



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentadas el 12 de mayo de 2022<sup>1</sup>

**Asunto C-54/21**

**Konsorcjum: ANTEA POLSKA S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska —  
Państwowy Instytut Badawczy**

**contra**

**Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie,**

**con intervención de:**

**ARUP Polska sp. z o.o.,**

**CDM Smith sp. z o.o.,**

**Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ARCADIS Sp. z o.o., HYDROCONSULT sp. z  
o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recurso, Polonia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2014/24/UE — Artículo 21 —  
Confidencialidad — Petición razonada de declaración de confidencialidad y prueba —  
Competencia del poder adjudicador — Declaración de confidencialidad — Motivación —  
Modulación del alcance de la confidencialidad por la legislación nacional —  
Secretos comerciales — Directiva (UE) 2016/943 — Aplicabilidad — Apreciación de la  
confidencialidad en relación con categorías de documentos — Exclusión —  
Apreciación individualizada»

1. En este reenvío prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia que precise los límites de la confidencialidad de las informaciones facilitadas por los licitadores, junto con sus ofertas, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.
2. En la sentencia Klaipėdos,<sup>2</sup> dictada después de registrarse esta petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia afrontó los problemas que suscitan los artículos de la Directiva 2014/24/UE,<sup>3</sup> en particular el artículo 21, relativos a la confidencialidad de aquellas informaciones.

<sup>1</sup> Lengua original: español.

<sup>2</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700; en lo sucesivo, «sentencia Klaipėdos»). Su incidencia en este asunto fue abordada por quienes intervinieron en la vista.

<sup>3</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

3. Las consideraciones de esa sentencia allanan la respuesta a algunos de los interrogantes de la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recurso, Polonia), que es el órgano de reenvío.<sup>4</sup>

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 2014/24

4. El artículo 21 («Confidencialidad») enuncia:

«1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación».

5. El artículo 50 («Anuncios de adjudicación de contratos») establece:

«[...]

4. Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación constituya un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda perjudicar la competencia leal entre operadores económicos».

6. Conforme al artículo 55 («Información a los candidatos y a los licitadores»):

«[...]

3. Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos».

<sup>4</sup> El Tribunal de Justicia ha reconocido la aptitud de ese órgano para plantear peticiones de decisión prejudicial en las sentencias de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801); y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), entre otras.

2. *Directiva (UE) 2016/943*<sup>5</sup>

7. Según el considerando décimo octavo:

«Además, la obtención, utilización o revelación de secretos comerciales, cuando lo imponga o lo permita la ley, deben considerarse lícitas a los efectos de la presente Directiva. [...] En particular, la presente Directiva no debe eximir a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad a las que están sujetas en relación con la información transmitida por los poseedores de secretos comerciales, independientemente de que dichas obligaciones se establezcan en el derecho de la Unión o en el nacional. Así ocurre, entre otros casos, con las obligaciones de confidencialidad de la información transmitida a los poderes adjudicadores en el marco de los procedimientos de contratación pública, como las enunciadas, por ejemplo, en [...] la Directiva 2014/24/UE [...]».

8. El artículo 1 («Objeto y ámbito de aplicación») especifica:

«[...]»

2. La presente Directiva no afectará:

[...]

c) a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que exijan o permitan a las instituciones y organismos de la Unión o a las autoridades públicas nacionales revelar información presentada por las empresas y que obre en poder de esos organismos, instituciones o autoridades, en virtud de las obligaciones y prerrogativas establecidas en el derecho de la Unión o nacional y de conformidad con estas;

[...]».

9. El artículo 2 («Definiciones») reza:

«A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) “secreto comercial”: la información que reúna todos los requisitos siguientes:

- a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;
- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;
- c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control;

[...]».

<sup>5</sup> Directiva 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 (DO 2016, L 157, p. 1).

10. El artículo 3 («Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos comerciales») estipula:

«[...]

2. La obtención, utilización o revelación de un secreto comercial se considerarán lícitas en la medida en que el derecho de la Unión o nacional exijan o permitan dicha obtención, utilización o revelación».

### **B. Derecho polaco**

1. *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych*<sup>6</sup>

11. El artículo 7 prevé:

«1. El poder adjudicador deberá preparar y tramitar los procedimientos de adjudicación de manera que se garantice la competencia leal y la igualdad de trato entre todos los operadores económicos, así como las reglas de proporcionalidad y transparencia.

[...]».

12. En el artículo 8 se lee:

«1. El procedimiento de adjudicación será público.

2. El poder adjudicador únicamente podrá restringir el acceso a la información relativa al procedimiento de adjudicación en los casos establecidos por la ley.

2a. El poder adjudicador podrá determinar en el pliego de condiciones los requisitos que deben concurrir para mantener la confidencialidad de la información facilitada al operador económico en el curso del procedimiento.

3. No se divulgará información que constituya secreto empresarial en el sentido de la normativa sobre competencia desleal cuando, antes de que finalice el plazo de presentación de ofertas o de solicitudes de participación en el procedimiento, el operador económico haya manifestado que tal información no puede revelarse y haya acreditado que la información reservada constituye un secreto empresarial. El operador económico no podrá designar como confidencial la información mencionada en el artículo 86, apartado 4. La disposición se aplicará *mutatis mutandis* al concurso de proyectos.

[...]».

<sup>6</sup> Ley de contratación pública, de 29 de enero de 2004.

2. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*<sup>7</sup>

13. El artículo 11, apartado 2, expone:

«Se entenderá por secreto empresarial la información técnica, tecnológica, científica, organizativa de la empresa u otra información que tenga un valor económico, que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no sea generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información o que no sea fácilmente accesible para esas personas, siempre que quien esté legitimado para utilizar esa información o disponer de ella haya tomado medidas razonables para mantenerla en secreto».

## II. Hechos, procedimiento y preguntas prejudiciales

14. En 2019,<sup>8</sup> la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa estatal de gestión del agua, Polonia) convocó un procedimiento abierto para adjudicar un contrato de «elaboración de los proyectos de la segunda actualización de los planes hidrológicos de cuenca (II aPGW) y metodologías».

15. El pliego de condiciones enunciaba que las ofertas se evaluarían sobre la base de tres criterios: el precio (40 %), el diseño del desarrollo de los proyectos (42 %) y la descripción de la forma de ejecución del contrato (18 %).

16. Presentaron ofertas cuatro operadores, entre los que se hallaba un consorcio de empresas liderado por ANTEA POLSKA S.A (en lo sucesivo, «Antea Polska»)<sup>9</sup> CDM Smith Sp.z o.o. (en lo sucesivo, «CDM») resultó adjudicatario.

17. Antea Polska, clasificado en segunda posición, recurrió la adjudicación ante la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recurso). Una de sus pretensiones era obtener acceso a determinados documentos y a la información calificada de secreto comercial por CDM y por otros licitadores.

18. Para Antea Polska, clasificar aquellas informaciones de secretas vulneraba los principios de igualdad de trato y de transparencia, en cuya virtud la confidencialidad se ha de interpretar de manera estricta. Además, la admisión excesiva de la información como confidencial, unida a la falta de motivación adecuada de las calificaciones concedidas, le habría privado de su derecho a la tutela judicial efectiva, al no conocer los pormenores de las ofertas de sus competidores.

19. En contra de esta postura, el poder adjudicador argumentó, entre otras consideraciones, que:

- Los titulares de la información confidencial cumplieron con la carga de explicar razonablemente por qué procedía protegerla como secreta.
- El diseño del desarrollo de los proyectos y la descripción de la forma de ejecución del contrato son estudios de autor cuya divulgación podría perjudicar los intereses de su creador.

<sup>7</sup> Ley relativa a la lucha contra la competencia desleal, de 16 de abril de 1993.

<sup>8</sup> Anuncio de licitación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de diciembre de 2019, con el número 2019/S 245 603343.

<sup>9</sup> Integraban el consorcio, además de Antea Polska, Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy.

- La información contenida en la oferta de CDM tenía valor comercial. Su divulgación permitiría a los competidores utilizar los conocimientos técnicos del licitador y las soluciones técnicas u organizativas por él desarrolladas.
- En la relación de personas que van a participar en la ejecución del contrato figuran datos que permiten identificarlas, lo que podría exponer al operador económico al riesgo de sufrir pérdidas si la competencia tratara de «captarlas». Análogamente, los datos del formulario de la oferta contienen información detallada de los terceros que ceden recursos, con un valor comercial.

20. En esta tesitura, la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recurso), que ha de resolver la impugnación contra la decisión del poder adjudicador, ha formulado siete preguntas prejudiciales. Por indicación del Tribunal de Justicia, solo abordaré las cuatro primeras, cuyo tenor es este:

- «1) ¿Es compatible con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y con el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24 [...] una interpretación del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 [...] en particular de las expresiones contenidas en ellas “de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida” y “tener un valor comercial por su carácter secreto”, así como de la que establece que “el poder adjudicador no divulgará la información que los operadores económicos hayan designado como confidencial”, según la cual el operador económico puede reservar cualquier información como secreto empresarial por el hecho de que no quiera divulgarla a los operadores económicos competidores?
- 2) ¿Es compatible con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y con el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, una interpretación del artículo 21, apartado 1, de la misma Directiva y del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 según la cual los operadores económicos que participen en un procedimiento de contratación pública pueden reservar los documentos contemplados en los artículos 59 y 60 de la Directiva 2014/24 y en el anexo XII de la misma Directiva, en su totalidad o en parte, como secreto empresarial, en particular respecto a la descripción de la experiencia adquirida, las referencias, la lista de las personas propuestas para ejecutar el contrato y de su cualificación profesional y los nombres y la aptitud de aquellas entidades a cuya capacidad se recurra o de los subcontratistas, cuando dichos documentos se requieran para acreditar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento o para realizar la evaluación, según los criterios de evaluación de las ofertas, o para determinar la conformidad de la oferta con otros requisitos exigidos por el poder adjudicador que figuren en la documentación del procedimiento (anuncio de licitación y pliego de condiciones)?
- 3) ¿Es compatible con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y con el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, en relación con los artículos 58, apartado 1, 63, apartado 1, y 67, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, la aceptación por el poder adjudicador de la declaración del operador económico de que dispone de los recursos humanos exigidos por el poder adjudicador o declarados por el propio operador económico, de entidades en cuyos recursos quiere apoyarse o de subcontratistas, extremo que debe acreditar al poder adjudicador de conformidad con lo establecido por la Ley, y simultáneamente de la declaración de que la mera divulgación a los operadores económicos competidores de datos

de esas personas o entidades (apellidos, nombres, experiencia y cualificación profesional) puede dar lugar a su “captación” por dichos operadores económicos, de modo que es necesario que esa información esté cubierta por el secreto empresarial y, a este respecto, puede considerarse que un vínculo tan inestable entre el operador económico y tales personas o entidades acredita que se disponga de dichos recursos y, en particular, permita atribuir al operador económico puntos adicionales conforme a los criterios de evaluación de las ofertas?

- 4) ¿Es compatible con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y con el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, una interpretación del artículo 21, apartado 1, de la misma Directiva y del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 según la cual los operadores económicos que participen en un procedimiento de contratación pública pueden reservar como secreto empresarial los documentos requeridos para examinar la conformidad de la oferta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (entre ellos la descripción del objeto del contrato) o para evaluar la oferta conforme a los criterios de evaluación de las ofertas, en particular cuando dichos documentos se refieran al cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones por el poder adjudicador, en las disposiciones legales o en otros documentos de acceso público o a los que tengan acceso los interesados, en especial, cuando tal evaluación no se realice según esquemas objetivamente comparables e indicadores mensurables y comparables matemática o físicamente, sino según una valoración individual del poder adjudicador y, en consecuencia, pueden interpretarse el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 en el sentido de que es posible que se considere secreto empresarial de un operador económico determinado la declaración —presentada por el propio operador en el marco de la oferta— de ejecución del objeto del contrato según las directrices del poder adjudicador establecidas en el pliego de condiciones, controladas y evaluadas por el poder adjudicador en función de su conformidad con tales requisitos, aun cuando corresponda al operador económico la elección de los métodos de obtención del resultado requerido por el poder adjudicador (el objeto del contrato)?»

### **III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

21. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 29 de enero de 2021.
22. Han depositado observaciones escritas Antea Polska, la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa estatal de gestión del agua), los Gobiernos austriaco y polaco, así como la Comisión Europea.
23. En la vista, celebrada el 16 de marzo de 2022, participaron Antea Polska, la Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa estatal de gestión del agua), CDM, el Gobierno polaco y la Comisión.

## IV. Apreciación

### A. Preliminar: Directiva aplicable

24. En la sentencia Klaipėdos (apartados 96 a 102), el Tribunal de Justicia declaró que la normativa aplicable a los asuntos relativos a la protección de la confidencialidad en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se contiene en la Directiva 2014/24, que constituye la *lex specialis*, y no en la Directiva 2016/943.

25. Esa declaración tuvo en cuenta, entre otros motivos, que:

- «Habida cuenta de su objeto, tal como se enuncia en su artículo 1, apartado 1, en relación con su considerando 4, la Directiva 2016/943 solo se refiere a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales y *no prevé medidas destinadas a proteger la confidencialidad de los secretos comerciales en otros tipos de procedimientos judiciales, como los procedimientos relativos a la adjudicación de contratos públicos*». <sup>10</sup>
- En el considerando décimo octavo de la Directiva 2016/943 puede leerse cómo «[...] la presente Directiva no debe eximir a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad a las que están sujetas en relación con la información transmitida por los poseedores de secretos comerciales, independientemente de que dichas obligaciones se establezcan en el derecho de la Unión o en el nacional. Así ocurre, entre otros casos, con las obligaciones de confidencialidad de la información transmitida a los poderes adjudicadores en el marco de los procedimientos de contratación pública, como las enunciadas, por ejemplo, en [...] la Directiva [2014/24] [...]».

26. Sentada esa premisa, nada obsta a tener en cuenta los conceptos de la Directiva 2016/943 <sup>11</sup> cuando, como aquí ocurre, la legislación nacional remita a ellos para regular el régimen de la confidencialidad en los procedimientos de contratación pública. A este extremo me referiré ulteriormente.

### B. Primera pregunta prejudicial

27. El órgano de reenvío quiere saber, ante todo, si la interpretación del artículo 21 de la Directiva 2014/24 <sup>12</sup> autoriza a que el licitador clasifique como confidencial, a título de secreto comercial, cualquier información que no quiera divulgar a sus competidores.

28. Hay que entender que, con ese interrogante, al órgano de reenvío no le preocupa tanto la actuación unilateral del licitador como las consecuencias que, para el poder adjudicador, se derivan de ella.

<sup>10</sup> Sentencia Klaipėdos apartado 97 (cursiva añadida). En aquel asunto era oportuna la referencia a los procesos judiciales, pues la pregunta versaba sobre la interpretación del artículo 9 de la Directiva 2016/943 («Preservación de la confidencialidad de los secretos comerciales durante el proceso judicial»). Los razonamientos de esa sentencia son, no obstante, extensibles sin dificultad a la fase previa, en la que el poder adjudicador se ha de pronunciar sobre la confidencialidad.

<sup>11</sup> Algunas versiones lingüísticas (la española, la inglesa, la alemana, la rumana, la italiana o la portuguesa) se refieren, indistintamente, a los «secretos comerciales» tanto en la Directiva 2014/24 como en la Directiva 2016/943. Otras versiones (por ejemplo, la polaca o la francesa) emplean la expresión «secretos comerciales» en la primera y «secretos empresariales» en la segunda. La disparidad carece de influencia en este litigio, pues ambas nociones son equivalentes.

<sup>12</sup> Aunque la pregunta apela también a los principios de igualdad de trato, no discriminación de los operadores económicos y transparencia, basta, para contestarla, interpretar el artículo 21 de la Directiva 2014/24, que los desarrolla.



29. A mi juicio, la respuesta se infiere de la sentencia Klaipėdos, en la que el Tribunal de Justicia declaró:

- «[...] el objetivo principal de las normas de la Unión en materia de contratos públicos incluye la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros y [...], para alcanzar este objetivo, es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores». <sup>13</sup>
- «De las disposiciones de la Directiva 2014/24, citadas en los apartados 113 y 114 de la presente sentencia [artículos 21, apartados 1 y 2, 50 y 55, apartado 2, letra c), de la Directiva 2014/24], así como de la jurisprudencia [...], resulta que un poder adjudicador ante el que un operador económico presenta una solicitud de comunicación de información considerada confidencial contenida en la oferta del competidor al que se haya adjudicado el contrato no debe, en principio, comunicar dicha información». <sup>14</sup>
- «No obstante, [...] el poder adjudicador no puede estar vinculado por la mera alegación de un operador económico de que la información transmitida es confidencial. En efecto, tal operador debe demostrar el carácter verdaderamente confidencial de la información a cuya divulgación se opone, probando, por ejemplo, que esta contiene secretos técnicos o comerciales, que su contenido podría ser utilizado para falsear la competencia o que su divulgación podría causarle un perjuicio». <sup>15</sup>
- «[...] Si el poder adjudicador alberga dudas acerca del carácter confidencial de la información transmitida por dicho operador, antes incluso de adoptar una decisión por la que se autorice el acceso a esa información en favor del solicitante, debe permitir al operador afectado aportar pruebas adicionales para garantizar el respeto del derecho de defensa de este último». <sup>16</sup>

30. Así pues, tanto al poder adjudicador como a los órganos que revisan sus decisiones se les atribuye la función de evaluar la confidencialidad pretendida por el licitador, y no simplemente de asumirla como ya proclamada. Cuentan con facultades suficientes para luchar contra lo que, según la decisión de reenvío, constituiría una práctica abusiva («abuso patológico») de los licitadores acostumbrados a emplear de modo desmesurado la posibilidad de clasificar como confidenciales aspectos de sus ofertas que, en realidad, no lo son.

31. De la decisión de reenvío resulta que, a pesar de que el legislador polaco quiso limitar la extensión de la confidencialidad, algunos licitadores invocan sistemáticamente que una gran parte de la información contenida en sus ofertas es secreto comercial y los poderes adjudicadores se inclinan a dar crédito a esas afirmaciones. <sup>17</sup>

32. Si esto es así y existe una anómala aplicación de la norma nacional que transpone la Directiva 2014/24, corresponde a los tribunales nacionales corregirla para respetar el derecho de la Unión.

<sup>13</sup> Sentencia Klaipėdos, apartado 115.

<sup>14</sup> *Ibidem*, apartado 116.

<sup>15</sup> *Ibidem*, apartado 117.

<sup>16</sup> *Ibidem*, apartado 118.

<sup>17</sup> Apartado IV.B, de la decisión de reenvío. El órgano remitente explica que, al actuar así, los poderes adjudicadores tienen una doble motivación: por un lado, temen divulgar documentos presentados como confidenciales, para no exponerse a dificultades o incurrir en responsabilidad; por otro lado, la opacidad les conviene, al hacer que sus decisiones devengan prácticamente inatacables, ya que los licitadores carecen de información sobre las cualidades o las debilidades de la oferta del licitador seleccionado.

33. Aunque el órgano de reenvío no dedica especial atención a lo que a continuación expondré, en las observaciones de las partes y en la vista se ha debatido sobre la restricción impuesta por la norma nacional (artículo 8, apartado 3, de la Ley sobre contratos públicos) que impide divulgar únicamente la información que constituya secreto comercial, en el sentido de la normativa sobre competencia desleal.<sup>18</sup>

34. La controversia ha versado sobre si esa norma nacional se atiene al artículo 21 de la Directiva 2014/24, que protege un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos técnicos y comerciales<sup>19</sup> (a título de ejemplo, abarca también a los «aspectos confidenciales de las ofertas»).

35. Como ya expuse en su momento,<sup>20</sup> a tenor del artículo 21 de la Directiva 2014/24, la protección no se limita a los secretos técnicos y comerciales, sino, también, entre otros, a los aspectos confidenciales de las ofertas. Por lo tanto, puede encajar en aquel precepto la información no susceptible de calificarse, estrictamente, de secreto técnico o comercial. A mi juicio, esa misma idea late en diversos pasajes de la sentencia Klaipėdos.<sup>21</sup>

36. En cuanto que la reforma del artículo 11 de la Ley sobre competencia desleal,<sup>22</sup> por la que se transpone la Directiva 2016/943, incluye la definición de «secreto comercial» de esta última, por tal cadena de remisiones la legislación polaca sobre contratos públicos desemboca en el concepto de «secreto comercial» de la Directiva 2016/943.<sup>23</sup>

37. Se suscita, pues, de modo indirecto, si el artículo 21 de la Directiva 2014/24 es compatible con una legislación interna que otorgue a la confidencialidad un alcance más restringido del que ese precepto señala.

38. A primera vista, ningún obstáculo habría para que la ley nacional contuviese semejante restricción, pues el artículo 21 de la Directiva 2014/24 rige «salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el derecho nacional a[l] que esté sujeto el poder adjudicador».

39. Esta *salvedad* confiere a los Estados miembros un margen de apreciación, de manera análoga a la de otros preceptos de la Directiva 2014/24 que remiten a la legislación nacional. Así ocurre con el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24, en cuya virtud los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación de ese artículo «teniendo en cuenta el derecho de la Unión».

40. El Tribunal de Justicia ha interpretado, sin embargo, que «la facultad de apreciación de los Estados miembros no es absoluta y [...] una vez que un Estado miembro decide incorporar una de las causas facultativas de exclusión establecidas en la Directiva 2014/24, ha de respetar sus

<sup>18</sup> Esa falta de atención quizás se deba a que, como explicó en la vista el Gobierno polaco, las informaciones aportadas junto con la oferta vencedora, de ser secretas, corresponderían al concepto de secreto comercial. No habría lugar, pues, a discutir sobre el resto de nociones del artículo 21 de la Directiva 2014/24.

<sup>19</sup> Para la Directiva 2016/943, los secretos técnicos se incluyen entre los comerciales. Su considerando décimo cuarto concibe el conocimiento técnico como componente del «secreto comercial».

<sup>20</sup> Conclusiones en el asunto Klaipėdos (C-927/19, EU:C:2021:295), punto 44.

<sup>21</sup> Por ejemplo, en el apartado 130, que apela a «la necesidad de [...] proteger la *información verdaderamente confidencial y especialmente los secretos comerciales* de los participantes en el procedimiento de licitación». *Cursiva añadida.*

<sup>22</sup> El Gobierno polaco confirmó en la vista que la ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw [Ley por la que se modifica la Ley sobre la competencia desleal y otras leyes (Dz.U. 2018/1637 z dnia 2018.08.27)] transpuso al derecho interno la Directiva 2016/943.

<sup>23</sup> La comparación del artículo 11 apartado 2, de la Ley sobre competencia desleal con el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2016/943 apunta a una coincidencia sustancial de la noción de secreto comercial en ambos textos, respecto de la que el órgano de reenvío no sugiere ningún roce.

rasgos esenciales, tal como se contemplan en esta última. Al prescribir que los Estados miembros han de tener “en cuenta el derecho de la Unión” cuando precisen “las condiciones de [aplicación] del presente artículo”, el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24 impide que los Estados miembros desfiguren las causas facultativas de exclusión que en él se plasman o que ignoren los objetivos y los principios que inspiran cada una de esas causas». <sup>24</sup>

41. En mi opinión, esa jurisprudencia resulta trasladable, por analogía, a este asunto. Con respeto del derecho de la Unión, los Estados miembros pueden modular el alcance de la confidencialidad, por lo que, en principio, no habría obstáculo a que el círculo de informaciones protegidas se limitase a los «secretos comerciales», más restringido que la previsión general del artículo 21 de la Directiva 2014/24.

42. Para interpretar la noción de secreto comercial podrá ser útil acudir a la Directiva 2016/943, en la que se clarifican los perfiles del concepto que emplea el artículo 21 de la Directiva 2014/24. Así ocurrirá, especialmente, cuando una legislación nacional, por el juego de remisiones que antes he expuesto, vincule la apreciación de la confidencialidad en el ámbito de la contratación pública a los secretos comerciales tal como los define la ley de transposición de la Directiva 2016/943.

43. La Directiva 2016/943, en cuanto tiene por designio regular de manera general los secretos comerciales, serviría al poder adjudicador —y a los órganos que revisan sus decisiones— para buscar un equilibrio entre los principios que, específicamente, afectan la confidencialidad y aquellos en los que se fundamenta el sistema de contratación pública de la Directiva 2014/24, así como el acceso a un régimen eficaz de recursos.

44. Ahora bien, han de tenerse en cuenta otros preceptos de la Directiva 2014/24, distintos del artículo 21, a la luz de los objetivos generales de esta. Su aplicación implica que cierta información confidencial, aun cuando no encaje estrictamente en la noción de secreto comercial, ha de protegerse para preservar la competencia no falseada entre los operadores económicos o los intereses comerciales legítimos de un operador económico.

45. A tenor del artículo 21 de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador ha de proporcionar a los candidatos y a los licitadores las informaciones establecidas en los artículos 50 y 55. Esas informaciones no encajan, en principio, en el elenco de las confidenciales, pero pueden adquirir tal cualidad si se dan las circunstancias a las que aluden el artículo 50, apartado 4, y el artículo 55, apartado 3, de la Directiva 2014/24.

46. Así pues, estarán sujetos al deber de confidencialidad datos (no necesariamente secretos comerciales) cuya divulgación «pudiera [...] perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico [...] o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos».

47. Aunque el artículo 55, apartado 3, de la Directiva 2014/24 se refiere, específicamente, a los datos mencionados en los apartados 1 y 2 del mismo artículo, lo relevante, para lo que aquí importa, es la llamada de atención a no perjudicar los intereses comerciales *legítimos* de un operador económico (rival) y a preservar la competencia.

<sup>24</sup> Sentencia de 19 de junio de 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), apartado 33. Esta tesis se reafirma en el auto de 20 de noviembre de 2019, Indaco Service, (C-552/18, no publicado, EU:C:2019:997), apartado 23.

48. Esa doble llamada de atención ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre contratación pública en términos más amplios. De ella se infiere que:

- La competencia entre operadores podría sufrir si uno de ellos se aprovecha ilegítimamente de informaciones sensibles aportadas por otros en este género de procedimientos. En la sentencia Klaipėdos, el Tribunal de Justicia corroboró que «[...] *es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores*». <sup>25</sup>
- Ha de evitarse el perjuicio a los intereses legítimos de otros operadores económicos, públicos o privados, como límite lógico a la divulgación de la información que estos hayan proporcionado al poder adjudicador. <sup>26</sup> Apreciar si existe, o no, un interés legítimo en preservar el secreto de una determinada información corresponde, precisamente, a ese poder adjudicador, a instancias del licitador que lo demande.

49. El artículo 50, apartado 4, y el artículo 55, apartado 3, de la Directiva 2014/24 dejan en manos de los poderes adjudicadores la decisión de no comunicar las informaciones sensibles a las que ambos aluden. Ninguno de los dos preceptos incluye la reserva que caracteriza al artículo 21, apartado 1, de la misma Directiva («salvo que se disponga de otro modo [...] en el derecho nacional»), por lo que su aplicación no está condicionada por las disposiciones nacionales.

50. De cualquier manera, la capacidad de los poderes adjudicadores para divulgar las informaciones contenidas en las ofertas, aun cuando no sean secretos comerciales *stricto sensu*, podrá estar limitada por otras disposiciones sectoriales que así lo prescriban. <sup>27</sup>

51. En suma, como respuesta a la primera pregunta prejudicial, entiendo que el artículo 21 de la Directiva 2014/24:

- Se opone a que un operador económico califique cualquier información de secreta por no querer, sin más, divulgarla a los competidores.
- Determina que el poder adjudicador no resulte vinculado por la mera alegación de un operador económico de que la información transmitida es confidencial.
- No obsta a que un Estado miembro limite la confidencialidad a los secretos comerciales, siempre que se respete el derecho de la Unión y que la información desvelada por no encajar en aquel concepto no pueda utilizarse en perjuicio de los intereses comerciales legítimos de otros operadores económicos o para falsear la competencia entre ellos.

<sup>25</sup> Apartado 115 (cursiva añadida).

<sup>26</sup> Sentencia Klaipėdos, apartado 115: «[...] como los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos, estos han de poder comunicar a tales poderes cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, *sin temor a que estos comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores* (véanse, en ese sentido, las sentencias de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartados 34 a 36, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg y JUR, C-584/20 P y C-621/20 P, EU:C:2021:601, apartado 112 y jurisprudencia citada)». Cursiva añadida.

<sup>27</sup> En la vista se mencionaron los aspectos relacionados con la protección de datos personales y con los derechos de propiedad intelectual. A estos últimos me referiré posteriormente.

### C. Preguntas prejudiciales segunda, tercera y cuarta

52. Con estas preguntas, que pueden responderse conjuntamente, el órgano de reenvío expresa sus dudas sobre la posibilidad de que la confidencialidad invocada por el licitador afecte, en particular, a:

- «La descripción de la experiencia adquirida, las referencias, la lista de las personas propuestas para ejecutar el contrato y de su cualificación profesional y los nombres y la aptitud de aquellas entidades a cuya capacidad se recurra o de los subcontratistas» (segunda pregunta).
- «La declaración del operador económico de que dispone de los recursos humanos exigidos por el poder adjudicador o declarados por el propio operador económico, de entidades en cuyos recursos quiere apoyarse o de subcontratistas» (tercera pregunta).
- «Los documentos requeridos para examinar la conformidad de la oferta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (entre ellos, la descripción del objeto del contrato) o para evaluar la oferta conforme a los criterios de evaluación de las ofertas, en particular cuando dichos documentos se refieran al cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones por el poder adjudicador, en las disposiciones legales o en otros documentos de acceso público o a los que tengan acceso los interesados» (cuarta pregunta).

53. De nuevo la sentencia Klaipėdos brinda al órgano de reenvío las claves para que él mismo deduzca si esas informaciones (o cualesquiera otras que acompañen a la oferta de un licitador) tienen, o no, carácter confidencial en el litigio sometido a su escrutinio.

54. La sentencia Klaipėdos se decanta, en mi opinión, por que la confidencialidad sea lo más específica posible:<sup>28</sup>

- En primer lugar, la asociación entre la «decisión de tratar determinados datos como confidenciales» y el deber de «comunicar de forma neutra, [...] el contenido esencial de [los datos confidenciales] al [...] licitador que los ha solicitado»,<sup>29</sup> sugiere el rechazo de declaraciones de confidencialidad de forma global o referidas a categorías genéricas de documentos.
- En segundo lugar, aunque las formas en las que se puede mantener el equilibrio entre los principios en tensión son variadas y difíciles de definir, «el poder adjudicador puede, en particular y en la medida en que el derecho nacional al que está sujeto no se oponga a ello, comunicar en forma resumida determinados aspectos de una candidatura o de una oferta, así como sus características técnicas, de modo que no pueda identificarse la información confidencial».<sup>30</sup>
- En tercer lugar, los poderes adjudicadores cuentan con mecanismos que amplían su margen de maniobra: «con arreglo al artículo 21, apartado 2, de la Directiva 2014/24, [...] podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de

<sup>28</sup> En el apartado 129 de la sentencia Klaipėdos se utiliza la noción de «información suficiente» para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva. Este último «debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos» a la protección de su información confidencial.

<sup>29</sup> Sentencia Klaipėdos, apartado 123.

<sup>30</sup> *Ibidem*, apartado 124.

contratación. Así pues, suponiendo que la información no confidencial sea adecuada para ello, un poder adjudicador también podrá recurrir a esta facultad para garantizar el respeto del derecho del licitador excluido a la tutela judicial efectiva, solicitando al operador cuya oferta ha sido seleccionada que le facilite una versión no confidencial de los documentos que contienen información confidencial». <sup>31</sup>

55. La interpretación del artículo 21 de la Directiva 2014/24 que dimana de esa línea jurisprudencial es coherente con otros preceptos de aquella Directiva que aluden a la *especificidad* de la confidencialidad. <sup>32</sup>

56. En la vista se discutió sobre el «principio de minimización», en la terminología del órgano remitente, como criterio que circunscribe la confidencialidad al mínimo necesario. Solo podrá dotarse de tal carácter a las informaciones, datos, elementos o pasajes de los documentos adjuntos a las ofertas (o de estas mismas) que, en concreto, se reputen imprescindibles para preservar los legítimos intereses del licitador y evitar que alguno de sus rivales falsee la competencia entre ellos.

57. Nada hay que oponer a la aplicación de ese principio, que atiende solo a partes específicas de la información suministrada, y no a los documentos en su integridad, si el poder adjudicador así lo juzga oportuno. De cualquier modo, no es posible establecer *a priori* cuándo unos u otros documentos resultarán susceptibles de clasificarse como confidenciales, pues tal calificación depende de las características de cada documento en un determinado litigio.

58. De la decisión de reenvío parece deducirse que el poder adjudicador habría actuado de manera general en relación con categorías determinadas de información, alejándose de la necesaria calificación individualizada.

59. Esa es, sin embargo, una apreciación que compete en exclusiva al órgano remitente, que habrá de evaluar circunstanciada y motivadamente:

- Si el licitador hizo una petición razonada y justificada de declaración de secreto comercial, total o parcial, de cada documento cuyo contenido pretendía mantener oculto para sus competidores.
- Si el poder adjudicador se pronunció, de manera individualizada, sobre las razones por las que entendía que un documento en concreto, o un conjunto de documentos, había de considerarse amparado por la confidencialidad, así como sobre el alcance y las condiciones que esta haya de tener.
- Si estaban justificadas las razones expuestas por el poder adjudicador para no desclasificar las informaciones que el licitador había presentado como reservadas.

<sup>31</sup> *Ibidem*, apartado 125. La aportación de una versión no confidencial es expresión de especificidad y concreción en la reserva de información. Implica que un mismo documento puede ser tratado de manera que solo algunas de sus partes se preserven del conocimiento público.

<sup>32</sup> Así sucede, por ejemplo, con el artículo 31, apartado 6, de la Directiva 2014/24: «en el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el poder adjudicador, de conformidad con el artículo 21, no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de *información específica*» (cursiva añadida).

60. Sin ánimo de sustituir al órgano de reenvío en esta tarea (que, en realidad, atañe más a la aplicación de la norma que a su interpretación), haré una breve alusión a las informaciones de las ofertas sobre las que versan estas preguntas prejudiciales, que aquel órgano resume en dos categorías.

61. La primera comprende los documentos que describen «la situación subjetiva del operador económico seleccionado, en relación con su experiencia, las entidades y el personal propuestos para ejecutar el contrato».

62. A juicio del órgano de reenvío, los documentos requeridos en el pliego de condiciones eran solo los que contemplan los artículos 59 y 60 y el anexo XII de la Directiva 2014/24 (además de los demandados por la ley nacional).

63. Si eso es así, difícilmente podrá estimarse que unos documentos cuya publicidad impone la propia Directiva 2014/24 puedan catalogarse como secreto comercial u otro tipo de información confidencial.

64. Añade el órgano de reenvío, en cuanto a los datos relativos a la situación subjetiva (capacidad financiera) del licitador, que el pliego de condiciones se limitaba a indicar que debía superar un cierto nivel, pero no obligaba a detallar esa capacidad ni a precisar con qué fondos cuenta el licitador en su entidad bancaria.

65. Algo similar puede decirse en lo que atañe a la situación de las terceras personas o entidades en cuyos recursos el licitador quiere apoyarse, o de los subcontratistas que propone en su oferta. Sin perjuicio de las obligaciones generales en cuanto a la protección de los datos personales, la designación de unas y de otros no puede mantenerse secreta, cuando el pliego de condiciones imponga su publicidad, sin que la alegación de un hipotético riesgo de «captación» de sus recursos humanos sea suficiente.

66. En cuanto a la segunda categoría de documentos, concierne a los «proyectos requeridos por el poder adjudicador [...] para evaluar las ofertas según criterios de calidad», que se concretan en la «propuesta de proyecto» y en la «descripción de la forma de ejecución del contrato».

67. En principio, no cabría excluir que alguno de los documentos aportados por un operador económico junto con su oferta contenga información sensible amparada en la protección de la propiedad intelectual, de acceso vedado a terceros que no cuenten con la debida autorización.<sup>33</sup>

68. En la vista, unos y otros intervinientes mantuvieron discrepancias a este respecto, para acabar confirmando que será el órgano de reenvío quien, en función de las circunstancias del litigio, haya de apreciar si se vulneraron derechos de esa naturaleza.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO 2001, L 167, p. 10), obligan, en particular, a los Estados miembros a garantizar a los autores los derechos exclusivos a autorizar o prohibir la reproducción de sus obras [artículo 2, letra a)], a autorizar o prohibir su comunicación al público (artículo 3, apartado 1) y a autorizar o prohibir su distribución (artículo 4, apartado 1).

<sup>34</sup> En la decisión de reenvío (apartado IV.B) se afirma que nadie ha contestado que «los proyectos no contienen soluciones innovadoras en el sector y contienen, por lo tanto, un conocimiento accesible a los profesionales».

69. Estas reflexiones corroboran la dificultad de calificar en abstracto, *a priori*, como informaciones de naturaleza confidencial, sean o no secretos comerciales, las incluidas en las ofertas de los licitadores. Inevitablemente, el artículo 21 de la Directiva 2014/24 ha de emplear fórmulas genéricas que permitan a los poderes adjudicadores y a los órganos de revisión aplicarlas en cada supuesto de forma motivada.

## V. Conclusión

70. En atención a lo expuesto, propongo responder a las cuatro primeras preguntas prejudiciales de la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala nacional de recurso, Polonia) en estos términos:

«El artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE ha de interpretarse en el sentido de que:

- El poder adjudicador no resulta vinculado por la mera alegación de un operador económico de que la información transmitida en su oferta es confidencial.
- Un Estado miembro puede limitar la confidencialidad a los secretos comerciales, siempre que se respete el derecho de la Unión y que la información desvelada por no encajar en aquel concepto no pueda utilizarse en perjuicio de los intereses legítimos de un determinado operador económico o para falsear la competencia leal entre estos.
- El poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de información considerada confidencial ha de discernir, circunstanciada y motivadamente, si es imprescindible otorgar preferencia al derecho de aquel operador a la protección de sus informaciones, frente al derecho de los competidores a conocerlas con objeto, en su caso, de impugnar la decisión de adjudicación del contrato».