



Informe 1/2024, de 26 de marzo, del Consejo de Transparencia de Aragón, emitido a solicitud del Departamento de Sanidad, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 109.2 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

VISTA la solicitud formulada por el Departamento de Sanidad, el Pleno del Consejo de Transparencia de Aragón (en adelante CTAR) informa lo siguiente,

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de septiembre de 2023 se recibe en el CTAR una solicitud de informe, suscrita por la Directora General de Salud Pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. En resumen, dicha solicitud señala:

- a) Que la Dirección General de Salud Pública ha tramitado, mediante procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad, un contrato de suministro para la adquisición del medicamento "nirsevimab BEYFORTUS®", destinado a la inmunización pasiva de los lactantes menores de 6 meses durante la temporada epidémica y a aquellos menores de 24 meses con factores de riesgo de gravedad para el VRS (virus respiratorio sincitial).



- b) Dentro del plazo de presentación de proposiciones, la empresa SANOFI AVENTIS S.A. ha presentado el Presupuesto solicitado por la Dirección General de Salud Pública, así como su oferta económica que, apelando a intereses empresariales, señala como confidencial, indicando que *"la publicación se realice señalando que el número de dosis es estimado y en base a un presupuesto total"*.
- c) La confidencialidad de aspectos concretos de las ofertas contractuales queda amparada en el artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y viene establecida en Directivas de la Unión Europea, habiendo sido objeto de interpretación por los Tribunales y órganos competentes en materia de recursos contractuales. En concreto, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en sus resoluciones, admiten la confidencialidad relativa a aspectos de la oferta de los licitadores con el fin de salvaguardar sus intereses comerciales legítimos. En igual sentido ha venido a manifestarse la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su Sentencia de 28 de marzo de 2023.
- d) Con base en lo anterior, cabría admitir, en el ámbito de la compra pública sanitaria, que el precio unitario de los medicamentos no debe ser divulgado en atención al interés comercial legítimo, sin que ello suponga una vulneración de las normas de transparencia de la actividad pública
- e) Deben tomarse en cuenta también las resoluciones R/26615/2023/M y R/26616/2023/M del Ministerio de Sanidad,



por las que se acuerda la inclusión del medicamento BEYFORTUS® en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, aportadas por SANOFI AVENTIS S.A., que *"reconocen el compromiso del laboratorio a aplicar un descuento comercial confidencial"*. La publicidad de este descuento, según la citada empresa, resultaría contraria a los intereses de la Administración Sanitaria de España, en tanto perjudicaría el ahorro en el gasto farmacéutico, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un medicamento que produce en exclusividad la citada empresa y que no cuenta con alternativa en el mercado.

- f) Por todo lo anterior, la Dirección General de Salud Pública considera adecuada la declaración de confidencialidad realizada en relación con el número de dosis compradas y precio unitario de la dosis, sin perjuicio del preceptivo informe del CTAR.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 63.8 de 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 Ley 9/2017), dispone que *«Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato en los supuestos que establece el artículo 154.7.*



En todo caso, cada vez que el órgano de contratación decida excluir alguna información de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá justificarlo en el expediente».

En desarrollo de esta previsión, el apartado 7 del artículo 154 de la Ley 9/2017, que lleva por rúbrica «Anuncio de formalización de los contratos», establece lo siguiente:

«Podrán no 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.

En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se



pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días.

No obstante lo anterior, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado».

Por su parte, el artículo 109 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante Ley 11/2023) establece:

«Artículo 109. Publicidad de la información en materia de contratación.

1. Los órganos de contratación no podrán restringir la publicación de información con carácter general, excepto cuando se considere, previa justificación, 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 intereses esenciales de seguridad.

2. En todo caso, el órgano de contratación solicitará, con carácter previo a la adopción de la decisión de no publicar determinada



información, informe al Consejo de Transparencia de Aragón sobre la prevalencia del derecho de acceso a la información pública frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días. No se requerirá dicho informe en caso de que, con anterioridad, el Consejo de Transparencia de Aragón se hubiese pronunciado sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado».

En este caso, la Dirección General de Salud Pública, como órgano integrante de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, está sometida a la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón [artículo 4.1.a)], y sus actuaciones en materia de transparencia son objeto de control por el CTAR.

El Consejo de Transparencia de Aragón es así competente para emitir el informe solicitado.

SEGUNDO.- Deber advertirse, en primer lugar, que este Consejo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre un asunto similar en su informe 1/2018, de 23 de julio, —a cuyas consideraciones nos remitimos— emitido a solicitud de Ciudad del Motor de Aragón S.A., con relación al expediente de contratación 15/2018, de servicios deportivos para la celebración de una prueba motociclística en el Circuito de Motorland Aragón, que se había tramitado, como en el caso que nos ocupa, mediante procedimiento negociado sin publicidad ex artículo



168.a) 2º de la Ley 9/2017, servicios que solo podían ser encomendados a un empresario determinado.

El referido informe ya indicaba que *«Son muchos los preceptos de la vigente LCSP que, dando continuidad a lo establecido por la legislación de contratos precedente, enuncian o concretan los principios de publicidad y transparencia, con la doble finalidad de garantizar el acceso de los potenciales candidatos a las licitaciones públicas y prevenir la corrupción en las adjudicaciones. Estos deberes de transparencia y publicidad impuestos por la legislación de contratos son menos intensos en el caso de los contratos adjudicados mediante un procedimiento negociado sin publicidad «por exclusividad», como al que se refiere la solicitud de informe, sin que ello suponga —como más adelante se argumentará— que puedan eludirse las obligaciones de transparencia en la adjudicación y formalización del contrato».*

TERCERO.- Por otra parte, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (en adelante Ley 8/2015), establece en su artículo 10, como *«Límites a las obligaciones de transparencia»*, la seguridad o defensa del Estado, la averiguación de los delitos, la intimidad de las personas, la protección de datos de carácter personal, la propiedad intelectual y los demás límites establecidos en la legislación básica. Esta última mención constituye una remisión en bloque a los límites previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013. Entre estos límites podrían ser de aplicación al supuesto analizado *«los intereses económicos y comerciales»* previstos en el apartado h) del artículo



14.1, una de cuyas manifestaciones fundamentales son los denominados «*secretos comerciales*».

En este sentido, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, ha venido a transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. El artículo 1 de dicha Ley considera secreto empresarial *«cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:*

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».



Quiere destacar este Consejo, en primer lugar, la ausencia en la documentación remitida de la justificación exigida en los reproducidos artículos 63.8 y 154.7 de la Ley 9/2017, y el artículo 109.1 de la Ley 11/2023, pues la mera invocación de una circunstancia no hace que ésta quede acreditada.

La solicitud de informe, de acuerdo con lo indicado por SANOFI AVENTIS S.A., se limita a manifestar que *«si no se mantuviera confidencial el PVL (precio de venta de laboratorio) y/o el descuento ofertado por el laboratorio, su publicidad resultaría contraria a los intereses de la Administración sanitaria de España, en tanto que perjudicaría a la obtención de ahorros en el gasto farmacéutico y, por tanto, un perjuicio grave a nuestro sistema sanitario, máxime en el caso de un medicamento que produce en exclusividad la citada empresa, y que no cuenta con alternativa en el mercado. Consecuentemente, tanto los intereses comerciales legítimos de la empresa, al considerar la empresa que los precios ofertados, con el descuento comercial confidencial establecido, cuentan con un valor estratégico para su política comercial, como el interés público de la Administración sanitaria, consistente en el acceso a la adquisición del medicamento y en el beneficio de contar con el referido descuento comercial en el precio de las dosis adquiridas, justificarían la procedencia de la confidencialidad señalada por la empresa en cuanto a los términos de su oferta»*.

En definitiva, no queda así justificado que en la información que pretende privarse de transparencia concorra ninguno de los requisitos



para calificarla de confidencial, ni cuál sería el daño que dicha publicación causaría a los intereses comerciales legítimos de la citada empresa farmacéutica.

CUARTO.- Como se ha señalado en el Fundamento de Derecho Primero, el informe del CTAR debe ponderar casuísticamente qué derecho debe prevalecer: el interés privado a la no difusión de unos determinados datos o el interés público subyacente a la transparencia.

En este punto, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España (CTBG) y la Agencia Española de Protección de Datos en su Criterio (CI 002/2015), de 24 de junio de 2015, establecen el proceso de aplicación de los límites del derecho de acceso previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013. Éste concluye respecto al artículo 14:

«Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, "podrán" ser aplicados.

De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos.

La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.



En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test de daño) concreto, definido, evaluable. Éste, además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.

Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público)».

Sentado que la información que se pide no publicar no constituye un secreto comercial; no habiéndose justificado por las partes el riesgo de un perjuicio concreto, definido y evaluable en la publicación de los datos; solo resta por analizar, a los meros efectos enunciativos, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre el interés público que conlleva la difusión de la información.

En este punto no puede pasar inadvertida la singularidad del caso analizado, tanto porque se refiere a contratación pública —dotada de centralidad en el marco normativo regulador de la transparencia— como por la inexistencia de competidores en el mercado para el objeto contractual, que ha justificado la tramitación de un procedimiento negociado por exclusividad.

En este punto cabe recordar que en Aragón constituyen objeto de publicidad activa respecto a todos los contratos, ex artículo 16 de la Ley 8/2015:



«1. (...)

- a) Objeto, tipo de contrato y órgano de contratación.
- b) Fecha de formalización.
- c) Fecha de inicio de ejecución.
- d) Duración.
- e) Procedimiento de adjudicación utilizado para su celebración.
- f) Importes de licitación y de adjudicación.
- g) Instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado.
- h) Número de licitadores participantes en el procedimiento.
- i) Identidad del adjudicatario.
- j) Modificaciones aprobadas.

2. Se dará publicidad de la ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor, la cual comprenderá al menos información sobre las ampliaciones del plazo de ejecución, prórrogas del contrato, contratos complementarios, modificaciones del contrato, fecha de la recepción e importe de la liquidación practicada y, en su caso, de la cesión o resolución del contrato.

También se dará publicidad a la subcontratación, con indicación de la identidad de los subcontratistas, el importe de cada subcontratación y el porcentaje en volumen de cada contrato que ha sido subcontratado.

3. Asimismo, publicarán datos estadísticos sobre:

- a) 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.



b) El número de contratos adjudicados por cada uno de los procedimientos».

El precepto abarca una extensa relación de datos que tienen que estar disponibles en las sedes electrónicas, portales o páginas web de los sujetos obligados, entre los que se incluye, obviamente, el importe de adjudicación de los contratos.

Por último, al encontrarnos en un supuesto en el que resulta de aplicación el excepcional procedimiento negociado previsto en el artículo 168. a) 2º de la Ley 9/2017 —servicios que solo pueden encomendarse a un empresario determinado— es evidente que en la divulgación de los aspectos económicos del contrato no pueden verse afectados sus intereses comerciales legítimos. Hay que reiterar en este punto que la finalidad y la justificación de la excepción a la publicidad relativa a las adjudicaciones es evitar que los competidores puedan obtener por esta vía una mejor posición competitiva, finalidad que no es aplicable al caso, pues no existen tales competidores.

En el procedimiento negociado sin publicidad con un único empresario, en atención a su exclusividad, la única especialidad en materia de transparencia reside en la ausencia de publicidad de la licitación, ex artículos 166.3, 168 y 170 de la Ley 9/2017. Establece además el artículo 168 que la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.



Circunstancias todas éstas que solo pueden cuestionarse por otros operadores económicos, o por los ciudadanos, si se produce una publicación del anuncio de formalización con toda la información recogida en el Anexo III de la Ley 9/2017.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 37.3 g) de la Ley 8/2015, el Consejo de Transparencia de Aragón:

III. INFORMA

No concurren en el contrato de suministro para la adquisición del medicamento "nirsevimab BEYFORTUS®", a suscribir entre la Dirección General de Salud Pública y SANOFI AVENTIS S.A., las circunstancias excepcionales recogidas en los artículos 109.2 de la Ley 11/2023 y 154.7 de la Ley 9/2017, que permiten la no publicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato, por lo que deben publicarse íntegramente los aspectos económicos de la adjudicación y del contrato.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO

Consta la firma

LA SECRETARIA

Manuel A. Guedea Martín

Consta la firma

María Jesús Latorre Martín