencia concreta a varios límites del derecho de acceso a la información pública que conectan con el artículo 140.1 TRLCSP:

- *Apartado 1.c: el secreto o la confidencialidad en los procedimientos tramitados por la Administración pública (como puede ser el caso del de contratación), si el secreto o la confidencialidad son establecidos por una norma con rango de ley (función hecha precisamente para el artículo 140.1 TRLCSP).*
- *Apartado 1.g: el secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial.*
- *Apartado 2: si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley, como sería en este caso el artículo 140.1 TRLCSP.*
- *En este caso también puede operar como límite del derecho de acceso a la información pública, y ser aplicado, en su caso, de acuerdo con el régimen establecido por los artículos 20 y 21 TAIPBG, el de los intereses económicos y comerciales, establecido por el artículo 14.1.h de la Ley estatal básica 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBGE), que si bien no es reproducido por la legislación catalana de transparencia, puede tener eficacia directa ante las administraciones catalanas si lo invocan personas jurídicas privadas como derecho declarado a su favor por el ordenamiento básico estatal, como ha argumentado la GAIP en la Resolución de 28 de septiembre de 2016, sobre la Reclamación 119/2016 (FJ 5) y el Dictamen 1/2016 (FJ 2).*

"De las anteriores previsiones normativas y de las citadas más adelante, así como de los pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos públicos especializados referidos a continuación, se pueden deducir las siguientes claves de carácter general para resolver el conflicto entre la confidencialidad amparada por el artículo 140.1 TRLCSP y el derecho de acceso a la información pública garantizado por la legislación de transparencia:

1. *"La declaración de confidencialidad hecha por las empresas interesadas al amparo del artículo 140.1 TRLCSP no es vinculante para el órgano de contratación (ni para las instituciones de control), que debe valorar si es justificada y decidir motivadamente si procede mantenerla. Esto quiere decir que los poderes adjudicadores y, en general, las Administraciones públicas no deben dar acríticamente por confidencial todo lo que los licitadores tachan como tal; al contrario: no sólo pueden, sino que incluso tienen que valorar si la confidencialidad pretendida es justificada en el caso concreto, en aplicación de las determinaciones y consideraciones que se hacen a continuación. Según el Informe 11/2013, de 26 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (JCCAC), "el órgano de contratación podrá decidir, después de hacer la valoración correspondiente, que difundir determinada información puede perjudicar los intereses legítimos de la empresa adjudicataria o*



de la competencia leal entre las empresas; pero también puede considerar que no existen motivos suficientes para proteger una determinada información".

"En esta misma línea, la "Guía para la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada -procedimiento abierto- (actualizada a julio de 2017)" hecha por la Secretaría técnica de la JCCAC afirma que "corresponde al órgano de contratación valorar, ante una solicitud de acceso o vista de determinada documentación, si la calificación de confidencial es adecuada y, en consecuencia, decidir sobre el acceso o la vista de dicha documentación, previa audiencia de la empresa o las empresas licitadoras afectadas".

"El FJ 3 del Dictamen de la GAIP 1/2015 formula las siguientes consideraciones, que son plenamente trasladables a este caso: "La Sentencia del Tribunal Supremo 7288/1989, de 13 de diciembre, que resuelve un conflicto entre el derecho de la empresa a proteger su información confidencial y los derechos sindicales de los trabajadores (en un precedente recogido expresamente por fundamento jurídico 9 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre) afirma que no sería suficiente que el empresario califique un dato unilateralmente como confidencial, sino que es necesario que, desde un plano objetivo, efectivamente lo sea (Fundamento Jurídico 4º). Empresas y administraciones pueden, efectivamente, calificar como confidenciales determinados datos que poseen o les afectan, siempre pero que el contenido o la significación de estos datos tenga atributos que permitan justificar su confidencialidad.

"En un caso más cercano a la presente consulta (denegación por parte de la Generalitat Valenciana a una Diputada de datos relativos a los contratos de Fórmula 1, en aplicación de una cláusula de confidencialidad supuestamente "propia" de estos contratos), el Tribunal superior de Justicia de la Comunidad Valenciana pondera hasta qué punto el derecho de participación política de la Diputada no debe ceder ante los efectos de la cláusula de confidencialidad, para lo cual analiza si ésta ha sido suficientemente fundamentada. Y concluye que dado que para los contratos cuya información se solicita se ha seguido un procedimiento y que éste ha sido público por definición, esencia y naturaleza, es inadmisibles y contradictorio hablar de confidencialidad. A los efectos de aquel procedimiento, dice la Sentencia, aplicando los criterios citados, la confidencialidad tendría razón de ser sólo si la petición de información lo fuera de documentos que contienen datos con repercusión exclusiva en el sector privado, como podrían ser aquellos que afectan a secretos industriales de una de las partes contratantes, aspecto que parece ser que no figuraba en las causas de denegación esgrimidas por la Generalitat valenciana (Sentencia 4285/2014, de 18 de febrero).



"Son varios los antecedentes jurisprudenciales que coinciden en ponderar si hay o no razón suficiente para calificar de confidencial determinada información, y si esta confidencialidad o esta razón debe prevalecer o no frente a otros valores jurídicos o derechos protegidos igualmente por el ordenamiento jurídico, ya sean relativos a la inspección fiscal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9403/2013, de 26 de septiembre), el derecho de defensa de la competencia (Autos del Tribunal Supremo 9639 y 13134/2006, de 13 de julio y de 5 de octubre, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2333/2014) o al derecho de defensa y tutela judicial efectiva (Auto del Tribunal Supremo 4109/2014, de 13 de mayo, y Sentencia de la Audiencia Nacional 1366/2015, de 6 de abril).

"En todos estos casos, con independencia de que se resuelva a favor o en contra de proteger la confidencialidad, se pone de manifiesto que ésta se debe fundamentar y justificar en la concurrencia de atributos adecuados (como puede ser el secreto industrial, que es el más recurrente), que debe poder ponderar si prevalecen los derechos e intereses protegidos por la confidencialidad o los de acceso a la información y que tanto una cuestión como la otra son revisables jurisdiccionalmente".

2. *"La confidencialidad del artículo 140.1 TRLCSP debe ser invocada expresamente por los licitadores interesados. Así lo afirma claramente el Informe 11/2013 de la JCCAC, según el cual "son los empresarios los que deben identificar la información que consideran que tiene carácter confidencial".*

La "Guía para la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada -procedimiento abierto- (actualizada a julio de 2017)" hecha por la Secretaría técnica de la JCCAC establece el criterio según el cual "la declaración de confidencialidad que se presente debe ser necesaria y proporcional a la finalidad o interés que se quiere proteger y determinará de forma expresa y justificada los documentos y / o los datos facilitados que consideren confidenciales. No se admiten declaraciones genéricas o no justificadas del carácter confidencial".

"El considerando 23 de la Directiva 2016/943, presentada en el próximo apartado 6º, se refiere expresamente a la diligencia que es de esperar del poseedor legítimo de un secreto comercial, a los efectos de tomar las iniciativas pertinentes de cara a su protección. Este supuesto deber o principio de diligencia también se ha de manifestar a la hora de entender que le corresponde al licitador declarar y argumentar la confidencialidad, pues es quien más arriesga si no se respeta y quien más conoce las razones de su invocación.

3. *"La confidencialidad derivada del artículo 140.1 TRLCSP constituye una excepción al principio general de transparencia y derecho de acceso a la información pública y, como tal excepción, debe ser debidamente argumentada y su aplicación convenientemente justificada y*



fundamentada en las circunstancias del caso. "Si bien se puede afirmar que, con carácter general, se debe considerar que los principios de publicidad y de transparencia deben prevalecer respecto del principio de confidencialidad, esto no impide que, después de hacer la valoración correspondiente, se acuerde no facilitar el acceso a una información determinada porque esta es verdaderamente confidencial. La declaración de confidencialidad debe ser necesaria y proporcional a la finalidad o interés que se pretende proteger" (Informe 11/2013 de la JCCAC).

"El carácter excepcional de la confidencialidad, respecto de la regla general favorable al derecho de acceso, es afirmado claramente por la Resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales en su Resolución 865/2016, que se remite a resoluciones anteriores coincidentes del mismo órgano; si bien estas resoluciones, por las características propias del recurso especial en materia de contratación, se refieren a litigios entre licitadores, en calidad de interesados, sus pronunciamientos son perfectamente aplicables al ejercicio del derecho de acceso.

"A los efectos de valorar la justificación suficiente de la confidencialidad, hay que tener en cuenta que varios informes y resoluciones de los órganos consultivos y de los tribunales en materia de contratación coinciden en destacar, tal como recoge la resolución de la GAIP 21/2017, los siguientes criterios:

- *La declaración de confidencialidad que hagan los licitadores no puede abarcar la totalidad de la documentación presentada. "No es admisible que (los licitadores) efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter confidencial" (Informe 11/2013 de la JCCAC).*
- *La declaración de confidencialidad hecha por los licitadores no puede tener sólo una motivación genérica, sino que debe indicar con precisión los documentos concretos afectados y las razones objetivas y específicas que la justifican. "La declaración de confidencialidad no se puede entender como una opción indiscriminada de las empresas y, por tanto, es imprescindible que en esta declaración se especifique expresamente que documentación y qué información tiene carácter confidencial y los motivos y las circunstancias según los cuales se debe reconocer este carácter" (Informe 11/2013 de la JCCAC).*

"Según el Informe 11/2013 de la JCCAC, "tiene carácter confidencial la información o la documentación cuando lo declare y justifique así el empresario licitador o candidato, especialmente si incluyen secretos industriales, técnicos o comerciales; intereses comerciales legítimos, derecho de propiedad intelectual o puedan afectar a la competencia leal entre empresas, es decir, cuando el conocimiento de esta información o de cualquier otra que tenga un especial valor estratégico para la empresa le pueda conllevar un daño en su competición en



el mercado con el resto de empresas. Circunstancias que, con carácter general, no concurren en la mayoría de información o de documentación que se facilita en el marco de un procedimiento de adjudicación".

4. *"La posterior promulgación en nuestro ordenamiento jurídico de la legislación de transparencia (a partir de 2013), respecto de la confidencialidad de las ofertas reconocida por la legislación de contratos del sector público, lleva necesariamente a que esta última (y en todo caso el artículo 140.1 TRLCSP) deba ser interpretada y matizada a la luz del especial vigor que han conseguido en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico las instituciones de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública. En este sentido, no se puede desconocer el eco social, en general positivo, que viene acompañando la implementación de estas instituciones, más que sea por su significación de profundización en la democracia y por sus efectos preventivos de la corrupción, ni, en un plano jurídicamente más concreto, las previsiones del artículo 20 LTAIPBG, según el cual "las limitaciones legales al derecho de acceso a la información pública (...) se deben interpretar siempre restrictivamente en beneficio de este derecho".*

"La nueva normativa sobre contratos del sector público tiene en cuenta el relieve alcanzado por estas instituciones, hasta el punto de que el artículo 21.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, actualmente en proceso de transposición al derecho español, hace una mención explícita a la necesidad de respetar lo previsto por la legislación relativa al derecho de acceso a la información cuando regula el alcance de la confidencialidad declarada por los licitadores sobre sus ofertas, en la que vendría a ser la nueva formulación del artículo 140.1 TRLCSP.

5. *"Desde la perspectiva de los límites al derecho de acceso reconocidos expresamente por la legislación de transparencia, la confidencialidad del artículo 140.1 TRLCSP puede ser fundamentada básicamente en los secretos industriales (institución ampliable más genéricamente a los secretos comerciales citados expresamente por el artículo 140.1 TRLCSP) y en los intereses económicos y comerciales de los licitadores, sin perjuicio de la eventual concurrencia de otros límites adicionales, en su caso (como la seguridad o los datos personales, si concurren).*
6. *"La concurrencia de secretos industriales o comerciales debe ser tenida especialmente en cuenta, ya que su desarrollo puede haber requerido importantes inversiones y su protección como interés privado también es en beneficio del indudable interés público de la promoción de la investigación y la innovación, esenciales en el actual entorno de competitividad. El concepto de secreto industrial es definido por 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; si bien esta disposición no regula la contratación pública, ni es eficaz aún en el derecho interno (el plazo para su transposición finaliza a mediados de 2018), constituye un referente de autoridad incuestionable a los efectos de determinar este concepto, dada especialmente la falta de otras aportaciones por parte del derecho positivo vigente entre nosotros; según el artículo 2 de esta Directiva, constituye "secreto comercial" "la información que reúne 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 protección garantizada por la Directiva 2016/943 es relativa, ya que prevé expresamente que no afectará a la aplicación de normas que, por razones de interés público, exijan la difusión de secretos comerciales o que permitan a los organismos públicos difundir información que les han facilitado empresas privadas calificada como secretos comerciales (como podría ser el caso de la legislación de transparencia) (artículo 1.1); también define como excepciones de la protección prevista para los secretos comerciales, además del ejercicio de la libertad de información, cuando se incumple con el fin de poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, siempre que sea en defensa del interés general, o de proteger un interés legítimo reconocido por el ordenamiento jurídico (artículo 5). En lo que constituye un pronunciamiento directamente aplicable al caso, atendiendo a la naturaleza de la entidad reclamante, el considerando 18 de la Directiva manifiesta 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 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª del Tribunal General) de 13 de enero de 2017, si bien dictada no en materia de contratación, sino sobre la difusión por la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) de información que tiene en su poder sobre productos químicos de una determinada empresa (que es la parte demandante),



formula las siguientes consideraciones: la demandante "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"; frente a esta argumentación, la ECHA alega que la invocación de los intereses comerciales no justifica por sí sola la protección de los datos afectados, " 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". Ante esta controversia, el Tribunal considera que para aplicar la excepción del artículo 4.2 del Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeo (excepción relativa a la protección de los intereses comerciales de las personas jurídicas), "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" (por cierto: no es lo mismo esto que afirmar que la documentación aportada al procedimiento de contratación se basa en los conocimientos técnicos de la empresa. Toda la información aportada a un procedimiento de contratación puede basarse en los conocimientos técnicos de la empresa en cuestión, pero está por ver que su mera presentación revele cuáles son los conocimientos técnicos de la empresa); después de hacer esta consideración general el Tribunal valora la información que la empresa estima que no se puede difundir porque perjudicaría sus intereses comerciales y concluye que la demandante no habría demostrado hasta qué punto la información en cuestión constituye un dato comercial sensible la divulgación del cual pueda perjudicar sus intereses comerciales, cuando "correspondía a la demandante indicar en qué revestían dichos datos un carácter confidencial".

7. *"Los límites al derecho de acceso a la información pública, a pesar de que se acredite su concurrencia, no son de aplicación automática ni obligada (salvo el del artículo 23 LTAIPBG), ya que debe ser ponderada por el órgano público que actúa, en atención a los intereses en juego, en función de las circunstancias de caso. Así se deducirá de los artículos 21 (que en su encabezamiento se refiere a que "el derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o la divulgación de la información conlleva un perjuicio para.. ") y 22 (según el cual los límites a este derecho deben ser proporcionales al objeto y a la finalidad de la protección, su aplicación debe atender las circunstancias del caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso) LTAIPBG.*



"Una de las conclusiones del Informe 11/2013 JCCAC afirma que "la confidencialidad no puede significar una vulneración de los principios de publicidad y de transparencia, en el sentido de que quede vacío de contenido el derecho de los demás licitadores o candidatos a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adopten a lo largo del procedimiento de selección y de adjudicación del contrato, por lo que, necesariamente, se debe buscar el equilibrio y la proporcionalidad adecuados en la ponderación de los diferentes intereses en juego". Hace falta recordar, en este mismo sentido, que el artículo 5 de la Directiva 2016/943 citada en el anterior apartado 6º afirma que los intereses legítimos protegidos por el ordenamiento jurídico pueden constituir una excepción al régimen jurídico de protección de los secretos industriales.

8. *"La ponderación obligada entre el derecho de acceso y los límites que pueden concurrir a denegarlo o restringirlo debe concretarse en las siguientes operaciones:*
- a) *Determinación de los intereses en juego, tanto de los protegidos por el derecho de acceso, como los protegidos por el límite. En este caso, los intereses favorables al derecho de acceso son los generales asociados a la transparencia, que no hay que acreditar ni motivar, dado su establecimiento legal con carácter objetivo, a los que hay que añadir los relativos a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores de este sector económico, ya que el sindicato reclamante motiva su solicitud en la defensa de los intereses de los trabajadores de las depuradoras y en la aplicación de las condiciones previstas en los correspondientes convenios colectivos (antecedente 16). Por el contrario, los intereses favorables al mantenimiento de la confidencialidad de los datos solicitados son los de las empresas afectadas (básicamente, sus intereses comerciales ante los competidores)*
 - b) *Test del daño o perjuicio, es decir, para denegar o limitar el acceso solicitado es necesario acreditar que producirá efectivamente un daño en los intereses protegidos por el límite que se esté aplicando. Es decir, es necesario que los licitadores que piden limitar o restringir el acceso a la información solicitada acrediten que su difusión los produciría un perjuicio y, en la medida de lo posible, determinen la intensidad del perjuicio alegado. A estos efectos, es evidente que la intensidad del perjuicio puede ser sustancialmente diferente, y así se deberá tener en cuenta la ponderación, si los intereses afectados son efectivamente secretos comerciales valiosos o simples intereses comerciales de trascendencia económica menor. Asimismo, también se puede valorar el perjuicio que causa en los intereses favorables al acceso el hecho de denegarlo.*
 - c) *Ponderación de los intereses en juego, teniendo en cuenta la eventual suma de intereses públicos y privados en el mismo sentido, la posible mayor jerarquía de algunos de ellos y la*



intensidad del daño o perjuicio que el acceso y su denegación pueden producir en los intereses afectados.

"En definitiva, de acuerdo con lo expuesto se puede calificar de confidencial toda aquella información que comporta una ventaja competitiva para la empresa cuando, al mismo tiempo, se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros y que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar su competencia en el mercado, siempre que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia" (Informe 11/2013 JCCAC)".

5. Sobre el derecho de acceso a la información solicitada

Procede a continuación aplicar las consideraciones y conclusiones generales anteriores a las circunstancias de esta Reclamación, ponderando especialmente los intereses favorables y opuestos al acceso solicitado.

La empresa reclamante pide la información solicitada en su calidad de interesada, condición que deriva del hecho de concurrir en el procedimiento selectivo. Aunque ni su solicitud de información, ni la Reclamación, argumentan especialmente la naturaleza y eventual afectación de sus intereses (en general, fundamenta su pretensión de acceso más en el principio general de transparencia, aplicado a la contratación administrativa, que en la defensa de sus intereses como concursante), hay que partir del dato que ostenta esta condición de parte interesada, lo que refuerza el derecho genérico de acceso a la información pública que ostenta cualquier persona en base al LTAIPBG.

Por otra parte, las otras tres empresas afectadas se oponen al acceso solicitado, en los términos y con las consecuencias, siguientes:

IHT manifiesta, el 17 de julio de 2017, su negativa a que 3M tenga acceso a su oferta técnica, ratificando genéricamente de esta manera la declaración de confidencialidad que acompañaba a su oferta. A la hora de ponderar si debe prevalecer su derecho a la confidencialidad o el de acceso de la reclamante, hay dos circunstancias que llevan a concluir la prevalencia del acceso:

- Por un lado, el hecho de que IHT no concreta ni argumenta los motivos de la confidencialidad y no los fundamenta en secretos industriales o comerciales, sino en meros y genéricos intereses comerciales, incumpliendo de esta manera los requisitos de los apartados 3 y 6 del FJ anterior.
- Por otra, el hecho de que, tal y como acreditan los antecedentes, en el procedimiento de solicitud de acceso IHT manifestó su conformidad con lo solicitado por 3M, y en consecuencia el acceso a su oferta, en cuanto incluida en la parte del expediente no afectada de confidencialidad, se pudo



materializar en la comparecencia del 27 de abril de 2017. Por lo tanto, no habría propiamente un perjuicio en que la misma empresa solicitante vuelva a consultar su oferta; aparte de que si consintió en el acceso en el marco del procedimiento de solicitud, se puede presumir que su interés en mantener la confidencialidad debe ser más bien débil.

En consecuencia, hay que resolver favorablemente al acceso de la reclamante a la oferta técnica presentada por IHT.

MHC argumenta, en primer lugar, los mismos motivos de inadmisibilidad de la Reclamación alegados por CST, que deben ser desestimados por los mismos argumentos del FJ 1. Por otra parte, también señala que la solicitud de acceso debería ser desestimada porque pide información que no es pública, ya que no es incluida dentro de las obligaciones de publicidad activa del artículo 13 LTAIPBG; en relación con esta objeción, hay que señalar que el derecho de acceso a la información pública, según los artículos 2.bi 18 LTAIPBG, puede tener por objeto cualquier información que esté en manos de la Administración, y no sólo las informaciones afectadas de una obligación de publicidad activa, y las ofertas presentadas por los licitadores en un procedimiento de contratación pública están efectivamente en manos de la Administración pública correspondiente. También afirma en términos muy generales, como se puede comprobar en el antecedente 11, la confidencialidad de su oferta técnica, sin argumentar sus razones concretas, ni justificar en absoluto la concurrencia de secreto comercial o industrial (incumpliendo de esta manera los requisitos analizados en los apartados 3 y 6 del FJ anterior), hasta el punto de que la confidencialidad alegada no está fundamentada en términos suficientes para hacerla prevalecer frente al derecho de acceso.

MHC también afirma que no ha sido adjudicataria de ninguno de los lotes solicitados por la reclamante y en consecuencia considera que la pretensión de obtener información de su oferta constituiría abuso de derecho y mala fe, ya que el eventual acceso sería irrelevante a los efectos de la finalidad de defender los intereses de la reclamante en el proceso contractual. Esta alegación es perfectamente oponible, hasta el punto de prevalecer, a los eventuales argumentos favorables al acceso basados en la condición de interesada de la reclamante, ya que si el acceso solicitado tiene la finalidad de defender los intereses de la reclamante en ganar el concurso, sería irrelevante a estos efectos conocer la oferta presentada por una empresa diferente a la ganadora. Ahora bien, la reclamante no sólo hace constar su condición de interesada, sino que también fundamenta sus pretensiones de acceso sobre el principio de transparencia y el derecho general de acceso a la información pública, por lo que en este caso la ponderación entre los intereses en juego se remitirá a la que se pueda hacer entre los favorables a la confidencialidad, por una parte, y los generales, comunes a cualquier persona, tenga o no la condición de interesada, a la transparencia de la contratación pública y el derecho general de acceso a la información correspondiente, por la otra. En esta ponderación si bien la reclamante no ostentaría el interés reforzado que le podría corresponder



como persona interesada, tiene a su favor el interés general en la transparencia y el derecho de acceso, establecido por la LTAIPBG, con el añadido de que los artículos 1 y 139 TRLCSP proclaman el principio de transparencia como orientador general de esta Ley y en concreto de la actuación de los órganos de contratación.

Dadas las anteriores consideraciones, y siguiendo el esquema de ponderación expuesto en el apartado 8 del FJ anterior, hay que señalar que MHC no ha acreditado ningún perjuicio concreto significativo en el acceso a su oferta por parte de 3M; es más, todo apunta a que si este acceso pudiera suponer algún perjuicio para MHC, este eventual daño ya se habría producido, ya que esta empresa consintió el acceso solicitado en el procedimiento de solicitud ante el CST , y el acceso pedido tuvo lugar efectivamente el 27 de abril de 2017. Ante esta valoración, la denegación del acceso supondría sin duda un perjuicio para la transparencia en la contratación pública y para el acceso a la información pública en general.

En consecuencia, la ponderación entre ambos intereses en juego se resolverá favorablemente al acceso de la empresa reclamante a la información de MHC solicitada.

BIMEDICA declaró inicialmente confidencial parte de la oferta y al recibir el requerimiento del CTS efectuado antes de resolver la solicitud de acceso a la información redujo aún más su ámbito. Está claro, pues, que ajusta la declaración en la parte de la oferta que considera específicamente merecedora de este calificativo.

Sin embargo, los motivos alegados para justificar la confidencialidad pretendida son muy generales, ya que si bien se invocan los derechos a la propiedad intelectual y a la competencia, no se hace ninguna referencia concreta a los motivos por los que estos derechos podrían ser perjudicados con la difusión de la información solicitada, ni tampoco se argumenta que esta eventual difusión podría perjudicar la estrategia comercial de la empresa. Se incumple, por tanto, la concreción requerida en los apartados 3 y 6 del FJ anterior y, en consecuencia, no se acredita que el acceso solicitado pueda provocar un perjuicio significativo en los intereses de la empresa afectada; sin negar que pueda resultar perjudicada por la difusión de la totalidad de su oferta, se trataría de un perjuicio genérico, poco significativo. Por el contrario, la denegación o limitación del acceso solicitado perjudica el interés público en la transparencia y en la efectividad del derecho de acceso a la información pública y, además, el interés particular de la reclamante en el proceso de licitación en el que participa.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores, hay que resolver a favor del acceso de la empresa reclamando a la totalidad de la oferta de BIMEDICA.



6. *Declaración del derecho y aplazamiento del acceso a la información declarada confidencial*

En base a las consideraciones hechas en los anteriores FJ, procede estimar el derecho de la empresa reclamante a acceder a toda la información reclamada, salvo la relativa a las muestras de los productos objeto de las ofertas contractuales.

Este derecho se debería considerar incuestionable en todo lo que afecta a las ofertas (o partes de ellas) que no han sido objeto de declaración de confidencialidad. No obstante, la declaración del derecho de acceso en relación con las ofertas no afectadas de confidencialidad en este caso no tiene efectos prácticos, ya que el acceso solicitado ya tuvo lugar en la comparecencia otorgada por el CST a 3M el 27 de abril de 2017.

En relación con las ofertas (o partes de ellas) afectadas por una declaración de confidencialidad (es decir: las de HMC, BIMEDICA y IHT, si bien a efectos prácticos sólo las dos primeras, porque 3M ya tuvo acceso a la de IHT), se debe tener en cuenta que el artículo 34.3 LTAIPBG establece que "si la resolución es estimatoria de la solicitud y ha habido oposición de terceros, el acceso a la información sólo puede hacerse efectivo una vez ha transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o, en caso de que se haya presentado este recurso, si no se ha acompañado de petición de medidas cautelares de suspensión o se ha resuelto este incidente manteniendo la ejecutividad del acto administrativo".

Aunque esta previsión está establecida legalmente sólo para las resoluciones de las solicitudes de acceso a la información pública, y no para las resoluciones de la GAIP, esta Comisión de garantía la ha aplicado voluntariamente a alguna de sus resoluciones. Asimismo, le es también aplicable a partir de la entrada en vigor del Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la GAIP, ya que su artículo 47.2 se la hace extensiva.

En atención a las anteriores consideraciones, se considera justificada la aplicación a esta Resolución de la cautela establecida por el artículo 34.3 LTAIPBG, a los efectos de demorar el acceso efectivo a la información reclamada declarada como confidencial al momento de su firmeza, y se adoptan medidas concretas para determinar el momento en que procederá, en su caso, este acceso.

7. *Seguimiento de la ejecución*

El artículo 43.5 LTAIPBG establece que "la Administración comunicará a la Comisión [GAIP] las actuaciones realizadas para ejecutar los acuerdos de mediación y para dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por la Comisión". Sobre la base de estas comunicaciones y de las efectuadas por los interesados, la GAIP debe hacer seguimiento del cumplimiento de sus resoluciones, de acuerdo con lo previsto por el apartado 30 de su Manual de reclamación, y puede adoptar las medidas previstas en caso de incumplimiento.



8. *Publicidad de las resoluciones de la GAIP*

El artículo 44 LTAIPBG prevé que las resoluciones de la GAIP se publicarán en el portal de la Comisión, previa disociación de los datos personales.

Resolución

Sobre la base de los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, el Pleno de la GAIP, en la sesión de 1 de septiembre de 2017, resuelve por unanimidad:

1. Estimar parcialmente la Reclamación 184/2017 y declarar el derecho de 3M a acceder al expediente de contratación CTS 16/04 (suministro de apósitos) y concretamente a los siguientes elementos que lo integran: en el informe de valoración técnica hecho por el CST y a la documentación que integra la totalidad de la oferta técnica presentada por parte de cada una de las empresas licitadoras a los productos núm. 4, 5, 31, 32, 54, 55, 65, 66, 67, 68, 72, 73 y 75.
2. Desestimar la Reclamación 184/2017 en lo que se refiere al acceso a las muestras de los productos ofrecidos por las licitadoras indicadas en el apartado anterior, porque ya han sido utilizadas para las comprobaciones previstas en las bases de la licitación.
3. Requerir al Consorcio Sanitario de Terrassa que dé acceso a 3M a la información estimada por el apartado 1 y que aún no le habría sido puesta a consulta, y haya sido declarada confidencial por las empresas licitadoras respectivas, dentro del plazo comprendido entre los dos meses y diez días y los dos meses y veinte días, a contar desde la fecha de recepción de esta Resolución para todas las empresas licitadoras afectadas (que son MHC, BIMEDICA y IHT), salvo la relativa a las que la hayan impugnada en vía contencioso administrativa y hayan pedido y obtenido una medida judicial cautelar de suspensión. A estos efectos, se entiende que el CST debe dar acceso a la información dentro del plazo fijado por este apartado salvo que las licitadoras correspondientes le notifiquen dentro del mismo plazo de acceso la interposición de un recurso contencioso administrativo contra esta Resolución, con solicitud de medidas cautelares de suspensión.
4. Requerir al CST que informe puntualmente la GAIP de las medidas adoptadas en cumplimiento de esta Resolución.
5. Requerir a las empresas licitadoras afectadas por esta Resolución y que han participado en el procedimiento que informen la GAIP sobre la fecha de recepción de su notificación y sobre la eventual presentación de un recurso contencioso administrativo contra ella, dentro de los cinco días siguientes a que tuvieran lugar.



6. Invitar a la reclamante a informar la GAIP de cualquier incidencia que se produzca con motivo de la ejecución de esta Resolución.
7. Declarar finalizado el procedimiento relativo a la Reclamación 184/2017, notificar esta Resolución a las partes y a las empresas afectadas que han comparecido en el procedimiento y disponer su publicación en la web de la GAIP.

Barcelona, 8 de septiembre de 2017

Consta la firma.

Elisabet Samarra i Gallego
Presidenta

Los plazos dados en esta Resolución para entregar la información deben contarse en días hábiles (descontando festivos y sábados) y empiezan a partir del día siguiente a la recepción de su notificación por la Administración reclamada.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se puede interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en un plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución, de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.