



Fecha: 02/02/2024

Asunto: Envío de Dictamen.

Destinatario: Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid.

En fecha 18 de octubre de 2023, se recibió en este Consejo solicitud de dictamen por parte de la Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid, en virtud de lo establecido en el artículo 77.f) de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid (en adelante, LTPCM) y relativo a la prevalencia del derecho de acceso a la información frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con la prohibición de divulgar la información facilitada por los empresarios que estos designaron como confidencial, entre otras relacionadas

En respuesta a dicha petición, damos traslado del informe elaborado por los Servicios Jurídicos de la Asamblea de Madrid, en virtud de la encomienda de gestión aprobada por la Mesa de la Asamblea de Madrid en fecha 17/10/2022 para la provisión de asesoramiento legal.

Le saluda muy atentamente,



Rafael Rubio Núñez.

Presidente del Consejo de Transparencia y Participación
de la Comunidad de Madrid.

ILMO. SR.

Dando cumplimiento a lo solicitado por V. I. procedo a elevar informe jurídico sobre:

“La solicitud de dictamen, que, de conformidad con el artículo 77.f) de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid la Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid solicita al Consejo de Transparencia y Participación sobre los siguientes extremos:

1º. Si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con la prohibición de divulgar la información facilitada por los empresarios que estos designaron como confidencial.

En particular si procede facilitar el acceso al plan de cantones incluido en la Oferta seleccionada, documento cuya confidencialidad fue declarada por el contratista y confirmada por la Administración, así como al proyecto constructivo, que es la concreción de los aspectos de dicho documento declarados confidenciales.

2º. Si debe ofrecerse al adjudicatario del contrato la posibilidad de formular alegaciones en la medida en que la información solicitada pudiera afectar a sus derechos o intereses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”.

PRIMERO: La documentación examinada sería la siguiente:

- Solicitud de dictamen y antecedentes de la Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid.

- Pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato del servicio público de limpieza de los espacios públicos de Madrid.

- Pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato de concesión del servicio para la limpieza urgente- SELUR.

- Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de limpieza de los espacios públicos de Madrid (6lotes) a adjudicar por procedimiento abierto.

- Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de concesión de servicio de limpieza-SELUR, a adjudicar por procedimiento abierto.

- Declaración de confidencialidad del contratista, de 24 de mayo de 2021.

- Ratificación de la declaración de confidencialidad de 30 de agosto de 2021.

- Informe acerca de la declaración de confidencialidad de las ofertas presentadas, de 2 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Servicio de Limpieza y Residuos.

- Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de 2 de septiembre de 2021, por el que se declara la confidencialidad de determinada documentación de las empresas licitadoras al contrato de servicio de limpieza de los espacios públicos de Madrid (6 Lotes), Lotes 1, 3 y 5.

SEGUNDO. La normativa aplicable sería la siguiente:

- Artículo 105 b) de la Constitución española.

- Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (Ley 9/2017, de 8 de noviembre).

- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno.

- Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid.

- STJUE de 14 de agosto de 2008, Asunto C-450/06, apartados 34-36.

- Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2023, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10.

- SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 183/2011, de 21 de noviembre; 27 y 55/2018, de 24 de mayo; y 104/2018, de 4 de octubre.

- SSTS 315/2021 de 8 de marzo RC-A núm. 3193/2019; 890/2021, de 8 de marzo de 2021, recurso de casación C-A núm. 3193/2019; 144/2022, de 7 de febrero de 2022, recurso de casación C-A núm. 6829/2020; y 319/2023, de 7 de febrero, de 2023, recurso de casación C-A núm. 8005/21).

- ATS 10573/2022, de 6 de julio de 2022, recurso Casación C-A núm. 681/2022.

- STJCM 197/2020, de 2 de marzo de 2020.

- Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre la aplicación del artículo 14, número 1, apartado h), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

- Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número: 1296/2020 de 4 de diciembre y 389/2020 de 26 de agosto.

A la luz de la documentación examinada y de la normativa aplicable cabe elaborar el siguiente:

INFORME JURÍDICO

PRIMERO: De la transparencia en la contratación pública.

1. Con carácter general, el artículo 105 b) de la Constitución establece que *la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*

En cumplimiento de esta previsión se ha aprobado la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) y la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid (en adelante LTPCM)

La STC 104/2018, de 4 de octubre, recuerda que el *principio constitucional de “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no sólo incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, sino que exige “garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas”. Ello supone que la mayor parte de la regulación del derecho de acceso a la información pública cumpla una función típica de las normas de procedimiento administrativo común” (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 27 y 55/2018, de 24 de mayo, FJ. 9 b))*. Por lo tanto, los artículos de la LTAIBG, reguladores de este derecho se han dictado *“legítimamente al amparo de los principios o normas que se insertan en la competencia exclusiva del Estado relativa al establecimiento del “procedimiento administrativo común” (art. 149.1 18 CE).*

Por esta razón el artículo 30 LTPCM establece que *el derecho de acceso a la información pública en la Comunidad de Madrid se desarrollará en los términos previstos tanto en esta Ley como en el resto del ordenamiento jurídico.*

Luego para resolver cualquier cuestión que se suscite en relación con el derecho de acceso a la información pública en la Comunidad de Madrid, además de a la Ley 10/2019 de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, habrá que acudir a los artículos 12 a 24 del capítulo III del Título Preliminar de la LTAIBG, que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y la disposición final octava de la LTAIBG, son legislación básica del Estado (salvo el apartado 2 del artículo 21).

En materia de contratos públicos, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), establece en su Preámbulo que: *los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio.*

En esta misma línea, el artículo 1 LCSP establece: *La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.*

Y, el artículo 346 LCSP al referirse al Registro de Contratos establece la obligación, *de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, de facilitar el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet.*

Por esta razón la LCSP remite a la LTAIBG para regular lo relativo a la transparencia de la contratación pública.

Pero, además, como la principal finalidad de la transparencia es conocer cómo las Administraciones Públicas toman sus decisiones y someten a escrutinio público la actividad que realizan, el conocimiento de la contratación pública se considera de especial interés público, razón por la que tanto la LTAIBG como la LTPCM consideran que tiene que ser objeto no sólo de publicidad pasiva sino también activa.

SEGUNDA: De la publicidad activa en materia de contratación y sus límites.

En efecto, el artículo 8.1 a) LTAIBG dirá que deberá hacerse pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria de *todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

A lo que añade el artículo 22 LTPCM, *respecto de los contratos formalizados, y sin perjuicio de la información que deba hacerse pública en el perfil del contratante y de la que ha de inscribirse en el Registro de Contratos del Sector Público, deberán publicar y mantener actualizada la información siguiente:*

a) Los contratos formalizados, con indicación del objeto, la duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado, los motivos que justifican el procedimiento seguido, los instrumentos a través de los que en su caso se haya publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad de los adjudicatarios, las ofertas económicas y, en su caso, porcentaje de baja de

su oferta y relación con el resto de licitadores y resultados de las evaluaciones.

b) Los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

c) Información de los contratos menores formalizados, trimestralmente, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. Se especificará también el importe global de los mismos y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de contratos formalizados.

d) Las modificaciones de los contratos formalizados, así como las prórrogas y variaciones del plazo de duración o ejecución.

e) Las penalidades impuestas, en su caso, por incumplimiento de los contratistas.

f) La relación de contratos resueltos. Específicamente, se harán públicas las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.

Esto significa que, con carácter general, el expediente de un contrato adjudicado y formalizado por uno de los sujetos obligado por los artículos 2 de la LTAIBG y 2 de la LTPCM, como es el Ayuntamiento de Madrid, en principio debería ser objeto de publicidad activa y estar colgada en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid y en el perfil del contratante.

A pesar de lo anterior, el artículo 154.7 LCSP recuerda que, aun existiendo la obligación de que la formalización de los contratos deba publicarse, junto con el correspondiente contrato, *no podrán publicarse*

determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19.

De acuerdo con este precepto, aunque el Ayuntamiento de Madrid esté obligado, como sujeto comprendido en el ámbito de aplicación de las Leyes de transparencia, a la publicidad activa de la información contractual en los términos previstos en los artículos 8 LTAIBG y 22 de la LTPCM, quedará exceptuado de esta obligación en los supuestos del artículo 154.7 LCSP, siempre que estas excepciones estén justificadas en el expediente de contratación.

Ahora bien, dichas excepciones sólo cabrán para la publicidad activa pues para limitar o inadmitir la publicidad pasiva de esta información tendrá que recurrir a la LTAIBG.

TERCERA: Del derecho de acceso a la información pública contractual y sus límites.

Al establecer el artículo 5 LTPCM, de manera casi idéntica al artículo 13 LTAIBG que por información pública se ha de entender: *los contenidos o documentos que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley y que hayan sido elaborados, adquiridos o conservados en el ejercicio de sus funciones*, ambas Leyes definen el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación con información que ya exista, por cuanto debe de estar en posesión del sujeto que recibe la solicitud, bien porque el mismo lo ha elaborado, bien

porque la ha conservado o bien porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

Ello quiere decir que, con carácter general toda la información contractual que obra en poder de cualquiera de los sujetos obligados por las leyes de transparencia, aun cuando no sea publicada en el portal de transparencia o el perfil del contratante es información pública a los efectos de las Leyes de Transparencia y por lo tanto podrá ser objeto de derecho de acceso sin más limitaciones que las expresamente previstas en el artículo 14 LTAIBG y sin más causas de inadmisión que las del artículo 18 LTAIBG.

En materia contractual, al existir una específica Ley de contratos, cabría pensar que, al igual que con la publicidad activa, el derecho de acceso a los expedientes de contratación sólo cabría conforme a esta Ley.

Sin embargo, recuerda el Tribunal Supremo que, cuando una Ley (como en este caso la LCSP) *no prevé un procedimiento de acceso a la información pública específico, la LTAIBG resulta de aplicación directa en todo lo relacionado con dicho acceso*. Por ello, cuando se pretenda limitar este derecho se habrá de ajustar a lo establecido en las Leyes de Transparencia. *En definitiva*, dice este Alto Tribunal, *no cabe prescindir de las exigencias de la Ley 19/2013, de Transparencia (STS 144/2022, de 7 de febrero, Recurso de casación C-A núm. 6829/2020)*.

Luego el derecho de acceso a los expedientes de contratación sólo cabrá limitarlo por los artículos 14 y 18 de la LTAIBG.

El artículo 14 LTAIBG establece limitaciones del derecho de acceso a la información pública y el artículo 18 LTAIBG las causas de inadmisión. Y en ambos casos estas limitaciones o causas de inadmisión sólo cabrá aplicarlas conforme establece el artículo 14.2 LTAIBG: *La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso*.

Ello es así, porque como reitera el Tribunal Supremo *cualquier pronunciamiento sobre las causas de inadmisión...debe ponerse en relación con el concepto amplio de derecho a la información regulado en la LTAIBG, que impone una interpretación estricta, cuando no restrictiva de las causas de inadmisión a trámite de solicitudes de información. Lo que exige, en todo caso, que estas limitaciones o inadmisiones se apliquen atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y del interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.* (en las SSTs de 16 de octubre de 2017, recurso C-A núm. 75/2017 y de 25 de marzo de 2021, recurso C-A núm. 2578/2020).

Y porque, como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 5º: *La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad sin que se reconozca un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales.* En este sentido, en la STS de 16 de octubre de 2017 (RCA/75/2017), ... *dijimos que "la limitación prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley 19/2013 no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales", doctrina que es aplicable a todos los supuestos en los que se invoca la citada limitación; y, en el presente caso, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la parte actora ni especifica qué secreto empresarial es el que se ve afectado por la información solicitada, ni prueba que haya algún tipo de afectación..."* (ATS 10573/2022, de 6 de julio de 2022, recurso de Casación C-A núm681/2022).

Luego el Ayuntamiento de Madrid sólo podrá limitar o inadmitir el derecho de acceso a la información de los expedientes de contratación cuando se den alguno de los supuestos previstos en el artículo 14 LTAIBG

o el artículo 18 LTAIBG siempre y cuando, como exige el artículo 14.2 LTAIBG se motive, como explica la doctrina de los Tribunales y del Consejo de Transparencia y Buen gobierno que:

- se aplican atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifica el no acceso;

- están justificadas y son proporcionadas al objeto y finalidad de protección;

- se interpretan de forma restrictiva y, solo cuando acceder suponga un perjuicio efectivo al bien o interés jurídico protegido en cada uno de sus apartados que sea consecuencia del acceso a la información. Es decir, que concurra de forma indubitada la posibilidad real, no hipotética y concreta de producirse un perjuicio sin que sea suficiente con que la información solicitada sea relativa o afecte a alguno de los intereses y bienes jurídicos protegidos por los límites del artículo 14.

- y, que las condiciones anteriores se den conjuntamente, de modo tal que cualquier invocación del art. 14.1 o del artículo 18 LTAIBG requiere la realización por el aplicador de dos exámenes sucesivos, los denominados por la doctrina especializada y el Preámbulo de la LTAIBG “test del daño” y “test del interés”. A través del primero se comprueba la probabilidad del hipotético perjuicio o lesión y la existencia de un nexo causal entre el acceso a la información que se solicita y el perjuicio alegado. Mediante el segundo se comprueba si existe en el caso algún interés superior al protegido con la limitación que justifique el acceso solicitado.

CUARTA: de las limitaciones de acceso a la información pública por el deber de confidencialidad del artículo 133 LCSP.

En materia de contratos, la Ley de Contratos del Sector Público, además de las limitaciones o excepciones a la publicidad activa del

artículo 154.7 exige el deber de confidencialidad en los supuestos del artículo 133.

El artículo 133 LCSP establece:

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 del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. *El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el*

contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tras recordar que uno de los principales objetivos de la Ley de Contratos es “*lograr una mayor transparencia de la contratación pública*”, subraya que el artículo 154.7 de la Ley de Contratos del Sector Público permite que no se publiquen determinados datos relativos a la celebración del contrato. Precepto que debe ponerse en relación con el artículo 133 LCSP de tal forma que, conforme a estos preceptos se entienda que el deber de confidencialidad sólo se puede extender respecto a la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial, y, en el caso de que no hayan designado ninguna, el órgano de contratación viene obligado a realizar una ponderación de los intereses en conflicto, pudiendo resultar lícito limitar el acceso a determinadas partes de las ofertas respecto de las que pueda desprenderse su confidencialidad pero, en ningún caso podrá extenderse al contenido total de la oferta, ni a todos los informes o documentos obrantes en el expediente y generados directa o indirectamente por el Órgano de Contratación, sino sólo debe alcanzar a los documentos que verdaderamente deban tener una difusión restringida, y en ningún caso a los que deban ser públicamente accesibles. Asimismo, el deber de confidencialidad tampoco alcanzará a la divulgación de las partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como liquidación, plazos finales de ejecución de obras, empresas con las que se haya subcontratado, partes esenciales de la oferta y sus modificaciones. Informaciones todas ellas que habrán de ser publicadas con pleno respeto de las exigencias que resulten de la normativa aplicable en materia de protección de datos personales. (Resolución número 1296/2020, de 4 de diciembre de 2020, Resolución 389/2020, de 26 de agosto, etc.).

En esta misma línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene que, como el derecho de acceso a la información pública está

ligado al carácter democrático de los Estados las limitaciones a este derecho, basadas en razones de intereses público o privados, deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto. De tal forma que cuando una institución decida denegar el acceso a un documento cuya información se solicita le corresponderá, en principio, explicar las razones por las que el acceso a dicho documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por las excepciones previstas en las normas que invoca dicha institución. Además, el riesgo de tal menoscabo debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. Y, en concreto en materia contractual la denegación del acceso a la información podrá motivarse en la protección de los intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, porque *tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la UE en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores. Es decir, con carácter general debe garantizarse la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información....* (STJUE, de 14 de febrero de 2008, Asunto C-450/06, apartados 34-36; ver también Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2023, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10).

Esto significa, según el Tribunal Supremo que, al ser las leyes de transparencia de carácter transversal, el principio de confidencialidad sentado en el precepto de la Ley de Contratos *no puede ser entendido en el sentido de que impone la confidencialidad absoluta, iuris et de iure, de cualquier información que los sujetos afectados por la Ley de contratos*

hayan podido obtener en el marco de las actuaciones contempladas en el mismo. Esa previsión de confidencialidad habrá de ponderarse tanto con el interés público que pueda poseer la información controvertida como con los eventuales intereses particulares de sujetos afectados por la misma. Esta interpretación sujeta al principio de proporcionalidad se deriva del propio tenor del precepto, que excepciona de manera expresa determinadas informaciones de interés público (SSTS de 8 de marzo, de 2021, RC-A núm. 1975/2020 y 319/2023, de 7 de febrero, de 2023, recurso de casación C-A núm. 8005/21).

Esto es, como recuerda la sentencia de 8 de marzo de 2021, que entró a examinar el alcance del principio general de confidencialidad establecido en el artículo 7 del RD 1591/2009, con la observación preliminar de que la aplicación directa de dicho precepto no impide tener que acomodarlo al marco general de la LTAIBG, en particular de su artículo 14, que establece los límites al acceso a la información (FD 4º). (STS 3909/2022, recurso de Casación C-A núm. 517/2021)

Conforme a lo anterior, la confidencialidad de la información a que hace referencia el artículo 133 LCSP se refiere a aquella documentación que los licitadores han designado como confidencial en el momento de presentar sus ofertas y que el Órgano de contratación así la ha declarado por entender que 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, lo que en términos generales viene a coincidir sustancialmente con el límite que el apartado h) del artículo 14 LTAIBG establece para acceder a la información pública solicitada.

Ahora bien, aun cuando las razones dadas por el órgano de contratación para considerar confidencial esta información sean tenidas en cuenta por la Administración pública para conceder o denegar el

derecho de acceso a la información solicitada, la obligación de cumplir con la LTAIBG exige, una vez admitida una solicitud de derecho de acceso, averiguar si por la naturaleza de la información solicitada o por entrar en conflicto con otros intereses protegidos la información solicitada se encuentra limitada o no conforme al artículo 14.1 h) LTAIBG.

Lo que como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid *conduce necesariamente al examen de la aplicación o no por parte de la demandada, una vez admitida la solicitud, del “test del daño” y del test del interés público “a los que se refiere el mismo texto legal citado.... Para realizar esta labor será útil que nos apoyemos en el Criterio Interpretativo 1/2009, de 24 de septiembre de 2019, expresado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; órgano que, trayendo al documento citado otro criterio Interpretativo conjunto elaborado con la Agencia Española de Protección de Datos, concretamente el núm. CI/002/2015, de 24 de junio de 2015 sobre la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información.* (STSJM 197/2020, de 2 de marzo de 2020).

Conforme a esta interpretación, aun cuando el órgano de contratación haya declarado confidencial una información por el artículo 133 LCSP esta información sólo podrá denegarse cuando por la propia naturaleza de la información solicitada o por entrar en conflicto con otros intereses protegidos se encuentra incurso en las limitaciones a que hace referencia el apartado h) del artículo 14.1 de la LTAIBG al decir: *El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: los intereses económicos y comerciales.*

Así concluye el Criterio Interpretativo 1/2019 de 24 de septiembre, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al especificar que, en para poder aplicar el límite del artículo 14.1 h) LTAIBG se deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

a) Como el resto de los límites del artículo 14, no opera de manera automática ni supone per se una exclusión directa del derecho de acceso a la información o de las obligaciones en materia de publicidad activa.

b) Antes al contrario tal como establece el propio art. 14, la aplicación de los límites será potestativa, justificada y proporcionada con el objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2).

c) Cada caso debe ser objeto de un estudio individualizado, de la aplicación del test del daño, y de la ponderación de sus circunstancias tal como rige en el Preámbulo de la Ley.

d) No es suficiente argumentar que la existencia de una posibilidad incierta pueda producir un daño sobre los intereses económicos y comerciales para aplicar el límite con carácter general. El perjuicio debe ser definido indubitado y concreto.

e) Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.

f) Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar.

Y añade que, cuando se está en presencia de cláusulas de confidencialidad, aunque debe partirse de que dichos intereses concurren en el caso... para finalmente calificar a esa determinada información como confidencial, no solo deben cumplirse los requisitos anteriores sino también *han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:*

a) *Ha de ser relativa a circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa.*

b) *La información no ha de tener carácter público, es decir, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las*

personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.

c) Debe haber una voluntad subjetiva del titular de la información de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión.

d) La voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo interés objetivo que debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar – por ejemplo, cuando la revelación de la información produzca el detrimento de la competitividad de la empresa titular del secreto frente a sus competidores, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial.

En concordancia con esta doctrina cabe concluir que el derecho de acceso a la información pública debe prevalecer frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con la prohibición de divulgar la información facilitada por los empresarios que estos designen como confidencial.

Es decir, en materia de publicidad pasiva o de derecho de acceso a la información pública, todos los sujetos obligados por la normativa de transparencia deberán en cada caso concreto resolver sobre el derecho de acceso a la información solicitada conforme a las leyes de transparencia, aun cuando parte de esta información haya sido declarada confidencial por el artículo 133 LCSP. De tal forma que sólo podrán denegar el acceso a la información solicitada estudiando cada caso de forma individualizada, y, aunque tengan en cuenta las razones que llevaron al Órgano de Contratación a declarar confidencial esa información del expediente de contratación por el artículo 133 LCSP, deben resolver de forma motivada, conforme exige el artículo 14.2 LTAIBG (mediante la aplicación del “test del daño” y del “test del interés público” tal como rige en el Preámbulo de la LTAIBG), y aplicando la limitación del apartado h) a que hace referencia el artículo 14.1 de la LTAIBG.

Esto significa que la primera consulta del Ayuntamiento de Madrid ha de ser respondida afirmativamente en el sentido de entender que, el derecho de acceso a la información pública prevalece frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con la prohibición de divulgar la información facilitada por los empresarios que estos designaron como confidencial, salvo que, conforme al artículo 14.2 LTAIBG se encuentre limitada por el apartado h) del artículo 14.1 LTAIBG.

QUINTA: El derecho de acceso al plan de cantones y al proyecto constructivo incluido en la oferta seleccionada.

Contestado lo anterior, el Ayuntamiento de Madrid solicita un asesoramiento más específico sobre esta cuestión, en concreto sobre si debe prevalecer o no la confidencialidad que fue declarada por el contratista y confirmada por la Administración del plan de cantón de limpieza, así como el proyecto constructivo que son la concreción de los aspectos cuyos documentos fueron declarados confidenciales en los expedientes de contratación 300/2020/00547 y 131/2021/17024.

Ahora bien, tal y como se ha explicado en los epígrafes anteriores no cabe una única respuesta pues cada solicitud de información habrá de ser resuelta individualmente. Como a esta solicitud de dictamen no le han acompañado ni las solicitudes de información pública que el Ayuntamiento ha recibido referidas al cantón de limpieza o su proyecto constructivo; ni la totalidad de los expedientes de contratación, sólo el Ayuntamiento de Madrid podrá resolver de manera motivada en cada caso concreto si suministra o no la información que se le solicita, aun habiendo sido parte de esta información declarada confidencial por el empresario y confirmada por la Administración.

Para dictar estas resoluciones, el Ayuntamiento de Madrid debería conforme exige el artículo 14.2 LTAIBG averiguar si puede aplicar al caso concreto que se le plantea el límite del artículo 14.1 h) LTAIBG.

Esto lo podrá llevar a efecto, según la doctrina de los tribunales, conforme al Criterio Interpretativo 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, es decir, acudiendo al test del del daño y del interés público o privado superior que justifique el acceso. De tal forma que el Ayuntamiento de Madrid deberá comprobar que, aun cuando el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad y el Informe de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos justifiquen como confidencial parte de la documentación de la oferta presentada por la empresa adjudicataria del contrato, esa confidencialidad está justificada porque efectivamente el conocimiento de esta información por parte de terceros puede producir un perjuicio económico o lesionar los intereses comerciales de la empresa adjudicataria del contrato.

Conforme a lo explicado en la solicitud de dictamen, parece que las solicitudes de información que se han presentado ante el Ayuntamiento de Madrid afectan al plan y el proyecto constructivo del cantón de limpieza y la base del servicio de limpieza urgente que la empresa URBASER ha instalado o va a instalar en el barrio de Montecarmelo. Es decir, parece que la documentación solicitada forma parte esencial de la estrategia que se adoptó en la oferta adjudicataria del contrato ya formalizado y comenzado a ejecutar, pues se refiere al plan y al proyecto constructivo de un cantón de limpieza y su base de servicio que se ha instalado o se instalará en el futuro por la empresa URBASER. Instalaciones básicas para el cumplimiento del contrato que por su propia naturaleza han de ser públicas pues, aunque en la oferta su ubicación fuera una cuestión estratégica fundamental, tienen que ubicarse en la vía pública y funcionar conforme a lo requerido en los pliegos.

Por esta razón, el Ayuntamiento de Madrid debería llevar a cabo el test del daño y del interés para averiguar si este tipo de información relacionada con los cantones de la empresa adjudicataria del contrato

sigue siendo o no confidencial y, por tanto, sometida a las limitaciones del artículo 14.1 h) LTAIBG.

a) El test del daño, consistente en averiguar si el suministro de la documentación solicitada pudiera dañar los intereses económicos y comerciales de la empresa adjudicataria de los contratos; o si existiera un nexo causal entre el daño que el acceso a los documentos relativos al plan de cantón y el proyecto de construcción pueda causar a los intereses económicos y comerciales de la empresa adjudicataria del contrato, teniendo en cuenta que la información se está refiriendo al plan y proyecto de construcción de un cantón de limpieza de la empresa adjudicataria del contrato cuya instalación y base del servicio de limpieza es de público conocimiento.

b) Y, el test del interés público, o de las circunstancias concretas del momento en que tienen lugar la solicitud, ya que éstas pueden variar con el transcurso del tiempo. Más, si como en el presente caso, la información solicitada es confidencial por el artículo 133 LCSP y no secreta, pues esta confidencialidad tiene un periodo de vigencia de cinco años, desde el conocimiento de esa información, según el apartado G, del Anexo I adjunto a los Pliegos de cláusulas Administrativas particulares.

Luego, conforme vaya transcurriendo el tiempo la confidencialidad disminuirá por inoperante.

Por ello, además del momento en que se pida la solicitud con carácter general se puede considerar que prevalece el interés público cuando el acceso a la información:

- Impulse y promueva el conocimiento de la información y la participación en el debate sobre temas importantes que conciernen a la sociedad.
- Facilite la rendición de cuentas y la transparencia acerca de las decisiones tomadas por las administraciones públicas.
- Facilite la rendición de cuentas y la transparencia en la utilización del dinero público.

- Permita que los ciudadanos tengan un mejor conocimiento de decisiones que toman las administraciones públicas y que afectan a sus vidas, hasta el punto de que tal conocimiento les sirva para cuestionar dichas decisiones.
- Permita que la sociedad conozca información relevante desde el punto de vista de la seguridad pública.

Según estos criterios y puesto que el expediente de contratación ha sido adjudicado, formalizado y comenzado su ejecución resultaría razonable entender que el acceso a la información del plan de determinadas instalaciones de cantones de limpieza y su proyecto constructivo de la empresa URBASER adjudicataria del contrato, salvo aquella que pudiera referirse a cuestiones estrictamente técnicas, facilita la rendición de cuentas y la transparencia acerca de las decisiones tomadas por el Ayuntamiento de Madrid y permite que los ciudadanos tengan un mejor conocimiento de las decisiones que esta Administración local ha adoptado no sólo gastando el dinero público en esa contratación sino también políticamente por afectar la instalación de cantones de limpieza y las bases del servicio para la limpieza a las políticas municipales medioambientales en materia de limpieza.

Ahora bien, esta interpretación se ha de ver condicionada a las efectivas solicitudes de información que en cada momento se presenten o se hayan presentado ante el Ayuntamiento de Madrid.

Luego, a la segunda pregunta solicitada por el Ayuntamiento de Madrid habría que responder que es imposible afirmar si cabe o no el acceso a la información solicitada por carecerse de las solicitudes de acceso y de la documentación necesaria para pronunciarse sobre ello.

Ello no es óbice a que, según los datos adjuntados cabría entender que, en principio, tras la realización del test del daño y el test del interés público, salvo para aquella documentación que sea estrictamente técnica o que afecte a cuestiones que vulneren el secreto empresarial, la documentación solicitada debería ser suministrada aunque pese sobre la

misma la condición de confidencial por el artículo 133 LCSP, pues parece que se está solicitando información relativa a partes esenciales de la oferta adjudicataria del contrato y por ello de publico conocimiento.

SEXTA: De las alegaciones del artículo 19.3 LTAIBG.

Finalmente solicita asesoramiento el Ayuntamiento de Madrid sobre si debe ofrecerse al adjudicatario del contrato la posibilidad de formular alegaciones, en la medida en que la información solicitada pudiera afectar a sus derechos o intereses, de conformidad con el artículo 19.3 LTAIBG.

El artículo 19.3 LTAIBG establece: Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.

El Tribunal Supremo ha reiterado en su doctrina que el artículo 19.3 exige al órgano administrativo, inicial destinatario de la solicitud de información, conceder el trámite de audiencia a los terceros que se encuentran identificados y que pudieran resultar afectados en sus derechos o intereses por la información solicitada. (...) la finalidad perseguida ...: que las personas o entidades cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por la información pública solicitada y, consecuentemente con la decisión que se adopte, puedan formular alegaciones. (...) La audiencia a los interesados...no trata de desplazar sobre éste una carga que ... recae en el órgano administrativo sino de cumplir una exigencia que la ley también impone y hacer efectivo el derecho de contradicción exigido en el artículo 24.3 LTAIBG, garantizándose así que su decisión dispone de los elementos de juicio necesarios para la ponderación de los intereses en conflicto. No debe olvidarse que la

Administración al tiempo de aplicar los límites fijados en el artículo 14 LTAIBG, debe hacerlo de forma proporcionada a su objeto y finalidad de protección atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso, por lo que necesita conocer los intereses privados concurrentes para adoptar su decisión.

Y, añade este Alto Tribunal que los derechos de los afectados deben protegerse no sólo cuando están perfectamente identificados por el órgano administrativo en el procedimiento inicialmente tramitado, sino también cuando, a partir de los datos obrantes en la solicitud de información y en el resto de las actuaciones, sean identificables.

Por ello cuando el Consejo constate que el órgano administrativo omitió el trámite de audiencia a los afectados puede, dependiendo de las circunstancias concurrentes, adoptar las siguientes decisiones:

a) Si los interesados están identificados o son fácilmente identificables, debe conceder un trámite de audiencia a los afectados y después adoptar la decisión de fondo ponderando los intereses en conflicto;

b) cuando desconozca la identidad de los afectados y no disponga de datos suficientes que le permitan una fácil identificación, puede ordenar la retroacción de actuaciones para que sea el órgano administrativo el que cumpla con el trámite de audiencia exigido por el artículo 19.3 LTAIBG (SSTS 315/2021, de 8 de marzo de 2021, RC-A núm. 3193/2019 y 144/2022, de 7 de febrero de 2022 Recurso de casación C-A núm. 6829/2020).

Añade este Tribunal que La obligación de emplazar a los interesados y de concederles un trámite de audiencia se prevé, con carácter general, en numerosos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo -entre otros en los arts. 8, 75.4 y 76 de la Ley 39/2015-, y más específicamente en el art. 19.3 de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno, cuando afirma "Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se

les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas [...]"

De tal forma que la Administración incurre así *en una irregularidad invalidante, al prescindir de un trámite esencial que hubiese permitido incorporar las razones por las que la empresa fabricante valoraba si la información solicitada afectaba o no a sus intereses económicos y/o comerciales, lo cual resultaba pertinente además para la ponderación de los intereses en conflicto* (STS 890/2021, de 8 de marzo de 2021, recurso de casación C-A núm. 3193/2019).

Conforme a esta doctrina, cabe concluir que el Ayuntamiento de Madrid debe ofrecer al adjudicatario del contrato la posibilidad de formular alegaciones conforme a lo establecido en el artículo 19.3 LTAIBG.

Además, con este trámite de alegaciones previas, el Ayuntamiento de Madrid tendrá nuevas razones para finalmente decidir sobre si la información afectada por la confidencialidad del artículo 133 LCSP afecta a los intereses económicos o comerciales de la empresa adjudicataria.

A la vista de estas consideraciones jurídicas acerca de la solicitud de la Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid cabe llegar a las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA: Al ser uno de los objetivos de la contratación pública la transparencia y una prioridad de las Leyes 19/2013, de transparencia acceso a la información pública y buen gobierno y de la Ley 10/2019, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid someter a escrutinio público la actuación de los poderes, la contratación pública es objeto de publicidad activa y pasiva.

SEGUNDA: El Ayuntamiento de Madrid como sujeto obligado por el artículo 2 LTAIBG y el artículo 2 LTPCM está obligado a hacer público y mantener actualizada la información que le imponen el artículo 8LTAIBG y el artículo 22 de la LTPCM, sin más limitaciones que las expresamente previstas en el artículo 154.7 de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERA: El Ayuntamiento de Madrid, en materia de publicidad pasiva sólo podrá limitar el acceso a la información de los expedientes de contratación conforme a los artículos 14 y 18 de la LTAIBG, aun cuando parte de esta información haya sido declarada confidencial por el artículo 133 LCSP.

De tal forma que sólo podrá denegar el acceso a la información solicitada estudiando cada caso de forma individualizada, y aunque tenga que tener en cuenta las razones que llevaron al Órgano de Contratación a declarar confidencial esa información por el artículo 133 LCSP, así como lo alegado por los afectados, deberá resolver de forma motivada, conforme exige el artículo 14.2 LTAIBG (mediante la aplicación del “test del daño” y del “test del interés público” tal como rige en el Preámbulo de la LTAIBG), y aplicando la limitación del apartado h) a que hace referencia el artículo 14.1 de la LTAIBG.

CUARTA: Por las anteriores razones, no cabe responder pregunta solicitada por el Ayuntamiento de Madrid sobre si procede facilitar el acceso al plan de cantones incluido en la oferta seleccionada, ya que no existe una única respuesta pues cada solicitud de información habrá de ser resuelta individualmente.

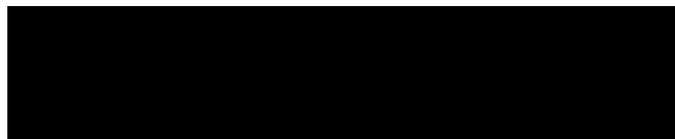
Al no incluirse en la documentación las solicitudes de derecho de acceso a la información que el Ayuntamiento de Madrid ha recibido referidas al cantón de limpieza o su proyecto constructivo, ni la totalidad de los expedientes de contratación, sólo el Ayuntamiento de Madrid podrá resolver de manera motivada en cada caso concreto si suministra o no la información que se le solicita, aun habiendo sido parte de esta

información declarada confidencial por el empresario y confirmada por la Administración por estar incurso en la limitación del artículo 133 LCSP.

TERCERA: Finalmente se ha de recordar al Ayuntamiento de Madrid que, de conformidad con el artículo 19.3 LTAIBG debe ofrecer al adjudicatario del contrato la posibilidad de formular alegaciones conforme a lo establecido en su articulado.

Es cuanto tiene el honor de informar la Letrado que suscribe, salvo mejor opinión fundada en Derecho.

Madrid a 3 de noviembre de 2023



Fdo. Blanca Cid Villagrasa

ILMO SR. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRASPARENCIA Y PARTICIPACIÓN