



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF:

N/REF: R/0282/2018 (100-000823)

FECHA: 07 de agosto de 2018



ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

En respuesta a la Reclamación presentada por LA SEPULVEDANA, S.A.U, con entrada el 9 de mayo de 2018, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de abril de 2018, LA SEPULVEDANA, S.A.U recibió notificación de la Resolución dictada por el Dirección General de Transporte Terrestre del MINISTERIO DE FOMENTO, de fecha 18 de abril de 2018, por la que se resuelve "*adjudicar el contrato de gestión, en la modalidad de concesión, del servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Melgar de Fernamental (Burgos), a la empresa LLORENTE BUS, S.L.*". En la misma Resolución notificada se hace constar que contra dicho acto, que pone fin a la vía administrativa, "*cabe interponer potestativamente el recurso especial en materia de contratación, regulado en el artículo 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que podrá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se haya notificado esta Resolución (artículo artículo 50.1. d) Ley 9/2017), o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses, desde el día siguiente a su notificación*".
2. Contra esta Resolución, LA SEPULVEDANA, S.A.U presentó ante el Registro General del MINISTERIO DE FOMENTO sendos escritos dirigidos a la Dirección General de Transporte Terrestre en fechas 18 y 23 de abril de 2018, reclamaciones@consejodetransparencia.es



respectivamente, por los que solicitaba el acceso al expediente de contratación AC-CON-01/2017, relativo al contrato objeto de licitación, a fin de tomar vista con carácter inmediato de los documentos y actuaciones obrantes en dicho expediente y obtener copia de los mismos.

3. Mediante Resolución de 23 de abril de 2018, adoptada por el Subdirector General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre del MINISTERIO DE FOMENTO, notificada a LA SEPULVEDANA, S.A.U el 24 de abril siguiente, se acordó denegar el acceso solicitado al expediente de contratación, citando la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 233/2011).
4. El 9 de mayo de 2018, tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno una Reclamación presentada por LA SEPULVEDANA, S.A.U, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en la que, tras exponer una larga relación de hechos sobre la convocatoria de licitación pública, las ofertas presentadas para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia con prolongación a Melgar de Fernamental (Burgos) y las valoraciones efectuadas por la Mesa de Contratación, manifestaba lo siguiente:
 - *La resolución objeto de impugnación es manifiestamente injusta, pues deniega arbitrariamente y sin motivo alguno el ejercicio de un derecho reconocido legalmente de acuerdo con el mandato constitucional, y además conculca gravemente los derechos de defensa que asisten a mi representada para impugnar la resolución de adjudicación del contrato que ha perjudicado sus intereses, en la medida en que impide o dificulta que el recurso especial en materia de contratación pueda ser preparado en las condiciones exigible y con la certeza que deriva del conocimiento de las actuaciones obrantes en el expediente de contratación; lo que sienta un precedente que reviste una especial gravedad para el sistema de garantías jurídicas que rige y caracteriza el Estado de Derecho (artículos 9.3, 24.2 y 103.1 de la Constitución).*
 - *Por lo que se refiere específicamente a quienes tienen la consideración de interesados en un procedimiento administrativo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas les reconoce en su artículo 53.1, entre otros, el derecho: "a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos (...)". En el ámbito específico de la contratación pública, resulta de aplicación el régimen general de acceso a la información pública expuesto, sin que sea dable apreciar en la legislación específica en materia de contratos públicos la existencia de ninguna disposición que desdiga o exceptúe dicho régimen de carácter general. Antes*



bien, la única previsión que incorpora el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) -aplicable al contrato objeto de marras, según prevé la Condición 1.2, apartado e) del Pliego de Condiciones, aunque no al recurso especial en materia de contratación que cabe interponer contra la resolución de adjudicación-, confirma los términos de la regulación general, cuando señala que el órgano de contratación "podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo 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 pre-visto en el artículo 13.2. d)" (artículo 153 del TRLCSP).

- Pero lo más relevante ~ a los efectos ahora considerados ~ son las prescripciones que contiene la nueva 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 materia de acceso a los expedientes de contratación en el contexto de la interposición del recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la citada Ley.
- Lo primero que debe señalarse es que, si bien la ley aplicable al contrato es ~ por determinación del Pliego de Condiciones ~ el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ~ aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011~ de 14 de noviembre ~ la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (que deroga expresamente dicho Texto Refundido) resulta de aplicación al procedimiento en vía de recurso, de conformidad con lo prevenido en la disposición transitoria primera de la misma Ley; la cual, en su apartado 4. párrafo segundo~ previene que en los expedientes de contratación iniciado, ante de la entrada en vigor de dicha Ley (esto es, el día 9 de marzo de 2018) podrá interponerse recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurrido en esta vía. Siendo ello así, es claro que resulta (le aplicación al caso la previsión contenida en el artículo 52 la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, referido específicamente al "acceso al expediente", con arreglo a la cual se reconoce el derecho del interesado de acceder y examinar el expediente de contratación con vistas a la preparación del recurso previsto en el artículo 44 de la precitada Ley.
- Haciendo aplicación de los criterios legales expuestos al caso objeto de la presente reclamación, resulta incuestionable el derecho que asiste a mi representada de acceder al expediente de contratación, tomar vista de las actuaciones y obtener copia de los documentos obrantes en el procedimiento, y ello con carácter general, pero muy especialmente con el objeto de proceder a



la preparación del recurso especial a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Tal derecho se infiere de la condición que tiene mi representada de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación del contrato de "gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia con prolongación a Melgar de Fernamental (Burgos)"~ tal como resulta de la propia resolución de adjudicación.

- Mi representada alegaba ser titular de derecho e intereses legítimos y por consiguiente su condición jurídica de interesada en el procedimiento, conforme a lo prevenido en el artículo 4.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo que, según se expresaba, le confería el derecho de acceso a la información pública, archivo y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (artículos 12 y 17) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre (artículo 13. d) y 51.1 a). Y solicitaba, Como consecuencia, el acceso al conjunto de documentos y actuaciones, cualquiera que fuera su formato o soporte, que integraban el expediente administrativo instruido con motivo de la licitación y adjudicación del contrato (incluyendo cuantos documentos, propuestas, informes, dictámenes, pruebas, acuerdos, oficios, notificaciones y demás diligencias pudieran o debieran integrar el expediente, así como el índice numerado de todos los documentos que contuviese).
- Por otro lado, resulta con claridad de su propio tenor literal, que la resolución objeto de impugnación no aprecia causa alguna de inadmisión (pues "deniega", no inadmite), ni aprecia tampoco que concurra ninguno de los límites que pudieran justificar un acceso parcial a lo cual no se alude en absoluto, sino que se limita a rechazar de plano la solicitud, denegando indebidamente la solicitud y sin la motivación que impone el artículo 20.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ni hacer constar que se hubiere recabado informe alguno, hasta el punto que la resolución concluye afirmando que "existen argumentos que permiten denegar el acceso al expediente administrativo", aunque además condicionado a que "la notificación de la adjudicación se efectúe conforme a las prescripciones del artículo 151.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público", lo que supone -debe insistir mi representada- vincular dos cuestiones ajenas por completo, la motivación de la resolución de adjudicación (obligada en cualquier caso) y el acceso al expediente (obligado igualmente).
- La resolución objeto de impugnación constituye un acuerdo que, por su manifiesta ilegalidad y por el perjuicio grave que ocasiona a mi representada, podría ser además una conducta punible, en la medida que, a la luz del régimen sancionador instituido por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, (artículos 29 y siguientes), la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos es una conducta descrita en el catálogo de infracciones de la citada Ley como constitutiva de infracción administrativa tipificada como "muy grave" (artículo 29.1 c) o en su caso "grave" (artículo 29.2 c). Por todo ello,



considera mi representada que, al margen de la pretensión de revocación de la resolución impugnada y de reconocimiento del derecho que asiste a mi representada de acceder al expediente de contratación de referencia, objeto de la presente reclamación, debe ponderarse seriamente la conveniencia de dar traslado al órgano competente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 31 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, para que, a la vista de los hechos expuestos en la presente reclamación, acuerde en su caso incoar el procedimiento sancionador correspondiente contra la persona del Subdirector General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre por la posible comisión de una infracción administrativa tipificada como grave o muy grave en el artículo 29 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; todo ello, sin perjuicio de la responsabilidades de cualquier otra índole a que hubiere lugar en Derecho y que pudieran derivarse de los hechos objeto de la presente impugnación .

- *En mérito de lo expuesto, al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno solicito: que tenga por presentado el presente escrito, junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlos y, en su virtud, tenga por interpuesta reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno contra la Resolución de 23 de abril de 2018, adoptada por el Subdirector General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre y, previos los trámites legales que resultaren pertinentes, dicte resolución por la que se acuerde estimar la presente reclamación y por consecuencia declare nula, anule o revoque la resolución impugnada, dejándola sin efecto, y, en su virtud, reconozca y declare expresamente el derecho que asiste a mi representada de acceder al expediente de contratación AC-CON-01/2017 y adopte las medidas adecuadas a tal fin; todo ello, sin perjuicio de ponderar la conveniencia de dar traslado al órgano competente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 31 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, para que, a la vista de los hechos expuestos en la presente reclamación, se acuerde en su caso por el órgano competente incoar el procedimiento sancionador correspondiente contra la persona del Subdirector General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre, por la posible comisión de una infracción administrativa tipificada como grave o muy grave en el artículo 29 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y sin perjuicio también de las responsabilidades de cualquier otra índole a que hubiere lugar en Derecho y que pudieran derivarse en su caso de los hechos objeto de la presente impugnación.*

5. El 16 de mayo de 2018, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno remitió el expediente para alegaciones al MINISTERIO DEL FOMENTO. El 4 de junio de 2018, tuvieron entrada las alegaciones del Ministerio, en las que manifestaba lo siguiente:

- *Parte de la documentación solicitada ha sido declarada confidencial. Así; Llorete Bus, S.L., del sobre N° 3 (Proposición económica sobre criterios evaluables mediante fórmulas), el documento denominado "Estudio justificativo*



de la tarifa propuesta y las alegaciones presentadas en contra de su posible exclusión por contener su oferta valores anormales y desproporcionados. Transabus Balear S.L.U. toda la oferta contenida en el sobre Nº 2 y del sobre Nº 3 (Proposición económica sobre criterios evaluables mediante fórmulas), el documento 2 denominado "Plan de explotación" y el documento 4 "Estudio justificativo de la tarifa propuesta".

- Además esta unidad estima que tanto el estudio económico justificativo de la tarifa propuesta por los distintos licitadores, la información facilitada por los interesados para justificar sus ofertas incursas en presunción de anormalidad, así como los distintos informes técnicos elaborados por la Administración sobre estos últimos, deben ser considerados por aplicación de lo dispuesto en la normativa entonces en vigor, contenida en el artículo 153 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, información no publicable, ya que la difusión de los mismos implica una divulgación de secretos de un claro y evidente valor estratégico para las empresas licitadoras, como son precios unitarios de compra a proveedores, consumos y costes unitarios, procedimientos organizativos y condiciones de financiación de las inversiones, es decir todos los factores que resultan determinantes para la fijación de las ofertas económicas.
- Por último, confirmar que La Sepulvedana S.A.U, ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales, siendo uno de los motivos en los que fundamenta su pretensión de anulación de la resolución recurrida la actuación de la Subdirección General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre por denegarle el acceso al expediente.
- Por ello, no procede darle vista del expediente en este momento procesal dado que el recurso se encuentra en tramitación y será el Tribunal de Contratos si considera que los derechos de la recurrente han sido vulnerados, quien le de vista.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La LTAIBG, en su artículo 12, regula el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de



este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

3. En el presente caso, lo primero que debe analizarse es el procedimiento administrativo aplicable.

A tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la LTAIBG, *La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*

Para que este precepto sea de aplicación deben concurrir dos circunstancias simultáneamente: primera, que el solicitante de la información sea interesado y segunda, que la solicitud se haga dentro de un procedimiento específico que se encuentre en curso.

En el caso analizado, LA SEPULVEDANA, S.A.U. ha sido empresa licitadora en el procedimiento para adjudicar el contrato de gestión, en la modalidad de concesión, del servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Segovia, con prolongación a Melgar de Fernamental (Burgos), no resultando adjudicataria final. En estas condiciones, participa de la condición de interesada en el procedimiento administrativo de contratación.

Asimismo, la fase de licitación estaba aún pendiente de ser firme en vía administrativa en el momento en que la interesada solicitó la información, quedando abierta la fase de recurso especial en materia de contratación, regulado en el artículo 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que podrá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se haya notificado esta Resolución (artículo 50.1. d) Ley 9/2017), o, directamente, Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses, desde el día siguiente a su notificación. Fue precisamente en esta fase de recurso especial cuando la Reclamante instó al Ministerio que se le concediera acceso a la documentación (al expediente de contratación AC-CON-01/2017).

Por ello, existe un procedimiento específico en curso del que la Reclamante es interesada, contenido en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dándose todos los elementos necesarios para que resulte de aplicación la precitada Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la LTAIBG. Así, el acceso a la documentación solicitado debe resolverse en vía de recurso



especial por el órgano de contratación competente para su resolución, no por este Consejo de Transparencia.

En definitiva y como conclusión, la presente Reclamación debe ser desestimada.

III. RESOLUCIÓN

Considerando los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos, procede **DESESTIMAR** la Reclamación presentada por LA SEPULVEDANA, S.A.U, con entrada el 9 de mayo de 2018, contra la Resolución del MINISTERIO DE FOMENTO, de 23 de abril de 2018.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2, de la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1, c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

EL PRESIDENTE DEL CTBG
P.V. (Art. 10 del R.D. 919/2014)
EL SUBDIRECTOR GENERAL DE
TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Francisco Javier Amorós Dorda

