

Resolució 21/2017, d'1 de febrer

Número d'expedient de la reclamació: 176/2016.

Administració reclamada: Servei Català de la Salut.

Informació reclamada: Accés per un licitador a determinats documents integrants de l'expedient de contractació (l'informe tècnic de valoració i documentació presentada per tres altres licitadors relativa a llurs ofertes tècniques) abans de la seva adjudicació.

Sentit de la resolució: estimació parcial.

Resum: Els licitadors tenen dret a accedir a l'expedient de contractació abans que es produeixi l'adjudicació del contracte. Les empreses que participen en una licitació poden exigir que algunes de les dades que aporten no siguin facilitades a la ciutadania i als competidors, o que ho siguin només amb determinades garanties. La declaració de confidencialitat dels licitadors no vincula l'òrgan de contractació, que és qui ha d'acabar decidint, de forma motivada, si la informació en qüestió mereix o no ser protegida i ser mantinguda confidencial, en funció del seu contingut. La declaració de confidencialitat que puguin fer els licitadors no pot abastar la totalitat de la documentació presentada ni tenir una motivació genèrica, sinó que ha d'indicar amb precisió els concrets documents afectats i les raons objectives i específiques que justifiquen la seva confidencialitat. La necessitat de ponderació i de respecte del principi de proporcionalitat comporta que els licitadors hagin de poder accedir a documentació presentada pels altres, per tal que puguin comprovar la correcció i la legalitat de l'adjudicació i poder fonamentar degudament el seu recurs. L'entrada en vigor de la nova legislació de transparència ha reforçat el dret d'accés dels licitadors a l'expedient de contractació, en general, i a la documentació presentada per la resta de licitadors, en particular. La vigent directiva de contractes de la Unió Europea (Directiva 2014/24/UE) obliga expressament a tenir en compte la normativa nacional sobre el dret d'accés de la ciutadania quan regula la confidencialitat de les dades aportades pels licitadors i candidats. La major part de la informació que té per objecte aquesta reclamació no pot ser considerada un secret empresarial que s'hagi de mantenir confidencial.

Paraules clau: Generalitat. Contractes. Interessats. Procediment de contractació. Confidencialitat. Secret empresarial. Accés presencial.

Ponent: Oriol Mir Puigpelat.

Antecedents

1. El 19 d'agost de 2016 té entrada a la GAIP la Reclamació 176/2016, presentada per un dels licitadors (l'empresa Esteve Teijin Healthcare, SL) del procediment de contractació núm. TRD/15 convocat pel Servei Català de la Salut (CatSalut) per a la contractació de la gestió dels serveis de Teràpies Respiratòries a Domicili en l'àmbit de tot Catalunya. La reclamació té per objecte accedir a determinats documents integrants de l'expedient de contractació abans de la seva adjudicació, i té el seu origen en les sol·licituds d'accés que s'indiquen a l'antecedent següent.



2. El 13 de juliol de 2016, dos dies després que hagués tingut lloc l'acte d'obertura del sobre núm. 3 de l'esmentat procediment de contractació, l'empresa reclamant presenta tres escrits davant la Mesa de contractació en què sol·licita accés a determinats documents de l'expedient de contractació:
- Mitjançant l'escrit amb núm. de registre 0340E/49982/2016 sol·licita l'accés a l'informe tècnic de valoració elaborat pel CatSalut, als efectes de conèixer en detall les puntuacions atorgades (i llegides durant l'acte d'obertura del sobre núm. 3 abans esmentat) a les diferents ofertes presentades en els lots 8, 9, 10, 11, 14, 17 i pediàtric de l'esmentat expedient de contractació, així com la motivació que ha donat lloc al desglossament de les puntuacions en relació amb els criteris de valoració dependents d'un judici de valor expressats en el plec.
 - Mitjançant un segon escrit sol·licita l'accés a determinada documentació presentada per un altre licitador, l'empresa Linde Medicinal, SL, concretament la referida al sobre núm. 2 ("Documentació relacionada amb els criteris d'adjudicació dependents d'un judici de valor") en relació amb la seva proposta per als lots 8, 9, 10, 11, 14 i 17.
 - Mitjançant l'escrit amb núm. de registre 0340E/49981/2016 sol·licita l'accés a la mateixa documentació que en l'escrit anterior, però referida a dos altres licitadors, les empreses Vivisol Ibérica, SLU i Oximesa, SL, i a les propostes que una i altra han presentat, respectivament, en relació amb els lots 8, 11, 17 i pediàtric, i 10 i 11.

Fonamenta les tres sol·licituds en la seva condició d'interessada en el procediment de contractació i el dret d'accés a l'expedient que reconeix als interessats l'article 35.a de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC); en el dret a presentar al·legacions reconegut als licitadors per l'article 87.1 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques; en el fet que, després de l'apertura de les ofertes duta a terme el dia 11 de juliol, aquestes han deixat de ser secretes; en els principis de publicitat i transparència que regeixen la contractació pública (articles 1 i 139 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic –TRLCSP–); i en l'Informe 4/2005, de 29 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Canàries.

3. El 18 de juliol de 2016, la secretària de la Mesa de Contractació respon a les sol·licituds anteriors mitjançant un escrit en què denega l'accés demanat en considerar que "encara no s'ha produït l'adjudicació, que seria el moment en què neix el veritable interès, per la qual cosa i en virtut del que preveu la normativa contractual i del principi d'eficiència, queda fonamentada la decisió de no donar vista de l'expedient". L'escrit fonamenta la denegació en el fet que el TRLCSP, aplicable preferentment, no preveu aquest accés (considerant-se suficient amb el compliment del previst a l'article 151 TRLCSP), i considera que "a l'informe número 46/09 de la Junta Consultiva de

contractació de l'Estat queda patent que és en el moment de l'adjudicació quan els licitadors tenen dret d'accés als motius de refús de les seves ofertes”.

4. En resposta a aquest escrit, el 2 d'agost de 2016 l'empresa reclamant adreça un escrit al director del CatSalut on reitera la seva petició d'accés als documents esmentats i amplia la seva fonamentació. Considera que l'article 151 TRLCSP no regula el dret d'accés a l'expedient i que, en absència de norma reguladora, s'ha d'aplicar supletòriament l'article 35.a LRJPAC (en virtut de la disposició final tercera TRLCSP), que reconeix el dret d'accés dels interessats a l'expedient en qualsevol moment, i no només un cop s'ha fet l'adjudicació. Sosté que cap precepte del TRLCSP impedeix aquest accés (no ho farien, en particular, els articles 140, 145.2 ni el 153, perquè quan es demana l'accés ja hauria tingut lloc “la licitació pública i obertura de les proposicions”), afirma que l'informe tècnic de valoració sol·licitat és “informació pública generada per la Mesa de Contractació, i no subjecta a cap deure de confidencialitat”, i, en relació amb la documentació presentada pels altres licitadors, cita l'Informe 11/2013, de 26 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre la seva confidencialitat i la necessitat que sigui valorada per l'òrgan de contractació en funció de si “veritablement comport[a] un avantatge competitiu desconegut pels altres [i] que tinguin un valor estratègic per a la companyia”. Esmenta també la interpretació restrictiva dels límits a l'accés a informació pública que imposa la nova Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG), els límits de la qual no considera aplicables a la seva sol·licitud d'accés, i afirma que el lliurament de la informació demanada no compromet l'eficàcia de l'actuació administrativa, ja que es tracta de documents molt concrets que estan incorporats a l'expedient en format electrònic, la còpia dels quals “es pot fer en pocs minuts”.
5. El 12 d'agost de 2016, l'empresa reclamant rep resposta a l'anterior escrit, signada novament per la secretària de la Mesa de contractació, on de forma breu es reitera la denegació d'accés i s'afirma que “l'accés a tota la documentació que consta en aquest expedient es donarà en el moment temporal previst al TRLCSP, que és el de l'adjudicació, sempre respectant aquelles dades que tinguin caràcter confidencial”. S'informa també que “aquest procediment encara està en termini de valoracions a l'espera de l'avaluació de les possibles baixes temeràries”.
6. El 19 d'agost de 2016 té entrada a la GAIP, com s'ha vist, la reclamació presentada per l'empresa reclamant contra aquesta denegació d'accés. A la reclamació es reiteren els arguments adduïts en els escrits anteriors i s'afegeix la cita de l'article 26 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (que reconeix el dret dels interessats d'accés a l'expedient en procediments en tramitació), de doctrina de la GAIP (Dictàmens 1/2015 i 1/2016 i Resolucions de les Reclamacions 17/2015 i 70/2016) i de doctrina dels tribunals administratius de recursos contractuals i del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre la confidencialitat de la documentació presentada per altres licitadors (Resolucions 62/2012, 365/2014 i 46/2015 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, Resolucions 85/2015,



99/2015, 120/2015 i 124/2015 del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de febrer de 2008, Ass. C-450/06, Varec – ECLI:EU:C:2008:91–).

A la reclamació també s'especifica amb més detall quina és la finalitat de la sol·licitud d'accés:

“En el cas que ens ocupa, el procediment encara està obert tal i com diu la Secretària de la Mesa de Contractació en el seu darrer escrit. En la fase en què ens trobem, Esteve Teijin Healthcare, SL encara té opcions per promoure i defensar els seus drets i interessos vinculats al procediment, i d'altra banda té interès en començar a analitzar la informació pública demanada per tal de poder començar a preparar la seva defensa davant una hipotètica resolució d'adjudicació que li sigui desfavorable”. [...]

“El que Esteve Teijin Healthcare, SL demana és accedir a informació pública que li hauria de permetre conèixer amb detall els motius en els quals es fonamenten les decisions adoptades fins ara pel que fa a la qualificació dels criteris susceptibles de judici de valor. Cal tenir en compte, d'altra banda, que aquesta qualificació, d'acord amb el Plec de Clàusules Administratives Particulars que regeix el procediment, fa referència a una gran quantitat de criteris dependents d'un judici de valor [...]. Fins ara, Esteve Teijin Healthcare, SL només va poder anotar, en l'acte públic celebrat l'11 de juliol, les puntuacions donades a cada licitador en els blocs 1, 2 i 3 que van ser llegides; però no ha pogut accedir al detall de les puntuacions de cada subapartat ni als motius pels quals s'han atorgat les puntuacions corresponents”.

Segons l'apartat M del Quadre de característiques del contracte aportat per l'empresa reclamant, els criteris de valoració susceptibles de judici de valor sumen un màxim de 49 punts sobre un total de 100 (els 51 restants es corresponen a criteris avaluable automàticament, dels quals es poden arribar a rebre 41 per l'oferta econòmica –preu– presentada), i s'estructuren en tres grans blocs i un gran nombre de subapartats amb puntuacions específiques: Recursos humans, organització del treball i equipaments (plantilla que es dedicarà al servei, equip directiu i organigrama, organització del treball i funcions, equipaments –maquinaria, accessoris, etc.– que s'ofereixen, etc.), Documentació dels procediments (de resposta a les queixes dels usuaris, de control intern de qualitat, de manteniment i reparació dels equips, etc.) i Millores en la prestació dels serveis i qualitat de l'atenció (pla de renovació dels equips, etc.).

L'empresa reclamant manifesta que no desitja el procediment de mediació previst per l'article 42 LTAIPBG.

7. El Ple de la GAIP admet a tràmit la reclamació el 24 d'agost de 2016 i així ho comunica a l'empresa reclamant el 26 d'agost. El 29 d'agost de 2016, la GAIP comunica la presentació de la reclamació al CatSalut i li demana l'expedient, així com un informe jurídic sobre la reclamació presentada.

8. El 29 de setembre de 2016, el CatSalut comunica a la GAIP que l'empresa reclamant ha tingut accés a la informació demanada el 28 de setembre de 2016.
9. El 6 d'octubre de 2016, la GAIP tramet l'esmentat escrit a l'empresa reclamant i li demana que manifesti si s'ha donat satisfacció a la seva reclamació. El 12 d'octubre, l'empresa reclamant presenta al·legacions on fonamenta les raons per les quals considera que l'accés practicat no dóna satisfacció a la reclamació presentada i on sol·licita la continuació del procediment. Adjunta a aquest escrit una resolució de 15 de setembre de 2015 del director del CatSalut on s'estima parcialment la seva sol·licitud i on es dóna accés als diversos informes tècnics de valoració elaborats pel CatSalut per als diferents lots (el primer dels documents sol·licitats, com s'ha vist a l'antecedent 2), però no a la documentació de les altres empreses licitadores que aquestes han declarat expressament com a confidencial, entre la que es trobaria part de la demanada a la sol·licitud.

Formula al respecte, entre d'altres, les al·legacions següents:

“Davant la nostra petició d'accés a les ofertes de tres empreses licitadores, el CatSalut es va adreçar a aquestes per demanar-les el seu posicionament respecte de la confidencialitat. Fins aquí res a dir. Ara bé, resulta que el CatSalut, en aquesta resolució, ens nega l'accés, dient que ho fa 'apriorísticament', a la documentació que les empreses han designat com a confidencial, sense més, sense fer el CatSalut cap exercici de valoració d'aquestes designacions. [...]

Per tant, simple acceptació, sense més justificació, de la informació assenyalada com a confidencial pels licitadors no és suficient, i el CatSalut no ens hauria de negar l'accés a aquesta informació “apriorísticament” sense més explicació. De fet, el que procediria en tot cas és que el CatSalut examinés les al·legacions dels competidors, i es formi el seu propi criteri sobre la qüestió d'acord amb el que ha quedat exposat respecte de la necessitat de trobar un equilibri raonable entre els diferents principis que han de ser considerats.

Al respecte, nosaltres creiem que almenys hauríem de tenir accés a la següent documentació:

- 2.1. *Documentació acreditativa del compliment de les condicions establertes en l'Annex 1A del Plec* [es tracta de la documentació que acredita el compliment dels requeriments mínims en la prestació del servei contractat –requeriments mínims dels equips de teràpia respiratòria, el temps mínim de resposta, la durada mínima diària de tractament dels pacients, etc.– exigits en aquest annex, i que s'ha de presentar també dins el sobre núm. 2]: Esteve Teijin Healthcare, SL considera que no se li hauria de negar accés a aquesta documentació, donat que el mateix plec estableix que el contingut de la mateixa ha de ser coincident amb els requisits del plec. Donat que aquests requisits són públics i coneguts per tothom, la documentació que els licitadors hagin aportat per acreditar el compliment d'aquestes condicions no pot en cap cas contenir secrets empresarials o altres coneixements privats de les empreses la revelació dels quals podria causar danys.

D'altra banda, i aquí entren en joc el principi de proporcionalitat abans esmentat, la necessitat de garantir els drets de defensa d'altres licitadors, i el principi de transparència; resulta que la presentació d'informació i/o documentació que no sigui del tot coincident amb els requeriments del plec és motiu d'exclusió. Per tal d'exercir el nostre dret de defensa, i poder verificar per nosaltres mateixos si els licitadors competidors han complert o no de forma efectiva amb aquest requeriment, Esteve Teijin Healthcare, SL necessita accedir a aquesta documentació. No existeix altra forma de poder exercir aquest dret de defensa; i alhora, com hem dit, els licitadors no poden en cap cas al·legar que donar vista d'aquesta documentació els hi pot causar perjudicis.

2.2. *Documentació relativa a Recursos humans, organització del treball i equipament (Plantilla de personal a dedicar a cada una de les activitats objecte del contracte, i Oferta de pneumòlegs, diplomats en Fisioteràpia i diplomats en Infermeria)* [com s'ha vist a l'antecedent 6, aquesta documentació és la relativa al bloc 1 dels criteris de valoració susceptibles de judici de valor]: Entenem que les dades personals de les persones que cada licitador hagi proposat per prestar el servei són confidencials i no demanem tenir-hi accés.

Ara bé, el Plec obliga als licitadors a comptar amb personal qualificat en la quantitat oferta per cada lot. Per tal de poder comprovar que els licitadors compleixen amb tots els requisits, i alhora buscant un equilibri amb el principi de privacitat de les dades, Esteve Teijin Healthcare, SL hauria de poder rebre almenys una còpia de tots els títols acreditatius de la capacitació professional del personal ofert per prestar el servei, tal i com han estat presentats (compulsats), però degudament anonimitzats amb els noms degudament tapats.

Aquesta petició no té perquè ser denegada en base a un argument de confidencialitat. Un cop hem tingut accés als informes tècnics d'avaluació, ja coneixem la quantitat de professionals oferts per cada empresa a cada lot. L'únic que demanem és poder exercir el nostre dret de defensa per tal de comprovar que el nombre de professionals oferts és vàlid per a tots els lots segons els requisits dels plecs, i un cop les dades hagin estat anonimitzades conforme als requisits de protecció de dades personals.

2.3. *Detall dels diferents fabricants d'equips, material fungible i accessoris que s'ofereixen* [com s'ha vist a l'antecedent 6, aquesta documentació es correspon amb el darrer dels subapartats del bloc 1 dels criteris de valoració susceptibles de judici de valor]: Entenem que siguin confidencials els detalls de la política de selecció de proveïdors, la política i la metodologia per a la selecció d'equips i consumibles, la política de compra de l'empresa, i els contractes de subministrament de les empreses.

Ara bé, creiem que no poden ser confidencials el model de l'equip i consumibles oferts pels licitadors.

En efecte, tots els equips d'electro-medicina comercialitzats a Espanya estan d'una forma o altre registrats a l'Agència Espanyola de Medicaments i Productes Sanitaris. Per tant, es tracta d'informació pública i no està subjecta a cap secret industrial.

Els requisits dels equips per a l'oferta es descriuen en els annexos 1 i 1A. Tots dos són obligatoris per a totes les empreses. És per això que no poden ser un secret per a ningú.

D'altra banda, totes les empreses proveïdores d'equips i fungibles amb autorització de comercialització a Europa visiten a tots els proveïdors per intentar vendre els seus productes. Per tant, no hi ha secrets industrials en la varietat d'empreses i productes que són comercialitzables dins la UE.

Cap empresa del sector de teràpies respiratòries a domicili pot afirmar que hi ha secrets industrials per conèixer una empresa o producte, comercialitzat a Europa, que no pugui saber la resta de licitadors. És un argument poc creïble i possible, donada la forta competència que tenen els fabricants d'empreses d'equips i fungibles i les poques empreses subministradores d'aquest servei a Europa.

2.4. *Documentació sobre els procediments* [com s'ha vist a l'antecedent 6, aquesta documentació és la relativa al bloc 2 dels criteris de valoració susceptibles de judici de valor]: Se'ns nega accés al 'Circuit de recepció i resposta als suggeriments, queixes i reclamacions dels usuaris' la qual cosa és incomprendible. Aquest és un protocol que en el moment de l'adjudicació serà de domini públic i que caldrà donar a conèixer als pacients per tal que el puguin utilitzar. En aquestes circumstàncies, no es pot dir que pugui ser un secret comercial".

10. En no haver obtingut encara l'informe jurídic de l'Administració reclamada, necessari per resoldre la reclamació, el 13 d'octubre de 2016 el Ple de la GAIP acorda l'ampliació en quinze dies del termini per dictar resolució, a l'empara de l'article 42 (apartats 7 i 9) LTAIPBG.
11. El 17 d'octubre de 2016, la GAIP reitera al CatSalut la petició de l'informe jurídic i precisa que aquest haurà de pronunciar-se també sobre les al·legacions presentades per l'empresa reclamant el 12 d'octubre i sobre les que puguin presentar les altres empreses licitadores, després que se'ls doni trasllat, en virtut de l'article 42.3 LTAIPBG, de la reclamació i d'aquestes darreres al·legacions de l'empresa reclamant.
12. El 24 d'octubre de 2016, el CatSalut tramet a la GAIP l'informe jurídic sol·licitat i la Resolució de 15 de setembre de 2015 del director del CatSalut esmentada a l'antecedent 9. L'informe es limita a resumir la tramitació efectuada pel CatSalut de les sol·licituds d'accés i a reproduir l'assenyalat a l'esmentada resolució de 15 de setembre, sense entrar a valorar les al·legacions efectuades per l'empresa reclamant el 12 d'octubre.



13. Atès que de l'informe es desprèn que el CatSalut no ha practicat el trasllat a les terceres empreses afectades en els termes requerits per la GAIP, i que aquest trasllat es considera important per resoldre la resolució, tenint en compte que l'objecte principal de la reclamació és accedir a documents d'aquestes altres empreses licitadores que han qualificat expressament com a confidencials, la GAIP requereix al CatSalut que practiqui el tràmit de trasllat adequadament. El 8 de novembre de 2016 la GAIP comunica aquest fet a l'empresa reclamant, així com que el procediment resta suspès mentre no finalitzi el tràmit de trasllat a aquests tercers interessats, en virtut de l'article 42.5.a LRJPAC, aplicable per raons temporals a aquest procediment.
14. Diversos problemes en la pràctica del tràmit de trasllat a tercers per part del CatSalut fan que la GAIP no rebi el darrer dels escrits d'al·legacions de la resta d'empreses licitadores fins el 7 de desembre de 2016. Presenten al·legacions les tres empreses autores de la documentació a la qual vol accedir l'empresa reclamant.
 - Linde Medicinal, SL, a les al·legacions presentades els dies 21 de novembre i 2 de desembre de 2016, s'oposa a l'accés per part de l'empresa reclamant a tota la documentació que ha declarat expressament com a confidencial, entre la qual s'inclou la precisada per la reclamant en les seves al·legacions del 12 d'octubre. Linde considera que aquesta darrera documentació és confidencial en tenir "valor estratègic i [contenir] solucions organitzatives i de planificació que pertanyen i han estat desenvolupades dins polítiques empresarials individuals/pròpies, constituint un valor de la nostra companyia que ha de ser preservat". Considera també que l'accés dels altres licitadors als documents no confidencials que integren la seva oferta tècnica i econòmica només pot comportar la possibilitat de prendre notes, i no ja la d'obtenció de còpies, i que l'accés a aquesta oferta tècnica i econòmica només pot tenir lloc quan l'òrgan de contractació hagi dictat la resolució d'adjudicació del contracte. Fonamenta les seves al·legacions en l'article 21.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, els articles 140, 151 i 153.1 TRLCSP i la doctrina del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya fixada en les mateixes resolucions i informes citats per l'empresa reclamant (als quals afegeix l'Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó).
 - Vivisol Ibérica, SLU, a les al·legacions presentades el 17 de novembre de 2016, s'oposa a l'accés per part de l'empresa reclamant a pràcticament tota la documentació presentada per aquella dins el sobre núm. 2, en considerar-la confidencial. Només admet l'accés a una part de la documentació relativa al compliment dels requeriments mínims en la prestació del servei contractat esmentada en l'apartat 2.1 de les al·legacions de l'empresa reclamant de 12 d'octubre i a determinada informació molt puntual dels blocs 2 i 3 dels criteris de valoració susceptibles de judici de valor (l'índex de la documentació aportada sobre el bloc 2 i la



documentació relativa als estudis de satisfacció, així com els enunciats dels programes que es proposen com a millores dins el bloc 3) no inclosa dins la documentació precisada a les esmentades al·legacions.

En particular, justifica la confidencialitat de la pràctica totalitat de la informació inclosa dins el sobre núm. 2 en els termes següents: pel que fa a la part de la documentació relativa al compliment dels requeriments mínims en la prestació del servei contractat que no considera accessible per l'empresa reclamant, "la necessària confidencialitat [...] es fonamenta en el gran valor estratègic de la informació que s'hi conté [...] sobre proveïdors, subministradors i col·laboradors de Vivisol amb els quals es mantenen acords i contractes de diversa consideració; pel que fa a la informació sobre la plantilla, afirma que "un dels majors actius empresarials [de Vivisol] és el seu personal i les característiques del mateix", de manera que "resulta evident que divulgar la informació detallada dels seus treballadors (incloent el seu currículum i la seva formació) afecta frontalment la seva estratègia comercial i el nucli del seu negoci, havent-se de considerar un secret empresarial", a banda de suposar una vulneració de la normativa de protecció de dades personals; pel que fa a la informació sobre organització del treball, constitueix "una mostra de l'estratègia empresarial de Vivisol per a la prestació dels seus serveis", i la seva divulgació "eradicaria qualsevol avantatge comercial d'aquesta empresa respecte dels seus competidors de forma injusta i injustificada"; pel que fa a la informació sobre el detall dels diferents fabricants d'equips, materials fungibles i accessoris oferts, "afecta clarament a l'estratègia comercial i als vincles comercials que manté Vivisol amb operadors del sector", i la seva difusió "és clarament susceptible de causar[-li] quantiosos danys"; pel que fa a la documentació dels procediments oferts en la prestació del servei, "mostrar el funcionament intern, els processos i la forma de prestació dels serveis posa a Vivisol en una posició de clar desavantatge competitiu respecte de la resta d'empreses del sector"; pel que fa, finalment, a la informació relativa a les millores proposades en la prestació del servei, "forma part [...] del secret comercial i de l'estratègia de l'empresa en la prestació del servei".

També considera que l'accés a la seva documentació no confidencial només podria tenir lloc després de l'adjudicació del contracte, per tal d'evitar "desigualtats inacceptables" "en el coneixement d'informació i en la posició d'Esteve respecte d'altres competidors".

Fonamenta les seves al·legacions en els articles 140, 145.2 i 151.4, 153 TRLCSP, així com en les Resolucions 846/2015, 295/2016 i 460/2016 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals i la Resolució 14/2014 del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid.

- Oximesa, SL, a les al·legacions presentades el 18 de novembre de 2016, es limita a manifestar que no té objecció que es doni accés a l'empresa reclamant a la seva documentació inclosa al sobre núm. 2, "menys aquella senyalada com a confidencial mitjançant carta [...] de data 16 de



setembre de 2016 al tractar-se de secrets tècnics i comercials propis d'Oximesa". En aquesta declaració va qualificar com a confidencial una part important de la documentació presentada en el sobre núm. 2, entre la qual s'inclourien els títols acreditatius de la capacitació professional del personal ofert per prestar el servei que demana l'empresa reclamant en l'apartat 2.2 de les seves al·legacions del 12 d'octubre. En aquesta declaració no es considera confidencial, en canvi, la informació demanada en els apartats 2.1, 2.3 i 2.4 de les esmentades al·legacions de l'empresa reclamant.

15. A la vista d'aquests escrits d'al·legacions, el mateix 7 de desembre la GAIP sol·licita al CatSalut el lliurament de l'expedient complet de contractació al qual vol tenir accés l'empresa reclamant, per tal de poder valorar adequadament el límit de la confidencialitat al·legat per les altres empreses licitadores, d'acord amb l'apartat 20 del *Manual de reclamació davant la GAIP*. La GAIP rep els tres DVD que integren aquest expedient el 16 de desembre de 2016.
16. El 21 de desembre de 2016, la GAIP acorda l'ampliació en un mes del termini de resolució de la reclamació, a l'empara de l'article 42.6 LRJPAC, i així ho notifica a les parts.

Fonaments jurídics

1. *Admissibilitat de la reclamació i competència de la GAIP*

Com es desprèn dels antecedents i es precisarà en el fonament jurídic següent, aquesta reclamació té per objecte l'accés per un licitador a determinats documents integrants d'un expedient de contractació en què participa abans de la seva adjudicació. Es tracta, per tant, d'un interessat que vol accedir a l'expedient d'un procediment en tràmit.

Això pot suscitar algun dubte sobre l'admissibilitat de la reclamació i la competència de la GAIP per resoldre-la, atès que la disposició addicional primera, apartat primer, tant de l'LTAIPBG, com de la Llei bàsica estatal 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBGE), remet en aquests casos, a la "legislació sobre règim jurídic i procediment administratiu" i a "la normativa reguladora del procediment administratiu corresponent", sense preveure expressament l'aplicació supletòria de la legislació de transparència i el règim de garanties que aquesta comporta, règim de garanties del qual forma part la reclamació davant la GAIP.

Tanmateix, com aquesta Comissió ja ha assenyalat en ocasions anteriors amb més deteniment (Resolucions sobre les Reclamacions 17/2015, 19/2015 i 24/2015, entre d'altres), la GAIP és competent per conèixer de les reclamacions que puguin presentar els interessats en procediments oberts quan l'Administració els denegui l'accés a l'expedient. Si les persones que no tenen la condició d'interessades poden demanar l'accés a la informació pública relativa a un procediment en curs i reclamar, en cas que se'ls denegui, davant la GAIP, amb més motiu ho han de poder fer els interessats, que gaudeixen d'un dret d'accés a l'expedient reforçat per les exigències del seu dret a defensa, tal com ha reconegut



tradicionalment la normativa de procediment administratiu, a la qual remet l'esmentada disposició addicional primera de l'LTAIPBG i de l'LTAIPBGE. Ni l'Administració reclamada, ni les altres empreses licitadores afectades per la sol·licitud d'accés qüestionen aquesta competència.

En aquests casos, la GAIP aplica preferentment la regulació del dret d'accés a l'expedient dels interessats pròpia de la normativa de procediment administratiu, que al seu torn remet a la legislació de transparència pel que fa als límits de l'accés (articles 35.a, 37 i 84.1 LRJPAC i, en l'actualitat, articles 13.d, 27.4, 53.a i 82.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques –LPAC–). La reclamació davant la GAIP no suspèn el procediment en qüestió ni els terminis previstos per a la impugnació dels seus actes de tràmit i de la resolució que hi posi fi, i té només per finalitat determinar si la persona reclamant té o no dret d'accés a la informació o expedient sol·licitat, sense que la GAIP disposi de competència per pronunciar-se sobre les qüestions que constitueixen l'objecte principal d'aquell procediment.

2. Informació sol·licitada i objecte de la reclamació

La reclamant és una de les empreses que estan participant en un procediment obert convocat pel CatSalut per a la contractació de la gestió dels serveis de Teràpies Respiratòries a Domicili en l'àmbit de tot Catalunya, contracte que té un valor estimat de més de quatre-cents milions d'euros (449.383.930,32 euros sense IVA), sumant els divuit lots que l'integren i les pròrrogues anuals de què pot ser objecte. En la data en què s'aprova aquesta resolució encara no ha tingut lloc l'adjudicació del contracte.

L'empresa reclamant, després que tingui lloc l'acte d'obertura del darrer dels tres sobres que integren l'oferta presentada per les sis empreses que participen en el procediment, i que es llegeixin públicament les puntuacions atorgades a cadascuna d'elles per la Mesa de contractació, demana a aquesta poder accedir a l'informe tècnic de valoració elaborat pel CatSalut, on es desglossen i es motiven les esmentades puntuacions en relació amb els criteris de valoració dependents d'un judici de valor expressats en el plec (criteris que han estat resumits a l'antecedent 6 i que permeten obtenir 49 punts sobre 100; la resta de punts s'assignen de manera automàtica, en funció de l'oferta econòmica presentada). Demana accedir també a una gran quantitat de documents aportats per tres altres empreses licitadores en relació amb una sèrie de lots determinats, concretament a tota la documentació tècnica inclosa dins el sobre núm. 2, que comprèn tant els requeriments de compliment mínim en la prestació del servei, com la part de l'oferta sotmesa als esmentats criteris d'adjudicació dependents d'un judici de valor. La sol·licitud d'accés té per finalitat comprovar la correcció de la puntuació assignada a les ofertes tècniques formulades i el compliment per part dels altres licitadors dels requeriments mínims (ja que el seu incompliment és causa d'exclusió automàtica de la licitació).



Durant la tramitació de la reclamació, el CatSalut dóna accés parcial a la documentació sol·licitada, fet que comporta que l'objecte de la reclamació es redueixi molt i passi a ser el següent, referit només a documentació aportada per les altres empreses (anecedent 9):

- Documentació acreditativa del compliment dels requeriments mínims en la prestació del servei establerts en l'Annex 1A del plec de clàusules administratives particulars (apartat 2.1 de les al·legacions de l'empresa reclamant de 12 d'octubre de 2016).
- Còpia de tots els títols acreditatius de la capacitat professional del personal ofert per prestar el servei, tal i com han estat presentats (compulsats), però degudament anonimitzats (apartat 2.2 de les al·legacions de l'empresa reclamant de 12 d'octubre de 2016).
- Model dels equips i consumibles oferts pels altres licitadors (apartat 2.3 de les al·legacions de l'empresa reclamant de 12 d'octubre de 2016).
- Accés a la part del sobre núm. 2 relativa al "Circuit de recepció i resposta als suggeriments, queixes i reclamacions dels usuaris" proposat pels altres licitadors (apartat 2.4 de les al·legacions de l'empresa reclamant de 12 d'octubre de 2016).

Aquesta és la informació a la qual s'ha de circumscriure la reclamació i sobre la qual s'ha de pronunciar la GAIP.

3. *El dret dels licitadors d'accedir a l'expedient abans de la resolució d'adjudicació*

En un primer moment, el CatSalut denega l'accés sol·licitat perquè considera que aquest només es pot produir després que tingui lloc l'adjudicació del contracte (anecedent 3). Argumenta que el TRLCSP no preveu aquest dret d'accés previ a l'adjudicació, i que el TRLCSP és d'aplicació preferent respecte la normativa de procediment administratiu comú. Aquest és l'únic argument en què basa inicialment la denegació, ja que no fa cap referència a la protecció de la confidencialitat de la documentació aportada per les altres empreses licitadores.

La GAIP no comparteix aquest criteri. És cert que el TRLCSP no contempla expressament el dret d'accés dels licitadors a l'expedient durant la tramitació del procediment, però això no significa que aquest dret no existeixi. El dret d'accés a l'expedient i a l'obtenció de còpies dels documents que l'integren amb anterioritat a la resolució de finalització és un dret bàsic que la legislació general de procediment administratiu reconeix a tot interessat (articles 35.a LRJPAC –aplicable per raons temporals a aquest procediment–, 53.a LPAC i 26 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya), i la disposició final tercera, apartat 1 TRLCSP obliga a aplicar supletòriament l'LRJPAC en aquells aspectes no previstos per aquest. A la vista de l'article 35.a LRJPAC i de l'arrelament que aquest precepte té en l'ordenament jurídic-administratiu espanyol, no es pot considerar que el fet que el TRLCSP no reguli el dret d'accés significa que el legislador negui la seva existència en el marc dels procediments de contractació. Per arribar a aquesta



conclusió, caldria que el TRLCSP exclogués expressament aquest dret, cosa que no fa. Es tracta, en canvi, d'una llacuna, que s'ha d'omplir amb l'aplicació supletòria de l'LRJPAC (en l'actualitat, l'LPAC), com en tants altres aspectes del procediment de contractació que el legislador sectorial no ha considerat necessari regular en no presentar particularitats que justifiquin una regulació diferent de la general.

La interpretació mantinguda pel CatSalut resulta injustificadament restrictiva dels drets dels interessats (no es pot dubtar que els licitadors tinguin aquesta condició, que els reconeixen expressament els articles 145 i 158 TRLCSP) i contrària al principi de transparència enunciat pels articles 1 i 139 del propi TRLCSP. Resulta, a més, contradictòria amb l'èmfasi que el propi CatSalut posa en les garanties procedimentals de l'article 151 TRLCSP: a la vista d'aquest precepte, si no resultés d'aplicació supletòria la legislació de procediment administratiu general, els licitadors no tindrien dret d'accés a l'expedient ni tan sols després d'adjudicar-se el contracte, ja que l'article 151.4 TRLCSP només obliga a motivar l'acte que se'ls notifica, no a donar-los accés a l'expedient; si només es tingués en compte la literalitat del TRLCSP, aquest dret d'accés només sorgiria en el cas que s'hagués interposat prèviament el recurs especial en matèria de contractació (article 46.5 TRLCSP), quan aquest pugui ser interposat, conclusió que no té cap sentit i que debilitaria de forma intolerable el dret de defensa dels interessats, ja que els obligaria a impugnar l'adjudicació o els actes de tràmit qualificats a cegues, sense haver vist abans l'expedient. El propi Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual desmenteix aquesta conclusió quan, al seu article 16, reconeix el dret a accedir a l'expedient de contractació abans d'interposar aquest recurs especial.

L'Informe 46/09, de 26 de febrer de 2010, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, citat pel CatSalut en defensa del seu posicionament, en cap moment nega que els licitadors puguin demanar l'accés a l'expedient amb anterioritat a l'adjudicació. L'informe es limita a donar resposta a la consulta plantejada, relativa a la interpretació que s'havia de donar a l'obligació de motivació de l'adjudicació continguda en l'article 137.1 de l'anterior Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (precepte derogat i substituït per l'esmentat article 151.4 TRLCSP), i a l'abast del dret d'accés dels licitadors en el cas de les sol·licituds d'informació formulades amb posterioritat a l'adjudicació. I ho fa, per cert, en uns termes molt favorables a l'accés.

Al fonament jurídic II de la Resolució de 15 de setembre de 2016 del director del CatSalut (antecedent 9) se cita també l'article 13.1 LTAIPBG com a argument per considerar que el dret d'accés només sorgeix en el moment en què s'adjudica el contracte. Aquest argument no té cap consistència, ja que suposa confondre l'obligació de publicitat activa que imposa aquest precepte amb el dret d'accés a l'expedient per part dels interessats. L'article 13.1 s'inclou dins el Títol II de l'LTAIPBG, relatiu a les obligacions de publicitat activa, i no pas dins el Títol III, que és el que regula el dret d'accés, i és sabut que el dret d'accés (més encara el dels propis interessats en el procediment) va molt més enllà de les obligacions de publicitat activa, que impliquen la publicació al Portal de la Transparència de les informacions que es considera que poden tenir major interès per a la ciutadania. El dret d'accés està previst, precisament,



perquè la ciutadania pugui accedir a aquelles informacions que no estiguin ja disponibles als diversos webs de l'Administració.

Cal assenyalar, finalment, que el propi CatSalut rectifica aquest plantejament i, tot i seguir defensant-lo en els fonaments jurídics I i II de l'esmentada Resolució de 15 de setembre de 2016, acaba concedint accés (encara que sigui parcial) a l'expedient abans de l'adjudicació del contracte.

4. Accés a les ofertes dels altres licitadors i el límit de la confidencialitat

Descartada la negociació automàtica del dret d'accés pel fet que se sol·liciti amb anterioritat a la resolució d'adjudicació, cal examinar ara el segon motiu invocat pel CatSalut, a la Resolució de 15 de setembre de 2016, per denegar l'accés a la documentació sobre l'oferta respectiva presentada per les altres empreses licitadores: el límit de la confidencialitat d'aquesta documentació.

Les empreses que participen en una licitació o que aporten dades a l'Administració en el marc de qualsevol altre procediment o actuació administrativa poden, certament, exigir que algunes d'aquestes dades no siguin facilitades a la ciutadania i als competidors, o que ho siguin només amb determinades garanties. El secret comercial o empresarial ha estat sempre un límit important al dret d'accés dels interessats a l'expedient administratiu, com palesa el fet que es trobi recollit expressament, fins i tot, a l'article 41.2.b de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. La legislació de transparència també atorga protecció a aquests secrets i altres dades empresarials quan permet limitar el dret d'accés en cas de perjudici per als "drets de propietat intel·lectual i industrial" (article 21.1.g LTAIPBG) i per als "interessos econòmics i comercials" (article 14.1.h LTAIPBGE), límit aquest últim que no es troba recollit expressament a l'LTAIPBG, però que resulta també d'aplicació a Catalunya, tal i com ha assenyalat aquesta Comissió a la Resolució de 28 de setembre de 2016, sobre la Reclamació 119/2016 (FJ 5) i, amb més detall, al Dictamen 1/2016, d'11 de maig de 2016 (FJ 2, epígraf 9è).

La protecció d'aquestes dades empresarials, estretament vinculada al principi de lliure competència i a la llibertat d'empresa de l'article 38 de la Constitució, és especialment important en matèria contractual, on es troba expressament garantida per diversos preceptes del TRLCSP (articles 4.1.r, 46.5, 140.1, 151.4, 153, 182.2, 191.1.a, 192.1 i 333.5, entre d'altres), en compliment de l'establert per les directives de contractació de la Unió Europea. Aquesta protecció no s'explica només per l'interès privat evident que tenen els licitadors en què no es facilitin als seus competidors directes dades sobre les ofertes presentades o sobre la pròpia empresa i els seus productes i serveis que poden tenir un gran valor comercial i que aquests competidors podrien utilitzar en el propi procediment de licitació, en un de futur o en el desenvolupament de la seva activitat empresarial, falsejant la lliure competència. A aquest interès privat se suma l'interès públic, també evident, en obtenir el major nombre possible d'ofertes altament innovadores, al menor preu, en els procediments de licitació convocats per l'Administració, interès que es posaria en perill si aquesta no garantís als potencials licitadors que no difondrà els aspectes més innovadors i estratègics de les seves ofertes i empreses.



Segons l'article 140.1 TRLCSP, "sense perjudici de les disposicions d'aquesta Llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que s'ha de donar als candidats i als licitadors, els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial; aquest caràcter afecta, en particular, els secrets tècnics o comercials i els aspectes confidencials de les ofertes".

A això cal afegir que, segons l'article 145.2 TRLCSP, les proposicions presentades són secretes fins el moment de la licitació pública. Aquest precepte no tracta tant de protegir dades empresarials sensibles, com de garantir el principi d'igualtat de tots els licitadors i evitar que puguin fer les seves ofertes a la vista de les presentades per la resta. No és, en tot cas, aplicable a aquesta reclamació, ja que les sol·licituds d'accés que aquesta té per objecte es presenten quan ja s'han obert els sobres que contenen les ofertes i s'ha donat publicitat als seus aspectes fonamentals i a la puntuació que els ha estat assignada, sense que sigui ja possible fer noves proposicions, en tractar-se d'un procediment obert (articles 157 i sq. TRLCSP).

L'article 140.1 TRLCSP i els seus precedents legislatius han donat lloc a un gran nombre de pronunciaments de les juntes consultives de contractació i dels tribunals administratius creats per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació previst als articles 40 i sq. TRLCSP, dels que destaquen l'Informe 46/09 abans citat de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, l'Informe 15/2012, de 19 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, l'Informe 11/2013, de 26 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, les Resolucions 62/2012, 288/2014 i 46/2015 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (entre moltes altres; un resum més recent de la seva doctrina es pot trobar a la Resolució 1070/2016) i les Resolucions 85/2015, 124/2015, 58/2016 i 115/2016 del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic. D'aquests pronunciaments es desprenen una sèrie de notes comunes, que aquesta Comissió comparteix.

La primera és que la declaració de confidencialitat que han de fer els licitadors, i que resulta necessària perquè són ells els qui millor coneixen les dades que aporten i el valor comercial que puguin tenir (a banda que poden disposar-ne i decidir renunciar a la seva protecció), no vincula l'òrgan de contractació, que és qui ha d'acabar decidint, de forma motivada, si la informació en qüestió mereix o no ser protegida i ser mantinguda confidencial, en funció del seu contingut.

La segona és que la declaració de confidencialitat que puguin fer els licitadors no pot abastar la totalitat de la documentació presentada (pràctica que s'ha arribat a qualificar de constitutiva de frau de llei) ni tenir una motivació genèrica, sinó que ha d'indicar amb precisió els concrets documents afectats i les raons objectives i específiques que justifiquen la seva confidencialitat.

La tercera, punt de partida de les anteriors, és que cal trobar un "equilibri" entre el dret a la protecció dels interessos comercials dels licitadors i el dret de defensa dels qui no resulten adjudicatari, de manera que "cap d'ells es vegi perjudicat més enllà de l'estrictament necessari". Aquesta necessitat de



ponderació i de respecte del principi de proporcionalitat comporta que els licitadors hagin de poder accedir a documentació presentada pels altres (tots, i no només per l'adjudicatari), per tal que puguin comprovar la correcció i la legalitat de l'adjudicació i poder fonamentar degudament el seu recurs. Ho expressa en termes especialment encertats la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya en l'esmentat Informe 11/2013: "La confidencialitat no pot significar una vulneració dels principis de publicitat i de transparència, en el sentit que quedi buit de contingut el dret dels altres licitadors o candidats a accedir a la informació en què es fonamenten les decisions que s'adopten al llarg del procediment de selecció i d'adjudicació del contracte, de manera que, necessàriament, s'ha de buscar l'equilibri i la proporcionalitat adequats en la ponderació dels diferents interessos en joc" (conclusió 4).

L'article 46.5 TRLCSP es refereix expressament a aquesta ponderació quan regula l'accés dels licitadors a l'expedient en el marc del recurs especial en matèria de contractació: "L'òrgan competent per resoldre el recurs ha de garantir, en tot cas, la confidencialitat i el dret a la protecció dels secrets comercials en relació amb la informació continguda en l'expedient de contractació, sense perjudici que pugui conèixer i prendre en consideració aquesta informació a l'hora de resoldre. Correspon a aquest òrgan resoldre sobre com garantir la confidencialitat i el secret de la informació que consti en l'expedient de contractació, sense que per això resultin perjudicats els drets dels altres interessats a la protecció jurídica efectiva i al dret de defensa en el procediment". En aquest mateix sentit, l'article 16.1 del Reial decret 814/2015, abans citat, estableix que si un licitador "vol examinar l'expedient de contractació prèviament a la interposició del recurs especial, l'ha de sol·licitar a l'òrgan de contractació, el qual té *l'obligació de posar-lo de manifest* sense perjudici dels límits de confidencialitat que estableixen els articles 140 i 153 del text refós de la Llei de contractes del sector públic".

L'entrada en vigor de la nova legislació de transparència no ha fet més que reforçar el dret d'accés dels licitadors a l'expedient de contractació, en general, i a la documentació presentada per la resta de licitadors, en particular. D'acord amb els articles 18 i sq. LTAIPBG, qualsevol ciutadà, i no només els licitadors, pot demanar accedir a l'expedient de contractació, sense haver d'invocar cap interès o motivació particular, i l'Administració li haurà de concedir accés íntegre (i fins i tot còpies), llevat que motivi adequadament la concurrència prevalent d'un límit (com el de la protecció dels interessos econòmics i comercials abans esmentat), límit que s'ha d'interpretar de forma restrictiva i que, en tot cas, no impedirà l'accés parcial a la resta de la informació no afectada per ell. A més, com aquesta Comissió ha assenyalat a les resolucions citades al fonament jurídic 1, ni l'LTAIPBG ni l'LTAIPBGE exigeixen ja, a diferència de l'anterior article 37.1 LRJPAC, que el procediment administratiu en qüestió hagi finalitzat per tal que els ciutadans puguin demanar accedir als documents que l'integren. Sembla evident que el dret d'accés a l'expedient dels licitadors ha de tenir, com a mínim, aquesta mateixa amplitud que el que correspon a qualsevol ciutadà. El seu interès privat en poder defensar-se adequadament durant el procediment i obtenir l'adjudicació del contracte, quan la seva oferta sigui més avantatjosa que les de la resta de licitadors, se suma a l'interès públic en controlar la correcta assignació dels recursos públics i



evitar la corrupció (interès públic pel qual vetllen indirectament els licitadors quan defensen el seu interès privat), i reforça el pes que el seu dret d'accés té en el judici ponderatiu amb altres drets i interessos amb què pugui entrar en conflicte.

La vigent directiva de contractes de la Unió Europea (Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE), a diferència de l'anterior de l'any 2004, obliga expressament a tenir en compte aquesta normativa nacional sobre el dret d'accés de la ciutadania quan regula la confidencialitat de les dades aportades pels licitadors i candidats. Ho fa a l'article 21.1, en els termes següents: *"Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas"*.

A la vista de l'anterior, i d'aquesta aplicació integrada de la normativa de contractes i de transparència que deriva del joc de remissions entre l'una i l'altra, l'Administració reclamada, al rebre la sol·licitud d'accés, hauria hagut de valorar críticament les declaracions de confidencialitat formulades per la resta d'empreses licitadores i decidir si estaven prou motivades i si, realment, estava justificat excloure de l'accés una part tan important de la documentació aportada per elles en el sobre núm. 2 com la que indiquen. Això no només es desprèn de la normativa examinada, sinó del propi plec de clàusules administratives particulars del contracte, que en la seva clàusula 10.5.3, apartat *b* estableix que, al presentar l'oferta, les empreses licitadores inclouran dins el sobre 2, "si s'escau, declaració i justificació d'aquelles dades, la divulgació de les quals pugu[i] perjudicar els interessos comercials legítims de les empreses i/o la competència lleial entre elles", i que "l'òrgan de contractació [no, per cert, la Mesa, que és qui denega inicialment, per dos cops, la sol·licitud d'accés, com s'ha vist als antecedents], en funció de la justificació presentada i amb l'assessorament que consideri necessari, decidirà respecte a la divulgació de les dades facilitades".

Enlloc de fer això, el CatSalut es limita a acceptar acríticament les declaracions de confidencialitat formulades per les empreses (a la Resolució de 15 de setembre de 2016 s'afirma expressament que "aquest òrgan de contractació considera oportú denegar *apriorísticament* l'accés a aquella documentació de l'oferta que els licitadors, de forma justificada, van demanar protegir" –la cursiva és nostra–) i a donar accés, únicament, a aquella part de la documentació presentada per aquestes que no van designar com a confidencial, sense la valoració substantiva que, com s'ha vist, és exigible. Tampoc no ho fa quan, al emetre l'informe requerit durant la tramitació d'aquesta reclamació (antecedent 11), la GAIP li demana expressament que es pronunciï sobre la documentació molt més acotada que l'empresa reclamant manifesta voler obtenir en les seves al·legacions del 12 d'octubre.



Les declaracions presentades per Linde, Vivisol i –en menor mesura– Oximesa designen con a confidencial la pràctica totalitat de la documentació inclosa en el sobre núm. 2, sobre la base d'una motivació genèrica i estereotipada. Resulten, per tant, manifestament insuficients i no poden servir com a únic element a considerar en la presa de la decisió per part de l'Administració. Linde i Vivisol, a més, amplien indegudament l'abast de la informació que consideren confidencial a les al·legacions que han presentat durant la tramitació d'aquesta reclamació. Aquesta ampliació no resulta possible. Les empreses queden vinculades per la declaració de confidencialitat que hagin fet amb anterioritat, ja sigui al presentar les ofertes, com s'ha vist que exigeix el Plec –cosa que només fan Linde i la pròpia empresa reclamant–, o al ser requerides a tal efecte per l'òrgan de contractació, cas aquest últim de Vivisol i Oximesa i que sembla admissible i coherent amb el tràmit de trasllat als tercers afectats que preveu l'article 31 LTAIPBG. Aquesta ampliació confirma, d'altra banda, l'automatisme i poca fonamentació de la declaració inicial.

A l'hora de decidir si s'ha d'estimar o no la reclamació cal examinar si la documentació a la qual es vol tenir accés es troba protegida per drets de propietat intel·lectual o industrial, o si conté secrets empresarials. Això últim serà el més habitual en licitacions de contractes com el de la gestió dels serveis de teràpies respiratòries domiciliàries, on no es demana als licitadors que elaborin “creacions originals literàries, artístiques o científiques” (en els termes de l'article 10 del Reial decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de propietat intel·lectual, que inclou també els projectes d'obres arquitectòniques i d'enginyeria) ni innovacions susceptibles de ser patentades.

El concepte de secret empresarial o comercial (dins el qual se sol incloure també el secret tècnic i industrial) no es troba definit en la normativa de contractes ni en la de transparència, i té uns contorns que no són fàcils de precisar. La definició més influent és segurament la continguda, actualment, en l'article 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2016, relativa a la protecció dels coneixements tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites, definició que es trobava ja present en normes anteriors de la Unió Europea i de l'Organització Mundial del Comerç. Cal tenir present, en tot cas, que aquesta directiva es refereix a la protecció judicial civil (mercantil) de les empreses front la utilització il·lícita dels seus secrets comercials per part d'altres empreses, i que exclou de manera expressa la difusió que se'n pugui fer en virtut, precisament, de la legislació de transparència de la Unió Europea i dels Estats membres (article 1.2.c i apartat 11 del preàmbul).

Aquest precepte entén per “secret comercial”, als efectes de la directiva, *“la información que reúna todos los requisitos siguientes:*

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



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

Com s'indica als dos primers apartats del preàmbul, s'inclouen aquí informacions de tota mena, relatives als coneixements tècnics (*know how* –procediments de producció, etc.–) i a altres aspectes de l'empresa (l·listes de clients i altres informacions sobre aquests i els proveïdors, plans comercials, estudis i estratègies de mercat, etc.), però sempre que siguin secretes, es trobin degudament protegides i tinguin valor comercial pel seu caràcter secret.

En opinió d'aquesta Comissió, que ha pogut consultar l'expedient íntegre de contractació, la major part de la informació que té per objecte aquesta reclamació no encaixa dins aquesta noció i no pot ser considerada un secret empresarial que s'hagi de mantenir confidencial.

Pel que fa, en primer lloc, a la documentació acreditativa del compliment dels requeriments mínims fixats en els plecs, no pot revelar cap secret, ja que es limita a constatar que la prestació s'ajustarà a les exigències mínimes en la prestació del servei que fixa el propi òrgan de contractació, i no pas les empreses. D'altra banda, el compliment d'aquests requeriments mínims no se sotmet a un judici de valor, sinó que es configura com una causa objectiva i automàtica d'exclusió, i sembla evident que els diferents licitadors han de poder comprovar si els altres els compleixen o no. De fet, Oximesa i la pròpia empresa reclamant, a llurs respectives declaracions de confidencialitat, consideren que aquesta informació no té la condició de confidencial.

Els títols acreditatius de la capacitat professional del personal ofert per prestar el servei tampoc són un secret empresarial, sinó un document, normalment oficial, que acredita l'obtenció d'una determinada titulació. El nombre de professionals oferts per cada empresa, i la titulació concreta d'alguns d'ells (pneumòlegs, diplomats en fisioteràpia i en infermeria), s'indica a l'informe tècnic de valoració, que ja s'ha lliurat a l'empresa reclamant, i aquesta vol comprovar que reuneixin efectivament la titulació indicada. Al demanar-se els títols anonimitzats, s'evita el problema de la incidència en el dret a la protecció de dades personals dels treballadors afectats, l'argument principal invocat per les empreses afectades per oposar-se a la difusió d'aquesta informació.

El model dels equips i consumibles oferts pels altres licitadors tampoc no pot ser considerat un secret empresarial. Els diferents licitadors es limiten a oferir un gran nombre d'equips i consumibles per a la prestació de teràpies respiratòries fabricats per altres empreses, que estan ja disponibles en el mercat, que es troben inscrits en els registres de productes sanitaris corresponents i que tots els seus competidors coneixen. De fet, en aquesta part del sobre núm. 2 les empreses licitadores es limiten en bona mesura a incloure manuals d'instruccions i quadres de característiques tècniques (fins i tot fullers publicitaris) d'aquests equips, que són públics, ja que es distribueixen amb el producte. El nombre de models d'equips oferts s'indica a l'informe tècnic de valoració, que ja s'ha lliurat a l'empresa reclamant, i aquesta ha de poder comprovar que és correcte. Conèixer els models concrets d'equips oferts és també important per poder valorar degudament l'oferta econòmica de cada licitador, ja que el subministrament,



manteniment i renovació dels equips constitueix una part molt rellevant del contracte. D'altra banda, amb aquesta informació no s'està difonent, p. ex., el preu al qual els diferents fabricants subministren els equips a cada licitador, i que sí podria arribar a ser considerat un secret empresarial. Oximesa i la pròpia empresa reclamant, a llurs respectives declaracions de confidencialitat, tampoc consideren que la informació relativa als equips tingui la condició de confidencial.

S'ha de denegar, en canvi, parcialment, l'accés a la part del sobre núm. 2 relativa al "Circuit de recepció i resposta als suggeriments, queixes i reclamacions dels usuaris" proposat pels altres licitadors, ja que aquí sí s'està en presència d'informacions que formen part del secret empresarial i que no sembla justificat que es lliurin a la competència. Les diverses empreses desenvolupen en aquest punt (com en altres apartats del sobre núm. 2), amb major o menor extensió, propostes pròpies i originals que poden ser el resultat de moltes hores de treball i d'anys d'experiència en la prestació dels serveis de teràpies respiratòries domiciliàries, l'accés a les quals pot falsejar la lliure competència, i sense que s'aprecii la necessitat de difondre-les de forma completa. L'argument adduït per l'empresa reclamant que "aquest és un protocol que en el moment de l'adjudicació serà de domini públic i que caldrà donar a conèixer als pacients per tal que el puguin utilitzar" (antecedent 9) només val per a l'empresa que resulti adjudicatària, i per a la part que es faci efectivament pública, que no serà tot el disseny i concepció del circuit (que en el cas d'alguna de les empreses supera les vuitanta pàgines). Cal remarcar, d'altra banda, que la pròpia empresa reclamant qualifica aquesta part com a confidencial a la seva declaració de confidencialitat, i no sembla admissible pretendre accedir a informació que no s'està disposat a mostrar a les altres empreses licitadores, llevat que aquestes no s'hi oposin. Aquest seria el cas, novament, d'Oximesa, que a la seva declaració no inclou aquest apartat entre la informació que qualifica de confidencial.

Sí s'ha de concedir accés, tanmateix, a la part de la documentació relativa a aquest circuit que s'hagi fet pública amb anterioritat a la licitació (aquest sembla ser el cas de part de la documentació de suport aportada per alguna de les empreses, i que ha difós entre els pacients als quals ve prestant serveis de teràpia respiratòria domiciliària en els darrers anys), així com a la pàgina concreta en què es reculli algun aspecte que hagi estat valorat de forma especialment positiva a l'informe tècnic de valoració, com el temps màxim de resposta a les queixes presentades pels usuaris.

5. L'accés presencial a la documentació

Per últim, cal al·ludir a la forma en què ha de tenir lloc l'accés sol·licitat. L'empresa reclamant només demana expressament tenir "accés" a la documentació sol·licitada. És només a les al·legacions del 12 d'octubre que sol·licita còpia dels títols acreditatius de la capacitació professional del personal ofert per prestar el servei.

Els articles 35.a LRJPAC i 53.a LPAC, així com els articles 36 i 37 LTAIPBG, reconeixen el dret dels interessats i dels ciutadans a obtenir còpies de la documentació a la qual tinguin accés. Tanmateix, atesa la naturalesa de la informació a la qual es vol tenir accés, la finalitat de l'accés, el gran volum de la



documentació aportada per les empreses a l'expedient de contractació i el risc que es faciliti per error informació empresarial que no procedeixi, es considera aconsellable que l'accés tingui lloc només de forma presencial, sense obtenció de còpies ni la possibilitat de fotografiar ni enregistrar la documentació consultada. La vista tindrà lloc durant un temps suficient i inclourà la possibilitat de prendre les notes que l'empresa reclamant consideri oportunes. Podrà estar present a l'acte de vista, si així ho sol·licita, un representant de cadascuna de les empreses afectades.

6. *Seguiment de l'execució*

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

7. *Publicitat de les resolucions de la GAIP*

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

Resolució

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

1. Estimar parcialment la Reclamació 176/2016 i declarar el dret de l'empresa reclamant a que el CatSalut li doni accés presencial a la informació següent, relativa a les empreses Linde Medicinal, SL (lots 8, 9, 10, 11, 14 i 17), Vivisol Ibérica, SLU (lots 8, 11, 17 i pediàtric) i Oximesa, SL (lots 10 i 11):
 - a) Documentació acreditativa del compliment dels requeriments mínims en la prestació del servei establerts en l'Annex 1A del plec de clàusules administratives particulars.
 - b) Títols acreditatius de la capacitat professional del personal ofert per prestar el servei, tal i com han estat presentats (compulsats), però degudament anonimitzats.
 - c) Model dels equips i consumibles oferts.
 - d) Pel que fa a la part del sobre núm. 2 relativa al "Circuit de recepció i resposta als suggeriments, queixes i reclamacions dels usuaris", accés exclusivament a la part que s'hagi fet pública amb



anterioritat a la licitació, així com a la pàgina concreta en què es reculli algun aspecte que hagi estat valorat de forma especialment positiva a l'informe tècnic de valoració.

2. Requerir al CatSalut que, en el termini de deu dies hàbils des de la notificació d'aquesta resolució, doni accés a l'empresa reclamant a la informació indicada a l'apartat 1. L'accés tindrà lloc de forma presencial, amb les condicions i garanties que s'indiquen al fonament jurídic 5.
3. Requerir al CatSalut que informi la GAIP de les actuacions dutes a terme per a l'execució material d'aquesta resolució tan bon punt es produeixin.
4. Convidar l'empresa reclamant i les empreses afectades a comunicar a la GAIP qualsevol incidència que sorgeixi en l'execució d'aquesta resolució i que pugui perjudicar els seus drets i interessos.
5. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 176/2016 i disposar la publicació d'aquesta resolució al web de la GAIP.

Barcelona, 1 de febrer de 2017

Hi consta la firma.

Elisabet Samarra i Gallego
Presidenta

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