



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 12 de maio de 2022¹

Processo 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,

sendo intervenientes:

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**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 21.º —
Confidencialidade — Pedido fundamentado com a declaração de confidencialidade e prova —
Competência da entidade adjudicante — Declaração de confidencialidade —
Fundamentação — Modulação do alcance da confidencialidade pela legislação nacional —
Segredos comerciais — Diretiva (UE) 2016/943 — Aplicabilidade — Apreciação da
confidencialidade relativamente a categorias de documentos — Exclusão —
Apreciação individualizada»

1. Neste reenvio prejudicial pede-se ao Tribunal de Justiça que precise os limites da confidencialidade das informações fornecidas pelos proponentes, juntamente com as suas propostas, no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.
2. No Acórdão Klaipėdos², proferido após o registo deste pedido de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça confrontou-se com os problemas suscitados pelos artigos da Diretiva 2014/24/UE³, em especial o artigo 21.º, relativos à confidencialidade dessas informações.

¹ Língua original: espanhol.

² Acórdão de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700; a seguir «Acórdão Klaipėdos»). A sua incidência sobre este processo foi abordada pelos intervenientes na audiência.

³ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

3. As considerações contidas nesse acórdão facilitam a resposta a algumas das questões da Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia), que é o órgão de reenvio⁴.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2014/24

4. O artigo 21.º («Confidencialidade») dispõe:

«1. Salvo disposto em contrário na presente diretiva ou na legislação nacional a que a autoridade adjudicante está sujeita, em especial a legislação relativa ao acesso à informação, e sem prejuízo das obrigações relativas à publicidade de contratos adjudicados e à informação aos candidatos e aos proponentes previstas nos artigos 50.º e 55.º da presente diretiva, a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos, incluindo, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspetos confidenciais das propostas.

2. As autoridades adjudicantes podem impor aos operadores económicos requisitos destinados a proteger as informações de natureza confidencial por elas disponibilizadas ao longo do procedimento de contratação.»

5. O artigo 50.º («Anúncios de adjudicação de contratos») estabelece:

«[...]

4. Certas informações relativas à adjudicação de um contrato ou à celebração de um acordo-quadro podem não ser publicadas caso a sua divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os legítimos interesses comerciais de certos operadores económicos, públicos ou privados, ou prejudicar a concorrência leal entre eles.»

6. Nos termos do artigo 55.º («Informação dos candidatos e dos proponentes»):

«[...]

3. As autoridades adjudicantes podem decidir não comunicar certas informações referidas nos n.ºs 1 e 2 relativas à adjudicação dos contratos, à celebração de acordos-quadro ou à admissão num sistema de aquisição dinâmico, quando a sua divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os legítimos interesses comerciais de certos operadores económicos, públicos ou privados, ou prejudicar a concorrência leal entre eles.»

⁴ O Tribunal de Justiça reconheceu a competência dessa instância para submeter pedidos de decisão prejudicial nos Acórdãos de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801) e de 11 de maio de 2017, Archus e Gama (C-131/16, EU:C:2017:358), entre outros.

2. *Diretiva (UE) 2016/943*⁵

7. Segundo o considerando 18:

«Além disso, deverá ser considerada legal para efeitos da presente diretiva a aquisição, utilização ou divulgação de segredos comerciais imposta ou permitida por lei. [...] Em particular, a presente diretiva não deverá dispensar as autoridades públicas das obrigações de confidencialidade a que estão sujeitas em relação às informações transmitidas pelos titulares dos segredos comerciais, quer essas obrigações sejam estabelecidas no direito da União ou no direito nacional. Essas obrigações de confidencialidade incluem, nomeadamente, as obrigações relativas às informações comunicadas às entidades adjudicantes no âmbito de procedimentos concursais, tal como estabelecido, por exemplo, na Diretiva 2014/24/UE [...].»

8. O artigo 1.º («Objeto e âmbito de aplicação») precisa:

«[...]

2. A presente diretiva não afeta:

[...]

c) a aplicação das regras da União ou nacionais que impõem ou permitem às instituições e aos organismos da União ou às autoridades públicas nacionais a divulgação de informações transmitidas pelas empresas que essas instituições, organismos ou autoridades tenham em seu poder por força e nos termos das obrigações e das prerrogativas previstas no direito da União ou no direito nacional;

[...].»

9. O artigo 2.º («Definições») tem a seguinte redação:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1) “Segredo comercial”, as informações que cumprem cumulativamente os requisitos seguintes:

- a) serem secretas, no sentido de, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, não serem geralmente conhecidas pelas pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão, ou não serem facilmente acessíveis a essas pessoas;
- b) terem valor comercial pelo facto de serem secretas;
- c) terem sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, para serem mantidas secretas pela pessoa que exerce legalmente o seu controlo;

[...].»

⁵ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais (JO 2016, L 157, p. 1).

10. O artigo 3.º («Aquisição, utilização e divulgação legais de segredos comerciais») dispõe:

«[...]

2. A aquisição, utilização ou divulgação de um segredo comercial é considerada legal na medida em que tal aquisição, utilização ou divulgação seja imposta ou permitida pelo direito da União ou pelo direito nacional.»

B. Direito polaco

1. *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych*⁶

11. O artigo 7.º prevê:

«1. A entidade adjudicante deve preparar e conduzir o procedimento de contratação de modo a garantir a concorrência leal e a igualdade de tratamento dos operadores económicos, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da transparência.

[...]»

12. O artigo 8.º tem a seguinte redação:

«1. O procedimento de contratação é público.

2. A entidade adjudicante só pode limitar o acesso a informação relativa ao procedimento de contratação nos casos previstos na lei.

2a. A entidade adjudicante pode determinar, no caderno de encargos, as exigências relativas à manutenção do caráter confidencial das informações comunicadas pelo operador económico durante o processo.

3. As informações que constituem segredos comerciais na aceção da legislação relativa à concorrência desleal não são divulgadas se o operador económico, o mais tardar no prazo de apresentação das propostas ou do pedido de participação no processo, tiver precisado que não podem ser disponibilizadas, e tiver demonstrado que as informações reservadas constituem segredos comerciais. O operador económico não pode reservar a informação a que se refere o artigo 86.º, n.º 4. Esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* aos concursos de conceção.

[...]»

2. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*⁷

13. O artigo 11.º, n.º 2, prevê:

«Entende-se por segredo comercial a informação técnica, tecnológica, científica, organizacional de uma empresa ou outras informações com valor económico que, no seu conjunto ou numa

⁶ Lei Relativa aos Contratos Públicos, de 29 de janeiro de 2004.

⁷ Lei Relativa ao Combate à Concorrência Desleal, de 16 de abril de 1993.

parte específica dos seus elementos não sejam geralmente do conhecimento das pessoas que normalmente se ocupam deste tipo de informações ou não sejam facilmente acessíveis a essas pessoas, desde que a pessoa habilitada a utilizar a informação ou a geri-la tenha tomado medidas, com a devida diligência, para as manter confidenciais.»

II. Matéria de facto, processo e questões prejudiciais

14. Em 2019⁸, a Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa pública de gestão das águas polacas, Polónia) anunciou um concurso aberto para a adjudicação de um contrato relativo ao «desenvolvimento do projeto da II.^a atualização dos planos de gestão de bacia hidrográfica (II aPGW), incluindo as metodologias».

15. O caderno de encargos previa que as propostas seriam avaliadas com base em três critérios: o preço (40 %), a conceção do desenvolvimento dos projetos (42 %) e a descrição do modo de execução do contrato (18 %).

16. Apresentaram propostas quatro operadores, entre os quais se incluía um consórcio de empresas liderado pela ANTEA POLSKA S.A (a seguir «Antea Polska»)⁹. A CDM Smith Sp.z o.o. (a seguir «CDM») foi declarada adjudicatária.

17. A Antea Polska, classificada em segundo lugar, recorreu da adjudicação na Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso). Um dos seus pedidos consistia em obter acesso a determinados documentos e às informações qualificadas como segredos comerciais pela CDM e por outros proponentes.

18. Para a Antea Polska, a classificação dessas informações como secretas violava os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, por força dos quais a confidencialidade deve ser interpretada de forma estrita. Além disso, a admissão excessiva das informações como confidenciais, conjugada com a falta de fundamentação adequada das qualificações concedidas, tê-la-iam privado do seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva, dado não ter conhecimento dos detalhes das propostas dos seus concorrentes.

19. Contra esta posição, a entidade adjudicante alegou, nomeadamente, que:

- Os titulares das informações confidenciais cumpriram a obrigação de explicar de forma razoável os fundamentos pelos quais essas informações mereciam ser protegidas por segredo comercial.
- A conceção do desenvolvimento dos projetos e a descrição do modo de execução do contrato são estudos de autor cuja divulgação poderia prejudicar os interesses do seu criador.
- As informações constantes da proposta da CDM tinham valor comercial. A sua divulgação permitiria aos concorrentes utilizar o *know-how* do proponente e as soluções técnicas ou organizacionais por eles desenvolvidas.

⁸ Anúncio de concurso publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* de 19 de dezembro de 2019, com o número 2019/S 245 603343.

⁹ Faziam parte do consórcio, além da Antea Polska, a Pectore-Eco sp. z o.o. e o Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy.

— Na lista de pessoas que vão participar na execução do contrato figuram dados que permitem identificá-las, o que poderia expor o operador económico a um prejuízo caso a concorrência tentasse «adquirir» essas pessoas. Do mesmo modo, os dados do formulário de proposta contêm contactos detalhados de terceiros que disponibilizam recursos, que têm valor comercial.

20. Neste contexto, a Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso), chamada a pronunciar-se sobre a impugnação da decisão da entidade adjudicante, submeteu sete questões prejudiciais. Por indicação do Tribunal de Justiça, abordarei apenas as quatro primeiras, que têm a seguinte redação:

- «1) Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE [...] da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943 [...] em especial das expressões nele contidas “na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, não serem geralmente conhecidas [...] ou não serem facilmente acessíveis” e “terem valor comercial pelo facto de serem secretas”, e da indicação de que “a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos”, em resultado da qual um operador económico pode reservar como segredo comercial qualquer informação com o fundamento de que não deseja revelar essa informação aos seus concorrentes?
- 2) Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, em resultado da qual os operadores económicos que concorrem a um contrato público podem reservar os documentos indicados nos artigos 59.º e 60.º da Diretiva 2014/24/UE e no anexo XII à Diretiva 2014/24/UE, no todo ou em parte, como segredo comercial, nomeadamente no que respeita à lista de experiências, referências, à lista de pessoas propostas para a execução do contrato e respetivas qualificações profissionais, nomes e capacidades das entidades cujo potencial seja invocado ou dos subcontratantes, caso esses documentos sejam exigidos para comprovar o cumprimento das condições de participação no processo, ou para apreciação segundo os critérios de avaliação da proposta, ou para efeitos da declaração da conformidade da proposta com outros requisitos da entidade adjudicante contidos na documentação do processo (anúncio de concurso, caderno de encargos)?
- 3) Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, em conjugação com o artigo 58.º, n.º 1, o artigo 63.º, n.º 1 e o artigo 67.º, n.º 2, da alínea b), da Diretiva 2014/24/UE, permitem à entidade adjudicante aceitar simultaneamente a declaração do operador económico de que dispõe dos recursos humanos exigidos ou por si declarados, das entidades com cujos recursos pretende contar ou dos subcontratantes, que, por força das disposições legais, deve demonstrar à entidade adjudicante, e a declaração de que a simples comunicação aos operadores económicos concorrentes dos dados relativos a essas pessoas ou entidades (nome, apelido, experiência, qualificações) pode resultar na sua “aquisição” por esses contratantes, tornando necessário que essa informação seja abrangida pelo segredo comercial? Nestas condições, pode considerar-se que uma ligação tão ténue

entre o operador económico e essas pessoas e entidades constitui a prova de que dispõe desses recursos e, em especial, permite a atribuição de pontos adicionais ao operador económico ao abrigo dos critérios de avaliação das propostas?

- 4) Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, em resultado da qual os operadores económicos que concorrem a um contrato público podem reservar, enquanto segredos comerciais, os documentos exigidos para verificar a conformidade da proposta com o caderno de encargos (incluindo a descrição do objeto do contrato) ou para efeitos de apreciação de uma proposta com base nos critérios de avaliação das propostas, em especial quando esses documentos digam respeito ao cumprimento dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante incluídos no caderno de encargos, nas disposições de direito ou noutros documentos amplamente disponíveis ou acessíveis aos interessados, e sobretudo se essa avaliação não for feita segundo modelos objetivamente comparáveis, ou segundo indicadores mensuráveis e matemática ou fisicamente comparáveis, mas segundo a avaliação individual da entidade adjudicante? Consequentemente, podem o artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e o artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, ser interpretados no sentido de que a declaração feita por um determinado operador económico no âmbito de uma proposta de execução de um determinado objeto de contrato, segundo as indicações da entidade adjudicante constantes do caderno de encargos, por ela controladas e apreciadas à luz da conformidade com esses requisitos, se pode considerar um segredo comercial, mesmo que caiba ao operador económico escolher os métodos que permitem alcançar o resultado exigido pela entidade adjudicante (objeto do contrato)?»

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

21. O pedido de decisão prejudicial foi registado no Tribunal de Justiça em 29 de janeiro de 2021.
22. Apresentaram observações escritas a Antea Polska, a Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa pública de gestão das águas polacas), os Governos austríaco e polaco, bem como a Comissão Europeia.
23. Na audiência, realizada em 16 de março de 2022, participaram a Antea Polska, a Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa pública de gestão das águas polacas, Polónia), a CDM, o Governo polaco e a Comissão.

IV. Apreciação

A. Preliminar: diretiva aplicável

24. No Acórdão Klaipėdos (n.ºs 96 a 102), o Tribunal de Justiça declarou que a regulamentação aplicável aos processos relativos à proteção da confidencialidade nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos está contida na Diretiva 2014/24/UE, que constitui a *lex specialis*, e não na Diretiva 2016/943.

25. Essa declaração teve em conta, nomeadamente, o facto de que:

- «Tendo em conta o seu objeto, conforme enunciado no seu artigo 1.º, n.º 1, conjugado com o seu considerando 4, a Diretiva 2016/943 apenas tem por objeto a aquisição, a utilização ou a divulgação ilegal de segredos comerciais e *não prevê medidas destinadas a proteger a confidencialidade dos segredos comerciais noutros tipos de processos judiciais, como os processos relativos à adjudicação de contratos públicos*»¹⁰.
- No considerando 18 da Diretiva 2016/943, pode ler-se que «[...] a presente diretiva não deverá dispensar as autoridades públicas das obrigações de confidencialidade a que estão sujeitas em relação às informações transmitidas pelos titulares dos segredos comerciais, quer essas obrigações sejam estabelecidas no direito da União ou no direito nacional. Essas obrigações de confidencialidade incluem, nomeadamente, as obrigações relativas às informações comunicadas às entidades adjudicantes no âmbito de procedimentos concursais, tal como estabelecido, por exemplo, na Diretiva [2014/24/UE] [...]».

26. Uma vez assente esta premissa, nada se opõe à tomada em consideração dos conceitos da Diretiva 2016/943¹¹ quando, como no presente processo, a legislação nacional remete para esses conceitos para regulamentar o regime da confidencialidade nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos. Voltarei posteriormente a este ponto.

B. Primeira questão prejudicial

27. O órgão de reenvio pretende saber, antes de mais, se a interpretação do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE¹² permite que o proponente classifique como confidenciais, a título de segredo comercial, quaisquer informações que não pretenda divulgar aos seus concorrentes.

28. Deve considerar-se que, com esta questão, o órgão de reenvio não se preocupa tanto com a ação unilateral do proponente como com as consequências que daí decorrem para a entidade adjudicante.

29. Na minha opinião, a resposta decorre do Acórdão Klaipėdos, no qual o Tribunal de Justiça declarou:

- «[...] o objetivo principal das normas da União em matéria de contratos públicos inclui a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros e [...], para atingir esse objetivo, é necessário que as entidades adjudicantes não divulguem informações relativas a procedimentos de contratação pública cujo conteúdo possa ser utilizado para falsear a concorrência, seja num procedimento de contratação em curso, seja em processos de contratação posteriores»¹³.

¹⁰ Acórdão Klaipėdos, n.º 97 (o sublinhado é meu). Nesse processo, a referência aos processos judiciais era oportuna, uma vez que a questão tinha por objeto a interpretação do artigo 9.º da Diretiva 2016/943 («Preservação da confidencialidade dos segredos comerciais no decurso de processos judiciais»). Todavia, as considerações desse acórdão são extensíveis sem dificuldade à fase prévia durante a qual a entidade adjudicante deve pronunciar-se sobre a confidencialidade.

¹¹ Algumas versões linguísticas (a espanhola, a inglesa, a alemã, a romena, a italiana ou a portuguesa) referem-se indistintamente aos «segredos comerciais» tanto na Diretiva 2014/24/UE como na Diretiva 2016/943. Outras versões (por exemplo, a polaca ou a francesa) utilizam a expressão «segredos comerciais» na primeira e «segredos empresariais» na segunda. A disparidade não tem incidência neste litígio, uma vez que os dois conceitos são equivalentes.

¹² Embora a questão se refira igualmente aos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação dos operadores económicos e da transparência, para lhe responder, é suficiente proceder à interpretação do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE, que os desenvolve.

¹³ Acórdão Klaipėdos, n.º 115.

- «Resulta das disposições da Diretiva 2014/24, referidas nos n.ºs 113 e 114 do presente acórdão [artigos 21.º, n.ºs 1 e 2, 50.º e 55.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2014/24], e da jurisprudência [...], que uma entidade adjudicante, a quem um operador económico apresentou um pedido de comunicação das informações consideradas confidenciais contidas na proposta do concorrente ao qual o contrato foi adjudicado, não deve, em princípio, comunicar essas informações»¹⁴.
- «Todavia, [...] a entidade adjudicante não pode estar vinculada pela simples alegação de um operador económico de que as informações transmitidas são confidenciais. Com efeito, esse operador deve demonstrar o carácter verdadeiramente confidencial das informações a cuja divulgação se opõe, demonstrando, por exemplo, que estas incluem segredos técnicos ou comerciais, que o seu conteúdo poderá ser utilizado para falsear a concorrência ou que a sua divulgação lhe poderá ser prejudicial»¹⁵.
- «[...] [S]e a entidade adjudicante se interrogar sobre o carácter confidencial das informações transmitidas pelo referido operador, deve, antes mesmo de tomar uma decisão que autorize o acesso a essas informações a favor do requerente, permitir ao operador em causa fornecer elementos de prova adicionais para assegurar o respeito dos seus direitos de defesa»¹⁶.

30. Por conseguinte, tanto à entidade adjudicante como aos órgãos que reveem as suas decisões é atribuída a função de avaliar a confidencialidade pretendida pelo proponente e não meramente de a assumir como já adquirida. Dispõem de poderes suficientes para lutar contra o que, segundo o despacho de reenvio, constitui uma prática abusiva («abuso patológico») dos proponentes habituados a utilizar de forma excessiva a possibilidade de classificar como confidenciais aspetos das suas propostas que, na realidade, não o são.

31. Resulta do despacho de reenvio que, embora o legislador polaco tenha pretendido limitar a extensão da confidencialidade, alguns proponentes invocam sistematicamente o facto de grande parte das informações contidas nas suas propostas constituírem segredos comerciais, sendo que as entidades adjudicantes tendem a considerar essas afirmações credíveis¹⁷.

32. Se assim for e se existir uma aplicação incorreta da norma nacional que transpõe a Diretiva 2014/24/UE, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais corrigi-la para que respeite o direito da União.

33. Embora o órgão de reenvio não dedique uma atenção especial ao que exporei a seguir, nas observações das partes e na audiência foi discutida a restrição imposta pela lei nacional (artigo 8.º, n.º 3, da Lei Relativa aos Contratos Públicos) que apenas impede a divulgação das informações que constituam segredos comerciais na aceção da legislação relativa à concorrência desleal¹⁸.

¹⁴ *Ibidem*, n.º 116.

¹⁵ *Ibidem*, n.º 117.

¹⁶ *Ibidem*, n.º 118.

¹⁷ N.º IV.B, do despacho de reenvio. O órgão de reenvio explica que, ao fazê-lo, as entidades adjudicantes têm uma dupla motivação: por um lado, receiam divulgar documentos apresentados como confidenciais, a fim de não se exporem a dificuldades ou de incorrerem em responsabilidade; por outro lado, a opacidade convém-lhes, uma vez que torna as suas decisões praticamente incontestáveis, dado que os proponentes não dispõem de informações relativas às qualidades ou às deficiências da proposta do proponente escolhido.

¹⁸ Essa falta de atenção talvez se deva ao facto de que, como o Governo polaco explicou na audiência, se as informações fornecidas juntamente com a proposta vencedora fossem confidenciais, corresponderiam ao conceito de segredo comercial. Por conseguinte, não seria necessário discutir os outros conceitos do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE.

34. A controvérsia incidiu sobre a questão de saber se essa norma nacional é conforme com o artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE, que protege um âmbito de confidencialidade mais amplo do que o dos segredos técnicos e comerciais¹⁹ (a título exemplificativo, abrange igualmente os «aspectos confidenciais das propostas»).

35. Como já referi em devido tempo²⁰, nos termos do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE, a proteção não se limita aos segredos técnicos e comerciais, mas também, entre outros, aos aspetos confidenciais das propostas. Por conseguinte, podem ser abrangidas por esta disposição as informações que não possam ser qualificadas estritamente de segredos técnicos ou comerciais. Na minha opinião, essa mesma ideia está presente em várias passagens do Acórdão Klaipėdo²¹.

36. Na medida em que a revisão do artigo 11.º da Lei relativa à concorrência desleal²², que transpõe a Diretiva 2016/943, inclui a definição de «segredo comercial» desta última, através dessa cadeia de remissões, a legislação polaca relativa aos contratos públicos conduz ao conceito de «segredo comercial» da Diretiva 2016/943²³.

37. Por conseguinte, de forma indireta coloca-se a questão de saber se o artigo 21.º da Diretiva 2014/24 é compatível com uma legislação interna que confere à confidencialidade um alcance mais restrito do que essa disposição prevê.

38. À primeira vista, nada impede que a lei nacional contenha essa restrição, uma vez que o artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE é aplicável «[s]alvo disposto em contrário na presente diretiva ou na legislação nacional a que a autoridade adjudicante está sujeita».

39. Esta *reserva* deixa aos Estados-Membros uma margem de apreciação, de forma análoga à de outras disposições da Diretiva 2014/24/UE que remetem para a legislação nacional. É o caso do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE, nos termos do qual os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação desse artigo «tendo em conta o direito da União».

40. Todavia, o Tribunal de Justiça declarou que «o poder de apreciação dos Estados-Membros não é absoluto e [...] uma vez que um Estado-Membro decida incorporar um dos motivos facultativos de exclusão previstos na Diretiva 2014/24, deve respeitar as suas características essenciais, conforme definidas nesta última. Ao esclarecer que os Estados-Membros devem ter “em conta o direito da União” quando especificarem “as condições de aplicação do presente artigo”, o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24 obsta a que os Estados-Membros desvirtuem os motivos facultativos de exclusão estabelecidos nesta disposição ou ignorem os objetivos e os princípios subjacentes a cada um desses motivos»²⁴.

¹⁹ Para a Diretiva 2016/943, os segredos técnicos estão incluídos nos segredos comerciais. O seu considerando 14 concebe o *know how* como componente do «segredo comercial».

²⁰ Conclusões no processo Klaipėdos (C-927/19, EU:C:2021:295, n.º 44).

²¹ Por exemplo, no n.º 130, em que se refere a «necessidade de [...] proteger as *informações verdadeiramente confidenciais e singularmente os segredos comerciais* dos participantes no processo de concurso». O sublinhado é meu.

²² O Governo polaco confirmou na audiência que a ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw [Lei que Altera a Lei Relativa à Concorrência Desleal e Outras Leis (Dz.U. 2018/1637 z dnia 2018.08.27)] transpôs a Diretiva 2016/943 para o direito interno.

²³ A comparação do artigo 11.º, n.º 2, da Lei relativa à concorrência desleal com o artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2016/943 revela uma coincidência substancial do conceito de segredo comercial nestes dois textos, aspeto relativamente ao qual o órgão de reenvio não sugere qualquer atrito.

²⁴ Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 33). Esta tese é retomada no Despacho de 20 de novembro de 2019, Indaco Service, (C-552/18, não publicado, EU:C:2019:997, n.º 23).

41. Em meu entender, esta jurisprudência é transponível, por analogia, para este processo. No respeito do direito da União, os Estados-Membros podem modular o alcance da confidencialidade, de modo que, em princípio, nada se oporia a que a extensão de informações protegidas se limitasse aos «segredos comerciais», mais restrito do que a previsão geral do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE.

42. Para interpretar o conceito de segredo comercial, pode ser útil recorrer à Diretiva 2016/943, em que se clarificam os perfis do conceito utilizado no artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE. Será esse o caso, particularmente, quando uma legislação nacional, em razão das remissões anteriormente expostas, associe a apreciação da confidencialidade no domínio dos contratos públicos aos segredos comerciais tal como definidos pela lei de transposição da Diretiva 2016/943.

43. A Diretiva 2016/943, na medida em que tem por objetivo regulamentar de forma geral os segredos comerciais, serviria à entidade adjudicante — e às instâncias que reexaminam as suas decisões — para procurar um equilíbrio entre os princípios que, especificamente, dizem respeito à confidencialidade e aqueles em que assenta o sistema de contratos públicos da Diretiva 2014/24/UE, bem como o acesso a um regime eficaz de recursos.

44. Ora, importa ter em consideração outras disposições da Diretiva 2014/24/UE, diferentes do artigo 21.º, à luz dos objetivos gerais desta. A sua aplicação implica que determinadas informações confidenciais, mesmo que não sejam estritamente abrangidas pelo conceito de segredo comercial, devem ser protegidas para preservar a concorrência não falseada entre os operadores económicos ou os legítimos interesses comerciais de um operador económico.

45. Por força do artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE, a autoridade adjudicante deve fornecer aos candidatos e aos proponentes as informações previstas nos artigos 50.º e 55.º Em princípio, essas informações não estão abrangidas pelo elenco das informações confidenciais, mas podem adquirir essa qualidade se estiverem reunidas as circunstâncias referidas no artigo 50.º, n.º 4, e no artigo 55.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE.

46. Estão assim vinculados à obrigação de confidencialidade informações (não necessariamente segredos comerciais) cuja divulgação «possa [...] lesar os legítimos interesses comerciais de certos operadores económicos [...] ou prejudicar a concorrência leal entre eles».

47. Embora o artigo 55.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24 mencione, especificamente, as informações referidas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, o elemento pertinente, para o que aqui importa, é o facto de se chamar a atenção para que não sejam lesados os *legítimos* interesses comerciais de um operador económico (rival) e para que a concorrência seja salvaguardada.

48. Essa dupla chamada de atenção foi assumida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos contratos públicos em termos mais amplos. Resulta dessa jurisprudência que:

— A concorrência entre operadores poderia ser afetada se um deles beneficiasse ilegalmente de informações sensíveis fornecidas por outros neste tipo de procedimentos. No Acórdão Klaipėdos, o Tribunal de Justiça confirmou que «[...] é necessário que as entidades adjudicantes não divulguem informações relativas a procedimentos de contratação pública cujo conteúdo possa ser utilizado para falsear a concorrência, seja num procedimento de contratação em curso, seja em processos de contratação posteriores»²⁵.

²⁵ Acórdão Klaipėdos, n.º 115 (o sublinhado é meu).

— Tem de se evitar que os interesses legítimos de outros operadores económicos, públicos ou privados, sejam lesados, enquanto limite lógico para a divulgação das informações que estes tenham fornecido à entidade adjudicante²⁶. Apreciar se existe ou não um interesse legítimo na preservação do segredo de determinadas informações incumbe precisamente a essa entidade adjudicante, a pedido do proponente que o solicite.

49. O artigo 50.º, n.º 4, e o artigo 55.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE deixam às entidades adjudicantes a decisão de não comunicarem as informações sensíveis a que as duas disposições se referem. Nenhuma delas inclui a reserva que caracteriza o artigo 21.º, n.º 1, da mesma diretiva («[s]alvo disposto em contrário [...] na legislação nacional»), de modo que a sua aplicação não está condicionada pelas disposições nacionais.

50. Em todo o caso, a capacidade de as entidades adjudicantes divulgarem as informações contidas nas propostas, mesmo que não sejam segredos comerciais *stricto sensu*, pode ser limitada por outras disposições setoriais que o determinem²⁷.

51. Em suma, em resposta à primeira questão prejudicial, considero que o artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE:

- Se opõe a que um operador económico qualifique qualquer informação como secreta simplesmente por não desejar, sem mais, revelar essa informação aos seus concorrentes.
- Determina que a entidade adjudicante não está vinculada pela simples alegação de um operador económico de que as informações transmitidas são confidenciais.
- Não impede que um Estado-Membro limite a confidencialidade aos segredos comerciais, desde que o direito da União seja respeitado e que as informações divulgadas pelo facto de não estarem abrangidas por esse conceito não possam ser utilizadas em detrimento dos legítimos interesses comerciais de outros operadores económicos ou para falsear a concorrência entre eles.

C. Segunda, terceira e quarta questões prejudiciais

52. Com estas questões, às quais se pode responder conjuntamente, o órgão de reenvio manifesta dúvidas quanto à possibilidade de a confidencialidade invocada pelo proponente dizer respeito, em especial:

- «[À] lista de experiências, referências, à lista de pessoas propostas para a execução do contrato e respetivas qualificações profissionais, nomes e capacidades das entidades cujo potencial seja invocado ou dos subcontratantes» (segunda questão).

²⁶ Acórdão Klaipėdos, n.º 115: «[...] uma vez que os procedimentos de contratação pública assentam numa relação de confiança entre as entidades adjudicantes e os operadores económicos, estes últimos devem poder comunicar às entidades adjudicantes todas as informações úteis no âmbito do processo de adjudicação, *sem recear que estas comuniquem a terceiros elementos de informação cuja divulgação possa ser prejudicial aos referidos operadores* (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de fevereiro de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, n.ºs 34 a 36, e de 15 de julho de 2021, Comissão/Landesbank Baden-Württemberg e CUR, C-584/20 P e C-621/20 P, EU:C:2021:601, n.º 112 e jurisprudência aí referida)». O sublinhado é meu.

²⁷ Na audiência, foram referidos os aspetos relativos à proteção dos dados pessoais e aos direitos de propriedade intelectual. Referir-me-ei a estes últimos posteriormente.

— «[À] declaração do operador económico de que dispõe dos recursos humanos exigidos ou por si declarados, das entidades com cujos recursos pretende contar ou dos subcontratantes» (terceira questão).

— «[Ao]s documentos exigidos para verificar a conformidade da proposta com o caderno de encargos (incluindo a descrição do objeto do contrato) ou para efeitos de apreciação de uma proposta com base nos critérios de avaliação das propostas, em especial quando esses documentos digam respeito ao cumprimento dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante incluídos no caderno de encargos, nas disposições de direito ou noutros documentos amplamente disponíveis ou acessíveis aos interessados» (quarta questão).

53. O Acórdão Klaipėdos fornece novamente ao órgão de reenvio as pistas para que ele próprio deduza se essas informações (ou quaisquer outras que acompanhem a proposta de um proponente) têm, ou não, caráter confidencial no litígio submetido ao seu escrutínio.

54. Em meu entender, o Acórdão Klaipėdos defende que a confidencialidade seja tão específica quanto possível²⁸:

— Em primeiro lugar, a associação entre a «decisão de tratar certos dados como sendo confidenciais» e o dever de «comunicar de forma neutra, [...] o conteúdo essencial dos [dados confidenciais] [ao] proponente que os requer»²⁹, sugere a rejeição de declarações de confidencialidade de forma global ou relativas a categorias genéricas de documentos.

— Em segundo lugar, embora as modalidades que possibilitam a manutenção da harmonia entre os princípios discordantes sejam variadas e difíceis de definir, «a entidade adjudicante pode, nomeadamente e na medida em que o direito nacional a que está sujeita a tal não se opuser, comunicar sob forma resumida certos aspetos de uma candidatura ou de uma proposta, bem como as suas características técnicas, de modo que as informações confidenciais não possam ser identificadas»³⁰.

— Em terceiro lugar, as entidades adjudicantes dispõem de mecanismos que alargam a sua margem de manobra: «nos termos do artigo 21.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, [...] podem impor aos operadores económicos requisitos destinados a proteger as informações de natureza confidencial por elas disponibilizadas ao longo do procedimento de contratação. Assim, admitindo que as informações não confidenciais sejam adequadas para esse efeito, uma entidade adjudicante poderá igualmente recorrer a essa faculdade para assegurar o respeito do direito a um recurso eficaz do proponente excluído, pedindo ao operador cuja proposta foi selecionada que lhe forneça uma versão não confidencial dos documentos que contêm informações confidenciais»³¹.

²⁸ No n.º 129 do Acórdão Klaipėdos é utilizado o conceito de «informações suficientes» para salvaguardar o direito a um recurso eficaz. Este último «deve ser ponderad[o] com o direito de outros operadores económicos» à proteção das suas informações confidenciais.

²⁹ Acórdão Klaipėdos, n.º 123.

³⁰ *Ibidem*, n.º 124.

³¹ *Ibidem*, n.º 125. A apresentação de uma versão não confidencial constitui uma expressão de especificidade e precisão na reserva da informação. Implica que o mesmo documento pode ser tratado de tal forma que apenas algumas de suas partes sejam preservadas do conhecimento público.

55. A interpretação do artigo 21.º da Diretiva 2014/24 que decorre desta linha jurisprudencial é coerente com outras disposições dessa diretiva que fazem referência à *especificidade* da confidencialidade³².

56. Na audiência, foi discutido o «princípio da minimização», na terminologia do órgão de reenvio, como critério que limita a confidencialidade ao mínimo necessário. Esse caráter confidencial só pode ser conferido às informações, dados, elementos ou passagens dos documentos juntos às propostas (ou das mesmas) que são efetivamente considerados indispensáveis para a preservação dos legítimos interesses do proponente e para evitar que um dos seus rivais falseie a concorrência entre eles.

57. Nada impede a aplicação desse princípio, que apenas diz respeito a partes específicas das informações fornecidas, e não da totalidade dos documentos, se a entidade adjudicante o considerar oportuno. Em todo o caso, não é possível determinar *a priori* quais os documentos que serão suscetíveis de ser classificados como confidenciais, uma vez que essa qualificação depende das características de cada documento no âmbito de um determinado litígio.

58. Parece resultar do despacho de reenvio que a entidade adjudicante teria atuado de forma geral em relação a determinadas categorias de informações, evitando a necessária qualificação individualizada.

59. Todavia, essa é uma apreciação que é da exclusiva competência do órgão de reenvio, que deve avaliar de forma circunstanciada e fundamentada:

- Se o proponente apresentou um pedido fundamentado e justificado de declaração de segredo comercial, total ou parcial, de cada documento cujo conteúdo pretendia manter oculto dos seus concorrentes.
- Se a entidade adjudicante se pronunciou, de forma individualizada, sobre as razões pelas quais entendia que um dado documento, ou um conjunto de documentos, devia ser considerado coberto pela confidencialidade, bem como sobre o alcance e as condições que esta devia ter.
- Se eram justificadas as razões invocadas pela entidade adjudicante para não desclassificar as informações que o proponente tinha apresentado como reservadas.

60. Sem pretender substituir-me ao órgão de reenvio nesta tarefa (que, na realidade, diz respeito mais à aplicação da norma do que à sua interpretação), farei uma breve referência às informações das propostas sobre as quais incidem estas questões prejudiciais, que esse órgão resume em duas categorias.

61. A primeira inclui os documentos que descrevem «a situação do operador económico escolhido relacionada com a sua experiência, as entidades e o pessoal propostos para executar o contrato».

³² É o caso, por exemplo, do artigo 31.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24/UE: «[n]o caso das parcerias para a inovação com vários parceiros, a autoridade adjudicante não pode, em conformidade com o artigo 21.º, revelar aos outros parceiros soluções propostas ou outras informações confidenciais comunicadas por um parceiro no âmbito da parceria sem o consentimento deste último. Esse consentimento não pode ser dado em termos gerais, mas sim referir-se especificamente à projetada comunicação de *informações específicas*» (o sublinhado é meu).

62. Segundo o órgão de reenvio, os documentos exigidos no caderno de encargos eram apenas os previstos nos artigos 59.º e 60.º e no anexo XII da Diretiva 2014/24/UE (além dos previstos na lei nacional).

63. Se for esse o caso, dificilmente se poderá considerar que documentos cuja publicidade é imposta pela própria Diretiva 2014/24 podem ser classificados como segredo comercial ou outro tipo de informações confidenciais.

64. O órgão de reenvio acrescenta, no que respeita aos dados relativos à situação subjetiva (capacidade financeira) do proponente, que o caderno de encargos se limitava a indicar que devia ultrapassar um determinado nível, mas não obrigava a especificar essa capacidade nem a precisar os fundos de que o proponente dispõe na sua instituição bancária.

65. Algo semelhante pode ser dito da situação dos terceiros, pessoas ou entidades, com cujos recursos o proponente pretende contar, ou dos subcontratantes que indica na sua proposta. Sem prejuízo das obrigações gerais relativas à proteção dos dados pessoais, a identidade de uns e de outros não pode manter-se secreta, quando o caderno de encargos impõe a sua publicidade, não sendo suficiente a invocação de um hipotético risco de «aquisição» dos seus recursos humanos.

66. Quanto à segunda categoria de documentos, diz respeito aos «estudos exigidos pela entidade adjudicante [...] utilizados na avaliação das propostas em função de critérios de qualidade», que se concretizam no «conceito de desenvolvimento» e na «descrição do modo de execução do contrato».

67. Em princípio, não se poderia excluir que algum dos documentos apresentados por um operador económico conjuntamente com a sua proposta contenha informações sensíveis abrangidas pela proteção da propriedade intelectual, cujo acesso é proibido a terceiros que não disponham da autorização adequada³³.

68. Na audiência, os intervenientes mantiveram diferendos a este respeito, para acabar por confirmar que é o órgão de reenvio que, em função das circunstâncias do litígio, será chamado a apreciar se foram violados direitos desta natureza³⁴.

69. Estas reflexões corroboram a dificuldade de qualificar *a priori*, em abstrato, como informações de natureza confidencial, sejam ou não segredos comerciais, as incluídas nas propostas dos proponentes. Inevitavelmente, o artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE deve utilizar fórmulas genéricas que permitam às entidades adjudicantes e às instâncias de recurso aplicá-las em cada caso concreto de forma fundamentada.

³³ Os artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO 2001, L 167, p. 10), impõem nomeadamente aos Estados-Membros que garantam aos autores os direitos exclusivos de autorização ou proibição de reproduções das suas obras [artigo 2.º, alínea a)], a autorizar ou proibir a sua comunicação ao público (artigo 3.º, n.º 1) e a autorizar ou proibir a sua distribuição (artigo 4.º, n.º 1).

³⁴ No despacho de reenvio (n.º IV.B) afirma-se que ninguém contestou a «ausência, nos estudos, de soluções inovadoras para a indústria, contendo conhecimento à disposição dos profissionais».

V. Conclusão

70. Atendendo ao exposto, proponho que se responda às quatro primeiras questões prejudiciais da Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia) nos seguintes termos:

«O artigo 21.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE deve ser interpretado no sentido de que:

- A entidade adjudicante não está vinculada pela simples alegação de um operador económico de que as informações transmitidas na sua proposta são confidenciais.
- Um Estado-Membro pode limitar a confidencialidade aos segredos comerciais, desde que o direito da União seja respeitado e que as informações divulgadas pelo facto de não estarem abrangidas por esse conceito não possam ser utilizadas em detrimento dos legítimos interesses de um determinado operador económico ou para falsear a concorrência leal entre eles.
- A entidade adjudicante a quem um operador económico tenha apresentado um pedido de informações consideradas confidenciais deve determinar de forma circunstanciada e fundamentada, se é indispensável dar preferência ao direito desse operador à proteção das suas informações, em relação ao direito de os concorrentes as conhecerem, a fim de, se for caso disso, impugnarem a decisão de adjudicação do contrato.»