

Resolución 429/2023, de 25 de mayo

Número de expediente de la Reclamación: 255/2023

Administración reclamada: Departamento de Educación–Instituto Montsacopa, Olot

Información reclamada: Oferta presentada por la empresa adjudicataria en el expediente de contratación

Sentido de la resolución: Estimación

Resumen: El licitador reclamante ha participado en un concurso del servicio de bar de un Instituto, ha quedado en segunda posición y pretende presentar un recurso contencioso administrativo contra la desestimación de su oferta, y por este motivo reclama el acceso a la oferta del adjudicatario que ha declarado la confidencialidad del documento. La declaración de privacidad que corresponde hacer a los licitadores en el momento de la presentación de las ofertas no puede abarcar todo el contenido de la oferta, ni tener una motivación genérica, sino que se tiene que indicar con precisión los apartados concretos afectados y las razones objetivas y específicas que justifican su confidencialidad. Antes de denegar el acceso al documento se tiene que analizar la posibilidad de conceder un acceso parcial y compatibilizar, en aquello que sea posible, el derecho de defensa del reclamante y la protección del secreto empresarial. El órgano de contratación tendría que haber emprendido la pieza contradictoria de obtención del licitador y delimitación de la documentación declarada confidencial en los términos definidores que se prevé a la normativa, ponderando el derecho de acceso al expediente solicitado y la salvaguardia de la información que quedara amparada por secretos comerciales y de competencia y decidir de forma motivada sobre la posibilidad y alcance del acceso solicitado.

Se concluye que procede dar acceso a la información de la oferta que se refiere a la información que acredita la capacidad técnica, económica y financiera. Por otra parte, a pesar de que el solicitante de la información sea un competidor en un mercado reducido, de la información reclamada no se desprende que se contengan verdaderos secretos comerciales.

No acontecería susceptible de ser consultable aquella parte del documento de la oferta que se refiere a información que afecta a datos personales, así como aquella que contiene información de carácter económico-fiscal y de gestión de la empresa, que efectivamente restarían excluidas del derecho de acceso a su conocimiento.

Palabras clave: Contratos. Oferta del adjudicatario. Confidencialidad. Ponderación por el órgano de contratación. Secreto empresarial.

Ponente: Maria del Mar Pérez Velasco

Antecedentes

1. El 3 de marzo de 2023 entra en la GAIP la Reclamación 255/2023, presentada por una persona en nombre y representación de una empresa licitadora que ha quedado en segunda posición en la licitación de un contrato contra el Departamento de Educación-



Instituto Montsacopa d'Olot, en relación con la solicitud indicada al antecedente siguiente. La persona reclamante no solicita el procedimiento de mediación previsto al artículo 42 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG) y regulado por los artículos 36 a 41 del Reglamento de la GAIP, aprobado por el Decreto 111/2017, de 18 de julio (RGAIP).

2. El 16 de diciembre de 2022 la persona reclamante interpuso recurso de reposición contra el Acta de la Mesa de propuesta de adjudicación del contrato del bar cantina de l'IES Montsacopa d'Olot, se declare la nulidad de la propuesta de adjudicación de la Mesa y, entre las peticiones, solicita que “se le dé acceso a la documentación generada a las diferentes reuniones de la Mesa de Contratación, así como a la justificación de las puntuaciones obtenidas por la empresa adjudicataria. Además de los cálculos que han dado lugar los resultados aceptados como definitivos después de aplicar las fórmulas (sobre B).”
3. La Reclamación presentada el 3 de marzo de 2023 a la GAIP se solicita en el órgano de contratación poder consultar la propuesta realizada por la empresa ganadora a través de un recurso de reposición y se fundamenta en la consideración de que se ha participado en el concurso del servicio de bar del Instituto Montsacopa d'Olot y se ha quedado en segunda posición. El Instituto responde el recurso en sentido negativo al acceso. Hay plazo para presentar recurso contencioso contra la desestimación y es urgente obtener la documentación.
4. El 7 de marzo de 2023 la GAIP admite provisionalmente la Reclamación, informa a la persona reclamante sobre los aspectos más relevantes de su tramitación y de la posición jurídica que ostenta como persona interesada, de conformidad con la legislación de procedimiento administrativo y la de transparencia y acceso a la información pública. Le pide especialmente que informe a la GAIP inmediatamente de las comunicaciones que reciba de la Administración reclamada relativas a la información pública solicitada, mientras dure la Reclamación.
5. El 7 de marzo de 2023 la GAIP comunica la Reclamación al Departamento de Educación y le requiere que, dentro del plazo de quince días establecido por el artículo 33.4 y 34.1 RGAIP, le envíe un informe sobre la reclamación, así como también copia del expediente de la solicitud de información de la que deriva y, en general, de los antecedentes que puedan ser relevantes para resolver la Reclamación.
6. En fecha 27 de marzo de 2023 la Secretaría General del Departamento Educación envía en la GAIP informe donde se manifiesta que el órgano de contratación denegó el acceso a la documentación sobre la oferta técnica presentada, dado que contribuye el límite previsto

al artículo 21.1.f) de la LTAIBG desarrollado al artículo 69 del Decreto 8/2021 de 9 de febrero, que se refiere al daño a los intereses económicos o comerciales legítimos, que puede comportar el acceso a la información de manera tal que afecte a la libertad de empresa o la competencia leal entre las empresas. También, de acuerdo con el artículo 155.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al prever la potestad de los poderes adjudicadores de decidir no comunicar determinadas datos, como son las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, si pueden perjudicar los intereses comerciales legítimos de una empresa determinada, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios y la previsión del artículo 133 de la LSCP de que los órganos de contratación no pueden divulgar la información facilitada por los empresarios que hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta, fundamenta la denegación del acceso a la información reclamada, fundamentaron la consideración de que el acceso a la información solicitada afectaría a los intereses comerciales y económicos y una ventaja competitiva para la empresa reclamante y podría afectar a la competencia en el mercado y desestima el acceso. Todo eso, aunque la empresa adjudicataria no recordó, en el momento de la presentación de la oferta, la declaración de privacidad en los términos previstos en el artículo 133 LCSP, y lo manifestó con posterioridad, como alegaciones a contraponer ante la petición de acceso hecha por la empresa reclamante.

También se añade al informe una referencia a la valoración que realizó el órgano de contratación sobre las características de la información contenida a la propuesta técnica, advirtiendo que se contenían datos afectadas también por otras limitaciones al derecho de acceso como son dadas personal del personal trabajador de la empresa y del representante legal y también datos fiscales y económicos de la entidad que también darían lugar a denegar de acceso a la documentación sobre la oferta técnica presentada.

7. El 13 de abril la empresa envía a la GAIP el documento de confidencialidad que hizo llegar a la mesa de contratación y manifiesta que confirma el carácter confidencial de todo el documento solicitado, como respuesta del traslado que se le hizo como en tercera parte afectada, de acuerdo con lo que prevé el artículo 34.1 del Reglamento de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto 111/2017, de 18 de julio, para poder presentar las alegaciones o los documentos que se consideraran oportunos en defensa de sus derechos o intereses.



Fundamentos jurídicos

1. Competencia de la GAIP y contenido y alcance general del derecho de acceso a la información pública

El artículo 39.1 LTAIPBG establece que “Las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública y, si procede, las que resuelvan el recurso de reposición pueden ser objeto de reclamación gratuita y voluntaria ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, encargada de velar por el cumplimiento y las garantías del derecho de acceso a la información pública que regula este título”. El artículo 29 RGAIP desarrolla este precepto y concreta que también pueden ser objeto de reclamación delante de la GAIP las comunicaciones que sustituyan las resoluciones y el incumplimiento material del derecho de acceso, cuando este ha sido reconocido expresa o presuntamente. De acuerdo con estos preceptos, la GAIP es competente para tramitar y resolver esta Reclamación, ya que deriva de una solicitud de información pública.

El artículo 2.c LTAIPBG define el derecho de acceso a la información pública como “el derecho subjetivo que se reconoce a las personas para solicitar y obtener la información pública, en los términos y las condiciones regulados por esta ley”. Por su parte, el apartado b del mismo precepto define la información pública como “la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los otros sujetos obligados de acuerdo con lo que establece esta ley”.

Según el artículo 18.1 LTAIPBG, “Las personas tienen el derecho a acceder a la información pública, a la que se refiere el artículo 2.b, a título individual o en nombre y representación de cualquier persona jurídica legalmente constituida”. Y el artículo 20.1 de la misma ley añade que “El derecho de acceso a la información pública se garantiza a todas las personas, de acuerdo con lo que establece esta ley. El derecho de acceso a la información pública solamente puede ser denegado o restringido por las causas expresamente establecidas por las leyes”.

Asimismo, los apartados 2 y 3 del artículo 20 LTAIPBG establecen los siguientes requisitos y criterios para la aplicación de los límites legales al derecho de acceso a la información pública: “2. Las limitaciones legales al derecho de acceso a la información pública deben ser aplicadas de acuerdo con su finalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, deben interpretarse siempre restrictivamente en beneficio de este derecho y no se pueden ampliar por analogía. 3. Para aplicar límites al derecho de acceso a la información pública, la Administración no dispone de potestad discrecional y debe indicar en cada caso los motivos



que lo justifican. En la motivación hace falta explicitar el límite que se aplica y razonar debidamente las causas que fundamentan su aplicación”.

Además, los límites legales al derecho de acceso a la información pública no son de aplicación automática y absoluta (el encabezamiento del artículo 21 LTAIPBG se refiere expresamente en que los límites enumerados por este precepto “pueden” llevar a la denegación del acceso solicitado), de manera que el artículo 22 de la misma Ley requiere que sean aplicados de acuerdo con criterios de proporcionalidad y temporalidad: “Los límites aplicados al derecho de acceso a la información pública deben ser proporcionales al objeto y la finalidad de protección. La aplicación de dichos límites debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso a la información. 2. Los límites del derecho de acceso a la información pública son temporales si así lo establece la ley que los regula, y se mantienen mientras perduran las razones que justifican la aplicación”.

2. Sobre el derecho de acceso a la información solicitada

La información reclamada en este asunto es la oferta presentada por la empresa adjudicataria de la contratación del servicio de bar del Instituto Montsacopa d'Olot. La reclamación se fundamenta en la consideración de que el licitador reclamante ha participado en un concurso del servicio de bar de aquel Instituto, ha quedado en segunda posición y pretende presentar un recurso de contencioso administrativo contra la desestimación de su oferta.

La empresa adjudicataria y el órgano de contratación se oponen al acceso de la documentación reclamada, al considerar que la información solicitada es confidencial, porque contiene datos de contenido técnico organizativo, de saber hacer, estrategia y métodos, y su divulgación causaría perjuicios económicos para la entidad que ha resultado adjudicataria (antecedentes 7 y 8).

El artículo 21.1.c LTAIPBG establece que el derecho de acceso a la información pública puede ser limitado si el acceso solicitado constituye un perjuicio para “El secreto o la confidencialidad en los procedimientos tramitados por la Administración pública, si el secreto o la confidencialidad están establecidos por una norma con rango de ley”. Para que opere este límite al derecho de acceso a la información pública es necesario que una norma con rango de ley establezca el secreto o la confidencialidad de una determinada información.

La norma de referencia en este caso es el artículo 133 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) cuando prevé que: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los



candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos suscritos, como puede consistir las partes esenciales de la oferta, así como lo que se refiere a la protección de datos de carácter personal. Por lo tanto, la confidencialidad alegada por la adjudicataria y la Administración, con respecto al documento (oferta del adjudicatario), puede ser objeto de la declaración de privacidad regulada por el artículo 133 LCSP que, si se considera procedente, operaría como el límite al derecho de acceso a la información pública del artículo 21.1.c LTAIPBG.

La doctrina elaborada para las juntas consultivas de contratación y los tribunales administrativos de recursos contractuales, y de la cual se ha hecho eco la propia GAIP, coincide al considerar en que la declaración de privacidad que corresponde hacer a los licitadores en el momento de la presentación de las ofertas no puede abarcar todo el contenido de la oferta, ni tener una motivación genérica, sino que se tiene que indicar con precisión los concretos documentos afectados y las razones objetivas y específicas que justifican su confidencialidad. Además, esta declaración no vincula al órgano de contratación que es lo que tiene que decidir, de forma motivada, si la información en cuestión merece o no proteger y mantener como confidencial, en función del análisis de su contenido.

En este sentido, el propio artículo 52 de la LCSP prevé una audiencia para el acceso al expediente, si el interesado lo quiere examinar de manera previa a la interposición del recurso especial y en este caso, es el órgano de contratación quien tiene que facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes en la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paraliza en ningún caso el plazo para interponer el recurso especial. La finalidad del trámite de acceso al expediente de contratación de acuerdo con el arte. 52 LCSP da lugar a que se analice, caso por caso, la documentación declarada confidencial por el licitador y se confirme por el órgano de contratación, con el fin de comprobar si se ha observado un equilibrio en la fijación de la documentación considerada como confidencial por los licitadores afectados en relación con el derecho de acceso.

Dado que el reclamante ha ejercido el derecho de acceso a la información para entender que se estrictamente necesario para ejercer el derecho de defensa y solicita la información declarada confidencial, que por otra parte se desconoce si a su vez el propio reclamante



también ha declarado confidencial su oferta, el órgano de contratación tendría que haber ponderado, buscando el equilibrio entre el secreto empresarial alegado y sin que ninguno de los licitadores se vea perjudicado más del necesario.

Para determinar si el conocimiento por terceros puede afectar negativamente al secreto empresarial, hay que tener en cuenta la declaración de privacidad; en segundo lugar, de acuerdo con los criterios de las resoluciones de los tribunales administrativos y órganos consultivos de contratación, la información protegida genuinamente confidencial son los secretos técnicos o comerciales, (por ejemplo, propuestas de ejecución que contengan políticas empresariales que constituyan la estrategia original de la empresa y que no tiene que ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación en los estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias, etc.); y, en último término, se considera, como se ha dicho, que no son admisibles las declaraciones de privacidad de carácter global, que abarquen la totalidad de la oferta de manera indiscriminada, ya que se consideraría una declaración que resultaría abusiva.

De acuerdo con eso, el órgano de contratación tendría que haber emprendido la pieza contradictoria de obtención del licitador y delimitación de la documentación declarada confidencial en los términos definidores que se prevé a la normativa, ponderando el derecho de acceso al expediente solicitado y la salvaguardia de la información que quedara amparada por secretos comerciales y de competencia y decidir de forma motivada sobre la posibilidad y alcance del acceso solicitado. Antes de denegar el acceso al documento se tiene que analizar la posibilidad de conceder un acceso parcial y compatibilizar, en aquello que sea posible, el derecho de defensa del reclamante y la protección del secreto empresarial.

Según se desprende de los antecedentes, no se solicitó esta información en el órgano de contratación hasta que no se interpuso el recurso de reposición y no en el momento de la presentación de la oferta tal como se prevé en el artículo 133 LCSP. Pero eso no habría impedido que, en el momento de formular la petición de acceso a la oferta, el órgano de contratación hubiera analizado y determinado el alcance de la declaración de privacidad alegada, y con la debida motivación hubiera decidido el alcance de la confidencialidad.

Del examen realizado y teniendo en cuenta que el tipo de actividad objeto de licitación, el servicio del bar del instituto, no tiene que comportar una complejidad relevante, habría permitido un análisis de los elementos de confidencialidad que merecen esta protección (listas de clientes, información sobre proveedores, planes comerciales, etc.). A fin de que la declaración de privacidad opere como límite del acceso a la información tiene que disponer de



la correspondiente valoración realizada por el órgano de contratación que tendrá que ponderar su invocación resolver con la debida motivación su procedencia.

Por lo tanto, la falta de ponderación, del órgano de contratación ante la invocación de la confidencialidad, en el sentido de que no se ha examinado de forma adecuada el contenido de la documentación a los efectos de concretar aquellos aspectos que merecen esta calificación e impiden su acceso, da lugar a que prevalezca la referencia genérica, tal como se menciona en los informes, y eso hace que se impida conocer su verdadero alcance y opera como un límite excesivo al derecho de acceso a la información reclamada.

Dado que no se ha acreditado por parte del órgano de contratación la ponderación de la confidencialidad pretendida que se afirma que se genérica para todo el documento y al hecho de que la confidencialidad tiene que ser justificada por quien la invoca, por lo tanto, resto falta de la debida motivación.

Con carácter general, la información no cubierta por el límite de la confidencialidad se menciona en el artículo 133.1 apartado tercero de la LCSP, y enumera qué partes no son confidenciales en los contratos. Con carácter general habría que dar acceso a los datos acreditativos de la capacidad y solvencia y por lo tanto, habría que concluir que pega dar acceso a la información de la oferta que se refiere a la información que acredita la capacidad técnica, económica y financiera. Por otra parte, a pesar de que el solicitante de la información se un competidor en un mercado reducido, de la información reclamada no se desprende de que se contengan verdaderos secretos comerciales.

Por último, se tiene que hacer mención que no se volvería susceptible de ser consultable aquella parte del documento de la oferta que se refiere a información que afecta a datos personales, así como aquella que contiene información de carácter económico-fiscal y de gestión de la empresa, que efectivamente restarían excluidas del derecho de acceso a su conocimiento.

De acuerdo con eso, el órgano de contratación tendría que ponderar, una vez examinado de forma efectiva el contenido del documento, y hacer accesible la parte del documento para no quedar justificada la concurrencia de la confidencialidad genéricamente invocada.

3. Seguimiento de la ejecución

El artículo 43.5 LTAIPBG establece que “La Administración debe comunicar a la Comisión 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 las personas interesadas, la GAIP tiene que hacer seguimiento del



cumplimiento de sus resoluciones, de acuerdo con lo que prevén los artículos 48 y 49 RGAIP y el apartado 30 de su Manual de reclamación, y puede adoptar las medidas que se prevén en caso de incumplimiento.

El artículo 43 LTAIPBG establece que si la Administración incumple el plazo establecido por los acuerdos de mediación o por las resoluciones de la GAIP para entregar la información reclamada, las personas interesadas lo pueden comunicar a la Comisión para que esta requiera el cumplimiento; la desatención de este requerimiento, vista la remisión expresa hecha a este precepto por el artículo 77.2.b LTAIPBG, tiene que ser calificada de infracción muy grave con relación al derecho de acceso a la información pública (que puede ser sancionada de conformidad con los artículos 81 y 82 LTAIPBG). El artículo 49.2 RGAIP prevé que, a los efectos anteriores, la Comisión puede poner estos hechos en conocimiento de los órganos competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador correspondiente a qué hace referencia el artículo 86 LTAIPBG.

Asimismo, el artículo 25.2.k RGAIP prevé la publicación en la web de la Comisión de los casos que sus requerimientos han sido desatendidos por los sujetos obligados.

4. *Publicidad de las resoluciones de la GAIP*

El artículo 44 LTAIPBG prevé que las resoluciones de la GAIP se tienen que publicar en el portal de la Comisión previsto al artículo 25 RGAIP, con la disociación previa de los datos personales.

Resolución

Sobre la base de los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, el Pleno de la GAIP, en la sesión de 25 de mayo 2023, resuelve por unanimidad:

1. Estimar la Reclamación 255/2023 y declarar el derecho de la persona reclamante a que el órgano de contratación del Instituto de Montsacopa d'Olot, dé acceso a la parte de la oferta presentada que no se puede considerar confidencial por no contener verdaderos secretos comerciales, con exclusión de los datos de carácter personal ni la información de carácter económico-fiscal y de gestión de la empresa.
2. Requerir al Instituto de Montsacopa d'Olot que, en el plazo máximo de quince días hábiles desde la notificación de esta resolución, entregue a la persona reclamante la información en los términos indicados en el párrafo 1.
3. Requerir al Instituto de Montsacopa d'Olot que, en el plazo indicado, informe la GAIP de las actuaciones llevadas a cabo para la ejecución material de esta resolución.



4. Invitar a la persona reclamante a comunicar a la GAIP cualquier incidencia que surja en la ejecución de esta resolución y que pueda perjudicar sus derechos e intereses.
5. Declarar finalizado el procedimiento relativo a la Reclamación 255/2023 y disponer la publicación de esta resolución en la web de la GAIP.

Iolanda Pineda i Balló

Presidenta

Los plazos establecidos en esta Resolución para entregar la información se tienen que contar en días hábiles (descontando festivos y sábados) y si no se especifica otra cosa empiezan a partir del día siguiente de la recepción de su notificación para la Administración reclamada.

La Administración obligada puede solicitar a la GAIP la ampliación del plazo otorgado para hacer efectivo la entrega de la información. Esta solicitud sólo puede ser admitida a consideración si es notificada a la GAIP antes de que termine el plazo fijado a la Resolución, y se tiene que fundamentar en circunstancias que no hayan podido ser tenidas en cuenta por la Comisión antes de dictar su Resolución. La GAIP únicamente otorgará la ampliación solicitada, después de informar a la persona reclamante, si la Administración obligada ha justificado de forma precisa y consistente su necesidad.

Si la Administración obligada no entrega la información dentro del plazo establecido por esta Resolución, a la persona reclamante puede ponerlo en conocimiento de la GAIP, preferentemente por correo electrónico dirigido a gaip@gencat.cat, a fin de que la Comisión requiera el cumplimiento. Mientras no se cumpla plenamente la Resolución, la Comisión difundirá a su web www.gaip.cat el incumplimiento de la Administración obligada, de acuerdo con el artículo 25.2.k RGAIP.

Si la Administración desatiende el requerimiento de ejecución que le dirija la GAIP, la Comisión pondrá los hechos en conocimiento del órgano competente, de acuerdo con aquello previsto por el artículo 86 LTAIPBG, y le solicitará la incoación de un procedimiento sancionador por infracción muy grave con relación al derecho de acceso a la información pública, al amparo del artículo 77.2.b LTAIPBG.

Todo eso sin perjuicio que la persona reclamante pueda, considerando que esta Resolución es un acto administrativo declarativo de derechos que vincula la Administración, requerir su ejecución ante los Tribunales, al amparo del artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. Esta acción se puede interponer después de que hayan transcurrido tres meses desde que la persona afectada ha reclamado formal y directamente a la Administración el cumplimiento de esta Resolución.

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 del día siguiente de la notificación de la resolución, de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa.