

Asunto C-54/21

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

29 de enero de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recurso, Polonia)

Fecha de la resolución de remisión:

22 de diciembre de 2020

Partes recurrentes:

ANTEA POLSKA S.A.

«Pectore-Eco» sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy
(Instituto de Defensa del Medioambiente — Instituto Estatal de Investigación)

Parte recurrida:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa Estatal de Gestión del Agua, Polonia)

Otras partes del procedimiento:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Objeto del procedimiento principal

Recurso presentado en un procedimiento de contratación pública para la «elaboración de proyectos de la 2.^a actualización de los planes hidrológicos de cuenca (II aPGW) y metodologías», relativo a las acciones u omisiones del poder adjudicador, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa Estatal de Gestión del Agua, Polonia), en el curso del procedimiento de que se trata.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La cuestión prejudicial comprende dos grupos de cuestiones: la primera relacionada con la reserva realizada por los operadores económicos de información como secreto empresarial, mientras que la segunda versa sobre el establecimiento por el poder adjudicador de criterios de evaluación de las ofertas distintos del precio y la forma de su evaluación.

La petición se ha planteado con arreglo al artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

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/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 (en lo sucesivo, «Directiva 2014/24»), una interpretación del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y del artículo 2, punto 1, de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (en lo sucesivo, «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)?

5) ¿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 el artículo 67, apartado 4, de la misma Directiva, que dispone que los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, debiendo garantizar la posibilidad de una competencia efectiva y permitir comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación, que el poder adjudicador establezca un determinado criterio de evaluación de las ofertas, en particular un criterio que dependa de un juicio de valor del poder adjudicador, aun cuando ya en el momento de establecimiento de ese criterio se sepa que los operadores económicos aplicarán el secreto empresarial a la parte de la oferta relativa a dicho criterio, sin que el poder adjudicador se oponga a ello, de modo que los operadores económicos competidores, que no dispondrán de la posibilidad de verificar las ofertas concurrentes y compararlas con las propias ofertas, puedan tener la impresión de que el poder adjudicador examina y evalúa las ofertas con absoluta discrecionalidad?

6) ¿Pueden interpretarse el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 67, apartado 4, de la misma Directiva, según el cual los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, debiendo garantizar la posibilidad de una competencia efectiva y permitir comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación, en el sentido de que permiten que el poder adjudicador establezca un criterio de evaluación de la oferta que, como en el presente asunto, se base en la «propuesta del proyecto» y la «descripción de la forma de ejecución del contrato»?

7) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (en lo sucesivo «Directiva de recursos»), que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los operadores económicos un recurso eficaz contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores y de que los procedimientos de recurso sean accesibles a la persona

que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, en el sentido de que la resolución del órgano competente que establezca que los documentos designados como reservados por los operadores económicos en un determinado procedimiento no constituyen secreto empresarial, a raíz de la cual tales documentos deban ser divulgados por el poder adjudicador y se deba permitir que los operadores económicos competidores tengan acceso a ellos, cuando dicho efecto no dimanase directamente de las disposiciones legales, implica que el órgano competente deba adoptar una resolución que permita a dicho operador económico interponer un ulterior recurso —en relación con el contenido de tales documentos que desconocía anteriormente y respecto del cual, en consecuencia, no había podido hacer uso de las vías de recurso— contra un acto que no sea impugnabile por haber transcurrido el plazo de interposición de recurso, por ejemplo, mediante la anulación del examen y de la evaluación de las ofertas a las que se refieren los documentos de que se trata designados como secreto empresarial?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2014/24: artículo 18, apartado 1; artículo 21, apartado 1; artículo 55, apartados 2 y 3; artículo 56, apartados 1 y 2; artículo 58, apartado 4; artículo 59; artículo 60, apartado 1; artículo 63, apartado 1; artículo 67; y artículo 71, apartado 2.

Directiva 2016/943: artículo 2, punto 1.

Directiva 2007/66: artículo 1, apartados 1 y 3.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych [Ley de Contratación Pública, de 29 de enero de 2004] (Dz. U. 2004, n.º 19, partida 177)

Artículo 7

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.

Artículo 8

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.

Artículo 36b, apartado 1

El poder adjudicador requerirá que el operador económico indique las partes del contrato cuya ejecución tenga previsto subcontratar y las empresas subcontratistas.

Artículo 91

1. El poder adjudicador elegirá la oferta más ventajosa con arreglo a los criterios de evaluación de las ofertas establecidos en el pliego de condiciones.

2. Serán criterios de evaluación de las ofertas el precio o el coste o bien el precio o el coste y otros criterios relativos al objeto del contrato, en particular:

1) la calidad, entendiéndose comprendidos en ella los parámetros técnicos y las características estéticas y funcionales;

2) los aspectos sociales, especialmente la integración profesional y social de las personas mencionadas en el artículo 22, apartado 2, la accesibilidad para las personas con discapacidad o la consideración de las necesidades de los usuarios;

3) los aspectos medioambientales, especialmente la eficiencia energética del objeto de la contratación;

4) los aspectos innovadores;

5) la organización, la cualificación profesional y la experiencia de las personas designadas para ejecutar el contrato, cuando puedan ejercer una influencia significativa en la calidad de dicha ejecución;

6) el servicio posventa y la asistencia técnica, las condiciones de entrega, como el plazo de entrega, la forma de entrega y el tiempo de entrega o el período de ejecución.

[...]

2d. El poder adjudicador establecerá los criterios de evaluación de las ofertas de forma inequívoca y comprensible, que permita comprobar la información presentada por los operadores económicos.

[...]

Artículo 96

1. Durante el procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador redactará un acta en la que deberá constar al menos: [...]

5) el nombre y los apellidos o la denominación del operador económico cuya oferta haya resultado seleccionada por ser la más ventajosa y los motivos de la selección de su oferta y, cuando se conozcan, las partes del contrato o del contrato marco que ese operador económico tenga previsto subcontractar y, si se conocen en ese momento, los nombres y apellidos o las denominaciones de los posibles subcontratistas; [...]

7) cuando sea procedente, los resultados del examen de los motivos de exclusión, de la evaluación del cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento o de los criterios de selección, en particular:

a) el nombre y los apellidos o la denominación de los operadores económicos no excluidos, que hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento o de los criterios de selección, y los motivos de selección de esos operadores económicos,

b) el nombre y los apellidos o la denominación de los operadores económicos excluidos, que no hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento o de los criterios de selección, y los motivos de que no se les haya invitado a participar en el procedimiento;

8) los motivos por los que se hayan rechazado las ofertas; [...]

2. Se anexarán al acta las ofertas, los dictámenes de los peritos, las declaraciones, la información sobre la reunión mencionada en el artículo 38 apartado 3, las comunicaciones, las solicitudes, otros documentos e información aportados por el poder adjudicador y los operadores económicos y el contrato público.

3. El acta y sus anexos serán públicos. Los anexos del acta se publicarán tras la selección de la oferta más ventajosa o la anulación del procedimiento, mientras las ofertas se publicarán en el momento de su apertura, las ofertas preliminares desde la fecha de la invitación a presentar ofertas y las solicitudes de participación en el procedimiento desde la fecha en que se informe sobre el resultado de la evaluación del cumplimiento de los requisitos de participación.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Ley relativa a la Lucha contra la Competencia Desleal, de 16 de abril de 1993] (Dz.U. de 2020, partida 1913)

Artículo 11, apartado 2

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.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [Decreto del Ministro de Desarrollo de 26 de julio de 2016 relativo a los documentos que el poder adjudicador puede requerir a un operador económico en un procedimiento de adjudicación] (Dz.U. de 2020, partida 1282)

Artículo 2, apartado 4

A fin de que se acredite que el operador económico cumple los requisitos de participación en el procedimiento [de licitación] o los criterios de selección relativos a la capacidad técnica o profesional, el poder adjudicador podrá requerir los siguientes documentos:

- 1) [...]
- 2) una relación de los suministros o servicios efectuados y en caso de prestaciones periódicas o continuadas también los realizados durante los 3 años anteriores a la expiración del plazo de presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación, y cuando el período de actividad sea inferior durante ese período, indicando su valor, el objeto, la fecha de ejecución y las entidades a favor de las que se realizaron dichos suministros o servicios o se estén realizando correctamente, que deberán justificarse mediante referencias u otros documentos emitidos por la entidad a favor de la cual se realizaron dichos suministros o servicios o se estén realizando, en caso de prestaciones periódicas o continuadas, y cuando por causa justificada de carácter objetivo el operador económico no pueda obtener dichos documentos, mediante una declaración del propio operador económico y en caso de prestaciones periódicas o continuadas que sigan realizándose, mediante referencias u otros documentos que confirmen su realización correcta, que deberán haberse emitido durante los 3 meses anteriores a la expiración del plazo de presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación;

- 3) una relación de la maquinaria, material y equipo técnico de que disponga el operador económico para ejecutar el contrato público, así como la información relativa al título por el que dispone de dichos recursos;
- 4) una descripción del equipo técnico y de los medios organizativos y técnicos utilizados por el operador económico para garantizar la calidad y una descripción de las estructuras científicas y de investigación de las que sea titular el operador económico o de las que pueda disponer;
- 5) una relación de los sistemas de gestión y de control de la cadena de suministro que el operador económico pueda utilizar para ejecutar el contrato público; [...]
- 10) una relación de las personas asignadas por el operador económico a la ejecución del contrato público, en especial, las que sean responsables de la prestación de los servicios, el control de calidad o la dirección de las obras de construcción, junto con la información sobre su cualificación profesional, habilitaciones, experiencia y formación necesarias para ejecutar el contrato público, incluida la relativa al ámbito de su actividad y la información sobre el título por el que puede disponer de esas personas.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El presente litigio tiene por objeto el procedimiento, convocado por Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa Estatal de Gestión del Agua, Polonia), de adjudicación de un contrato público para la «elaboración de los proyectos de la segunda actualización de los planes hidrológicos de cuenca (II aPGW) y metodologías», tramitado mediante procedimiento abierto. La licitación se anunció en el *Diario Oficial de la Unión Europea* con el número 2019/S 245-603343.
- 2 Los planes hidrológicos de cuenca se incluyen entre los principales documentos de planificación, cuya elaboración y actualización se rige por las disposiciones de la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DO 2000, L 327, p. 1) y de la ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne [Ley de Aguas, de 20 de julio de 2017] (Dz. U. de 2018, partida 2268, en su versión modificada). Estos documentos constituyen el título para adoptar decisiones que configuren los recursos hídricos y las normas para su gestión en el futuro. Sirven para coordinar las actuaciones relativas al estado de las aguas y de los ecosistemas, los recursos hídricos, el uso de las aguas, el vertido en el agua o en el suelo de sustancias que puedan afectar negativamente a las aguas, la protección contra las inundaciones y la prevención de los efectos de la sequía. El contrato tenía por objeto la actualización periódica de esos planes y debía realizarse en cuatro fases, a saber, fase I: Elaboración de los proyectos II aPGW y las metodologías, fase II: Consulta pública de los proyectos II aPGW y elaboración de una evaluación ambiental

estratégica, fase III: Elaboración de proyectos de reglamentación en el proyecto II aPGW y fase IV: Preparación de un informe para la Comisión Europea y creación de una base de datos de II aPGW.

- 3 En el pliego de condiciones, el poder adjudicador señaló la experiencia mínima que debe acreditar el operador económico que concurra a la licitación y determinó el equipo requerido para ejecutar el contrato, indicando la experiencia, formación y competencias mínimas de los miembros de dicho equipo. El poder adjudicador recordó también que el operador económico que se apoye en los recursos de otras entidades debe acreditar que, al ejecutar el contrato, dispondrá de los recursos necesarios de esas entidades, especialmente mediante la aportación de un compromiso de estas de poner a su disposición las personas necesarias para ejecutar el contrato. Los operadores económicos fueron requeridos para aportar los documentos de prueba estándar en los procedimientos de adjudicación: el documento europeo único de contratación, las relaciones de los contratos realizados incluyendo referencias, las personas asignadas a la ejecución del contrato y las entidades que cedan recursos al operador económico. Conforme a lo establecido por el artículo 36b, apartado 1, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, el poder adjudicador requirió que los operadores económicos indicaran si iban a ejecutar el contrato mediante la participación de subcontratistas y, en tal caso, la razón social (denominación) del subcontratista y la parte del contrato cuya ejecución se preveía subcontratar. En el formulario de la oferta debían señalarse los documentos que pueden obtenerse mediante bases de datos gratuitas y generalmente accesibles (nombre del documento y dirección de la página web).
- 4 En el procedimiento presentaron ofertas: 1. los operadores económicos que concurrieron agrupados: ANTEA POLSKA spółka akcyjna con sede en Katowice, «Pectore-Eco» Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede en Gliwice e Instytut Ochrony Środowiska — Państwowy Instytut Badawczy con sede en Varsovia (en lo sucesivo, «recurrente»); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede en Varsovia (en lo sucesivo, «Arup»); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede en Varsovia (en lo sucesivo, «CDM»); 4. los operadores económicos que concurrieron agrupados: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede en Varsovia, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede en Varsovia, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych con sede en Varsovia (en lo sucesivo, «Multiconsult»).
- 5 Las ofertas fueron evaluadas con arreglo a los criterios de adjudicación de la contratación (dos criterios de calidad, «propuesta de proyecto», puntuación: 42 y «descripción de la forma de ejecución del contrato», puntuación: 18 y el criterio del precio, puntuación: 40).
- 6 Conforme al criterio «Propuesta de proyecto», la oferta debía describir las formas de planteamiento de la ejecución del contrato:

1. el planteamiento metodológico para elaborar un conjunto de actuaciones (en relación con las diferentes actuaciones, el método: de evaluación de la eficacia y de la adecuación para alcanzar los objetivos medioambientales de las distintas masas; de ejecución de un análisis de la eficiencia de los costes; de determinación del modo en que su realización impacta en la masa de agua superficial/subterránea; de determinación de las gastos de la ejecución y de las fuentes de financiación teniendo en cuenta los recursos nacionales y europeos; de realización de una verificación climática de los programas; de determinación de los efectos socio-económicos de la realización; de priorización de las actuaciones; de determinación de posibles sinergias resultantes de otros documentos de planificación; de valoración de si el conjunto de actuaciones propuesto para una masa de agua determinada permitirá alcanzar los objetivos medioambientales, incluyendo la realización de las actuaciones planeadas para las masas de agua vecinas);
 2. el planteamiento metodológico para identificar las actuaciones en materia de mantenimiento de la continuidad morfológica en el contexto de los objetivos medioambientales planificados para las masas de aguas superficiales, incluyendo la forma de realización del análisis/valoración del funcionamiento de las instalaciones existentes para la migración de peces (incluyendo el planteamiento metodológico para identificar las construcciones que obstaculicen la migración, para determinar si las construcciones identificadas están equipadas con instalaciones que permitan la migración de los peces, para evaluar el funcionamiento de las instalaciones existentes en el contexto del logro de los objetivos medioambientales y para identificar las actuaciones a este respecto);
 3. la propuesta para identificar desviaciones del logro de los objetivos medioambientales junto con su motivación;
 4. el planteamiento para ilustrar mediante mapas la ubicación de las masas de agua superficiales y las masas de agua subterráneas, de forma que sea posible localizar el punto de uso de las aguas al menos respecto de la localidad, según se indica en el punto 28, letra r), de la fase IV de la descripción del objeto del contrato.
- 7 Por el contrario, conforme al criterio «Descripción de la forma de ejecución del contrato», la oferta debía comprender:
1. la descripción de los posibles riesgos para una correcta realización de las distintas tareas en cada fase del contrato y de las formas de prevenirlos y evitarlos mediante un registro de riesgos que valorase la probabilidad y el nivel de riesgo;
 2. el organigrama del equipo: roles, ámbito de responsabilidad en relación con las competencias funcionales declaradas y flujo de información;
 3. la propuesta de valores añadidos, no comprendidos en la descripción detallada del objeto del contrato, que influyen en la calidad y la ejecución del objeto del contrato.

- 8 Los subcriterios en el marco de los criterios se evaluaban conforme a las tablas que comprendían las valoraciones descriptivas, a los que correspondía un determinado número de puntos. Las valoraciones descriptivas constataban si se habían cumplido los requisitos relativos a la documentación de la licitación, si se habían cometido errores sustanciales, si todos los elementos del subcriterio se habían descrito, cuántos de ellos habían sido descritos de forma clara y completa, cuántas de las soluciones propuestas en un subcriterio determinado eran óptimas y garantizaban un elevado nivel de calidad y fiabilidad de los resultados de los trabajos y cuántos valores añadidos, que no estuvieran comprendidos en la descripción detallada del objeto del contrato y que influyeran en la calidad y en la ejecución del objeto del contrato, se habían incluido en la descripción.
- 9 Las ofertas recibieron la siguiente puntuación:
 1. CDM — precio (21 517.620 PLN): 33,61 puntos; propuesta de proyecto: 29 puntos; descripción de la forma de ejecución del contrato: 12 puntos; total: 74,61 puntos (oferta más ventajosa).
 2. Recurrente — precio (18 081.000 PLN): 40 puntos; propuesta de proyecto: 7 puntos; descripción de la forma de ejecución del contrato: 15 puntos; total: 62 puntos.
 3. Multiconsult — precio (20 662.770 PLN): 35 puntos; propuesta de proyecto: 14 puntos; descripción de la forma de ejecución del contrato: 9 puntos; total: 58 puntos.
 4. Arup — precio (18 240.900 PLN): 39,65 puntos; propuesta de proyecto: 9 puntos; descripción de la forma de ejecución del contrato: 6 puntos; total: 54,65 puntos.
- 10 El recurrente interpuso un recurso ante el Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (Presidente de la Sala Nacional de Recurso, Polonia), en el que solicitaba la anulación de la selección de la oferta del operador económico CDM; el reexamen y la reevaluación de las ofertas y la desclasificación y el acceso a los documentos y la información reservada como secreto comercial por CDM, Multiconsult y Arup respecto a los criterios «propuesta de proyecto» y «descripción de la forma de ejecución del contrato», así como los documentos y la información reservada por CDM (relación de servicios, relación de personas, referencias, puntos 5 y 13 del formulario de la oferta), la modificación de la puntuación en favor del recurrente y en contra de CDM y la publicación de la motivación fáctica respecto a la puntuación atribuida a CDM, Multiconsult y Arup y, por último, la elección de la oferta presentada por el recurrente por ser la más ventajosa.
- 11 Arup, CDM y Multiconsult participaron en el procedimiento en apoyo de las pretensiones del poder adjudicador.
- 12 El recurrente alegó:

- La omisión de la desclasificación de la información con arreglo a la cual se atribuyeron los puntos en los criterios de calidad, así como de la información restante, que no había sido reservada eficazmente como secreto empresarial por CDM, lo que constituye una infracción del artículo 7, apartados 1 y 3, en relación con el artículo 8, apartados 1, 2 y 3, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, en relación con el artículo 11, apartado 2, de la ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- La omisión de una motivación fundada respecto a la evaluación de los criterios de calidad, lo que constituye una infracción del artículo 92, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la ustawa Prawo zamówień publicznych.
- La omisión de evaluación de las ofertas presentadas por el recurrente y por CDM según los criterios de evaluación de las ofertas y selección de la oferta presentada por CDM, al considerarla la más ventajosa, pese que, según los criterios de evaluación de las ofertas, debería haberse seleccionado la oferta del recurrente como más ventajosa, lo que constituye una infracción del artículo 92, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la ustawa Prawo zamówień publicznych.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 13 En la motivación, el recurrente ha señalado —en relación con la alegación de que se omitió desclasificar la información que no había sido reservada eficazmente como secreto empresarial por CDM, Multiconsult y Arup— que el principio de publicidad de la información pública es uno de los principios fundamentales del sistema jurídico de la República de Polonia, resultante de los artículos 54 y 61 de la Constitución de Polonia y de las disposiciones de la ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej [Ley de Acceso a la Información Pública, de 6 de septiembre de 2001] (Dz. U. N.º 112, partida 1198). Alega que no debe abusarse de la posibilidad de excluir la publicidad del procedimiento de adjudicación o interpretarse extensivamente, puesto que el principio de la publicidad del procedimiento es, en efecto, un principio superior y las excepciones al mismo no deben interpretarse en un sentido que lleven a limitarlo. Este derecho no puede utilizarse únicamente para el juego de la competencia entre los operadores económicos, sino solo estrictamente dentro de los límites de la definición que figura en el artículo 11, apartado 2, de la ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Con arreglo al artículo 96, apartado 3, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, será pública el acta con los anexos y deberá ponerse a disposición de todas las personas interesadas, con independencia de que tengan un interés jurídico o de hecho. Los operadores económicos que concurran en la adjudicación deben tener en cuenta que, en principio, sus ofertas serán públicas y ser conscientes de las consecuencias inherentes a la sumisión a los procesos establecidos en la normativa sobre contratos públicos.

- 14 Las motivaciones que han esgrimido los operadores económicos CDM, Multiconsult y Arup para justificar el secreto empresarial son lacónicas y, por lo general, se limitan a citar jurisprudencia. De lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3, de la ustawa Prawo zamówień publicznych se deduce inequívocamente que puede reservarse como secreto empresarial únicamente la información que constituya un secreto, pero no el documento en el que dicha información figure parcialmente. Sin embargo, los operadores económicos CDA, Multiconsult y Arup han extendido el secreto empresarial a conjuntos completos de documentos, sin acreditar debidamente la legalidad de dicha conducta. El poder adjudicador debería haber verificado detalladamente si y en qué medida la reserva del secreto empresarial era válida, tanto más cuanto esos documentos tienen una repercusión inmediata en la evaluación de las ofertas, suponiendo en su conjunto hasta el 60 % en los criterios de evaluación de las ofertas. En su lugar, aceptó acríticamente las explicaciones de los operadores económicos, lo que ha dificultado que el recurrente pueda posicionarse respecto de la procedencia de la atribución a dichos operadores económicos de un determinado número de puntos. Esta conducta contradice directamente el principio de publicidad del procedimiento de adjudicación.
- 15 Respecto de los diferentes documentos e información que han sido reservados por los competidores, el recurrente ha esgrimido que uno de los competidores en el pasado revelaba este tipo de información en los procedimientos de adjudicación en los que participó; que se han reservado documentos que constan publicados en páginas web; que los contratos consignados en el elenco reservado eran servicios prestados para los poderes adjudicadores, obligados a aplicar la ustawa Prawo zamówień publicznych y que, por tanto, se trataba de información pública y que uno de los operadores económicos no adoptó las acciones debidas para mantener la confidencialidad, pese a lo manifestado en la declaración aportada al poder adjudicador.
- 16 En relación con la alegación de la falta de una motivación completa acerca de los puntos atribuidos a los operadores económicos CDM, Multiconsult y Arup, el recurrente señaló que, debido a la falta de motivación fáctica de la decisión acerca del número de puntos atribuidos a los operadores económicos, no pudo posicionarse de forma precisa respecto de la evaluación efectuada por el poder adjudicador. La concisión de la motivación del poder adjudicador que fue remitida a los operadores económicos dificulta el control de la corrección de las actuaciones del poder adjudicador y hacer uso de las vías de recurso.
- 17 El poder adjudicador destacó que el derecho del operador económico para reservar como secreta una parte de la oferta debería tratarse del mismo modo que el principio de publicidad del procedimiento. El titular de la información confidencial debe hacer cuánto esté en su mano para explicar razonablemente por qué procede que la información reservada se proteja como secreto empresarial, debiendo acreditar la verosimilitud de las alegaciones y formularlas de modo convincente, coherente y lógico, en función de las características del

procedimiento y de la información reservada. Los operadores económicos cumplieron con todo ello.

- 18 Uno de los operadores económicos participantes alegó que la Directiva 2016/943 se adoptó para proteger una información que es moneda de cambio de la economía del conocimiento y que proporciona una ventaja competitiva. Las empresas consideran esta información a la par que las patentes y otro tipo de propiedad intelectual. Del considerando 18 de dicha Directiva se deduce claramente que no exime a las autoridades públicas de la obligación de mantener la confidencialidad de los secretos comerciales que se les comuniquen, también en los procedimientos de contratación pública. La obligación de mantener la confidencialidad de la información que el operador económico ha designado como secreto comercial resulta del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE. El principio de protección de la información que es secreto comercial en el sentido de la normativa sobre competencia desleal (artículo 8, apartado 3, de la *ustawa Prawo zamówień publicznych*) constituye una excepción al principio de publicidad del procedimiento de contratación pública (artículo 8, apartado 1, de la *ustawa Prawo zamówień publicznych*). El secreto comercial se ha definido en el artículo 11, apartado 2, de la *ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. El principio de publicidad del procedimiento de contratación pública es de carácter absoluto. El poder adjudicador lleva a cabo una evaluación de qué constituye y qué no información protegida jurídicamente y, en función de tal decisión, adopta actuaciones tuitivas ulteriores. Las actuaciones del poder adjudicador no deberían exponer a los operadores económicos al riesgo de sufrir un daño por la desclasificación de la información.
- 19 Por lo que se refiere al requisito de que la información tenga un valor económico, como componente constitutivo del secreto empresarial, con arreglo al artículo 39 ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994, que constituye un anexo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio) gozará de protección la información que tenga valor comercial por ser secreta. Esto supone que la información de que se trate debe tener cierto valor económico para el operador económico precisamente por el hecho de que seguirá siendo confidencial.
- 20 Respecto a la reserva de documentos sujetos a evaluación en el marco de los criterios de calidad, de la argumentación del poder adjudicador y de los operadores económicos participantes resulta que se trata de herramientas de autoría y es un cierto tipo de propiedad intelectual de los diferentes operadores económicos, su *know how*. Estas constituyen una obra a los efectos de la *ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [Ley sobre Derechos de Autor y Derechos afines a los Derechos de Autor, de 4 de febrero de 1994 (Dz. U. 1994, N.º 24, partida 83)], respecto de la cual corresponde únicamente al creador-operador económico el derecho de utilización y disposición en todos los campos de la explotación, especialmente el derecho de supervisar la forma de utilización de la obra y el derecho a decidir sobre la primera cesión de

dicha obra. La divulgación de los citados documentos podría menoscabar gravemente los intereses de los operadores económicos, puesto que tienen un valor económico, y los operadores económicos han adoptado las acciones necesarias para que no sean divulgados públicamente, como son, entre otras: procedimientos internos adecuados; cláusulas de confidencialidad; reglamento de trabajo; control de acceso al edificio; medidas de seguridad respecto a los documentos electrónicos (usuario y contraseña) y físicos (armarios).

- 21 El poder adjudicador explicó que cada una de las propuestas presentadas por los operadores económicos se realiza en función de las necesidades del procedimiento de que se trate y contiene soluciones únicas. Por el contrario, las ideas que contienen no son innovadoras, puesto que el poder adjudicador no espera un carácter innovador, sino que se cumplan los requisitos del pliego de condiciones, de modo que las soluciones tiendan a obtener los mejores resultados y sean correctas. La divulgación de las propuestas puede perjudicar los intereses de su autor, dado que otro operador económico puede proponer un plazo de ejecución más breve o un precio menor de realización; la propuesta puede ser aprovechada, puesto que no es una actuación puntual, sino que un contrato determinado está conectado con otros contratos y los especialistas o las empresas pueden aparecer en diferentes contratos, de modo que, con arreglo a la propuesta, el competidor puede apreciar quién participará en la ejecución, pudiendo ser captada una persona determinada.
- 22 Por cuanto se refiere a la reserva de la relación de servicios y de las referencias, la información contenida en la relación de servicios permitiría conocer a la competencia varios aspectos de la actividad del operador económico (seguimiento del perfil de la actividad en un tiempo determinado, los tipos de los contratos ejecutados o los destinatarios de los servicios). Tal relación muestra también el importe de los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios, lo que también constituye un secreto empresarial.
- 23 Respecto de la reserva de la relación de personas, en ella figuran datos que permiten identificar a las personas, lo que podría exponer al operador económico al riesgo de sufrir pérdidas en caso de que la competencia tratara de captarlas. Análogamente, los datos del formulario de la oferta contienen información detallada de los terceros que ceden recursos, que tiene un valor comercial. La actividad de los operadores económicos consiste principalmente en la prestación de servicios de consultoría y no disponen de otro patrimonio que no sean los bienes intangibles creados por los trabajadores. La especificación de los servicios de que se trata requiere disponer de un personal muy cualificado y proteger la información sobre las personas que deban ejecutar el contrato. Los datos sobre el potencial de los recursos humanos tienen importancia económica para los operadores económicos y se refieren a las reglas de funcionamiento de la empresa del operador económico, su estructura interna y la organización de su actividad.
- 24 De la postura del poder adjudicador, expuesta durante la vista, resultó asimismo que en los procedimientos es una práctica habitual que este tipo de proyectos se

reserven como confidenciales. Los operadores económicos hacen uso de motivaciones genéricas para reservar la información como secreta. Los documentos reclamados por el poder adjudicador guardan relación entre sí y no pueden separarse.

- 25 En relación con la alegación de falta de una motivación completa sobre los puntos atribuidos, el poder adjudicador considera que evaluó cada una de las cuestiones, subcriterios y criterios con arreglo al procedimiento y a las reglas descritas en el pliego de condiciones. Cada una de las ofertas ha sido analizada detalladamente y la evaluación se acompaña de una motivación detallada, que fue remitida a los operadores económicos el 12 de marzo de 2020. El nivel del detalle de las motivaciones de la puntuación, remitidas a todos los operadores económicos, permite revisar sin problemas la corrección del número de puntos atribuidos y determinar el número de casos en los que una determinada cuestión fue evaluada como descrita de forma clara y completa y cuántos valores añadidos declarados fueron reconocidos por el poder adjudicador como tales. A fin de verificar este extremo se requería una lectura atenta y la comprensión de las reglas de evaluación de las ofertas, lo que el recurrente no hizo, según ponen de manifiesto las alegaciones y la interpretación errónea de los diferentes fragmentos de la motivación de la evaluación de las ofertas. De la argumentación del recurrente se deduce que no entiende la configuración de la evaluación de los diferentes criterios y subcriterios y sobre esta base formula en el recurso tesis erróneas y conclusiones que a su juicio acreditan irregularidades por parte del poder adjudicador o bien su parcialidad. La puntuación del subcriterio dependía del número de cuestiones que cumplían determinados requisitos: optimización de las soluciones y garantía de un alto nivel de calidad y de fiabilidad de los resultados de los trabajos, así como el número de componentes que excedían de la descripción del objeto del contrato, que se ha considerado que influyen positivamente en la calidad de la ejecución del contrato. Asimismo, bajo la tabla en la que se establecieron los criterios de atribución de los puntos, el poder adjudicador precisó que por la expresión «optimización de las soluciones y garantía de un alto nivel de calidad y de fiabilidad de los resultados de los trabajos» se entiende la «aplicación por el operador económico de un nivel adecuado de detalle de los análisis y/o herramientas adecuados y/o verificación eficaz y sustancial de los datos iniciales y/o adopción de acciones eficaces que garanticen la exhaustividad de los datos y de los análisis». Las reglas anteriores fueron aplicadas coherentemente por la mesa de contratación al evaluar cada una de las ofertas y no suscitaron las dudas del recurrente ni de los otros operadores económicos durante la fase del procedimiento de contratación. En relación con la forma de evaluación de las ofertas por la que optó el poder adjudicador no surgieron dudas, puesto que no se planteó ninguna pregunta sobre el pliego de condiciones y tampoco hubo solicitudes de modificación a este respecto. Por tanto, el poder adjudicador las considera formuladas correctamente.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 26 El primer grupo de las cuestiones objeto de la remisión prejudicial versa sobre la reserva de información como secreto empresarial por los operadores económicos.
- 27 Con arreglo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., el poder adjudicador está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de este, no pueda concluirse que la petición de aclaración benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. Alcanzar este efecto guarda relación inmediata con la transparencia de la adjudicación de los contratos, que a su vez guarda relación con la publicidad para las partes del procedimiento. La publicidad del procedimiento puede limitarse, pero en el Derecho nacional no se han introducido tales limitaciones respecto de las reglas recogidas en el artículo 7, apartado 1, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, es decir, la competencia leal, la igualdad de trato y la transparencia del procedimiento. Análogamente, las disposiciones del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 no deberían dar lugar al incumplimiento de las reglas mencionadas en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE.
- 28 En el sistema jurídico polaco, los operadores económicos por regla general tienen pleno acceso a la documentación del procedimiento de contratación pública (artículo 96 de la ustawa Prawo zamówień publicznych). La falta o la limitación de ese acceso socava la confianza de los operadores económicos en las resoluciones de los poderes adjudicadores y, por ello, en todo el sistema de contratación pública, resultante de la falta de publicidad y de la posibilidad de verificar las actuaciones del poder adjudicador y de los competidores. Esto también hace difícil e incluso impide que los operadores económicos hagan uso efectivo de las vías de recurso.
- 29 El seguimiento del curso de los procedimientos por los operadores económicos, el conocimiento de las ofertas de los competidores y también la verificación de dichas ofertas y de la información comunicada a los poderes adjudicadores constituye una práctica común en las contrataciones nacionales y se visibiliza en los recursos interpuestos ante la Sala, en los que predominan las alegaciones de que no se han desestimado las ofertas incorrectas y de que no se ha excluido a aquellos operadores económicos que no han acreditado el cumplimiento de los requisitos para participar en el procedimiento o que han presentado información falsa al poder adjudicador. Con frecuencia, los operadores económicos disponen de un conocimiento profesional bastante mayor que el de los poderes adjudicadores sobre el objeto del contrato y la situación en el sector de que se trate y también acceden fácilmente a la información pública para verificar la información facilitada por los competidores, consiguiendo frecuentemente modificar el resultado del procedimiento.

- 30 Cada vez con mayor fuerza se pone de manifiesto la práctica que tiene por objeto contrarrestar ese modo de proceder mediante la reserva de los documentos presentados en el procedimiento o de sus partes, por contener secreto empresarial. La reserva se refiere a los documentos exigidos por los poderes adjudicadores, que versan sobre los motivos de exclusión de los operadores económicos del procedimiento, el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento, la conformidad de la oferta con los requisitos del pliego de condiciones y los criterios de evaluación de las ofertas. La reserva de este tipo de documentos se considera que encierra la intención de ocultar el contenido de dichos documentos frente a los competidores, para que estos no adviertan los motivos de exclusión del operador económico del procedimiento o de desestimación de la oferta que no haya advertido el propio poder adjudicador, ni, en su caso, cuestionen la evaluación efectuada de la oferta según los criterios de evaluación.
- 31 Conforme a la resolución del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) de 2005, la reserva de información como secreto comercial, aun cuando carezca de tal carácter, no da lugar a la desestimación de la oferta como contraria a la Ley, sino únicamente a la obligación de verificar la reserva y de que el poder adjudicador divulgue esa información. Por tanto, los operadores económicos comenzaron gradualmente a reservar de forma progresiva un mayor ámbito de información, puesto que tal proceder no comporta para ellos ninguna consecuencia negativa. Las reservas de información se realizan de forma funcional, es decir, los operadores económicos designan como confidencial una misma información cuando sea favorable para ellos y la divulgan cuando no lo sea. Los operadores económicos reservan con frecuencia todos los documentos a tales efectos y cuando se les solicita durante la vista que señalen qué fragmentos concretos contienen un secreto y por qué, no saben responder o únicamente señalan datos puntuales o fragmentos muy breves.
- 32 Por un lado, los poderes adjudicadores temen revelar los documentos reservados, incluso cuando consideran que no constituyen secreto empresarial, por temor a posibles problemas e indemnizaciones. Por otro lado, esto les resulta conveniente, puesto que de tal modo los demás operadores económicos carecen de acceso a esos documentos, lo que les impide cuestionar eficazmente las resoluciones de los poderes adjudicadores y limita los recursos contra las resoluciones del poder adjudicador.
- 33 La modificación del artículo 8, apartado 3, de la ustawa Prawo zamówień publicznych en 2014, que introdujo la obligación de que los operadores económicos acrediten que la información reservada constituye secreto empresarial, fue un intento de contrarrestar el problema descrito.
- 34 Durante los últimos años se han adoptado disposiciones, tanto en la Directiva 2014/24/UE, como en la Directiva 2016/943, que pueden dar lugar a una creciente inseguridad por parte de los poderes adjudicadores y de los organismos competentes acerca de cuál es la posibilidad real de que los operadores

económicos reserven información en un procedimiento de contratación pública. Estas dudas guardan relación principalmente con las expresiones utilizadas en dichas Directivas.

- 35 En efecto, en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE se establece que 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. Por su parte, en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943 se ha definido el secreto comercial como la información 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 el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas» y que «[tenga] un valor comercial por su carácter secreto». Por tanto, estas disposiciones ponen de relieve el hecho de que el empresario mantenga en secreto cierta información y no el carácter de esta información. Las disposiciones de las Directivas tampoco enfatizan la obligación de que el operador económico deba acreditar que una determinada información o un determinado documento constituyan un secreto empresarial, ni tampoco la obligación de que el poder adjudicador deba examinar si está justificada la reserva practicada.
- 36 Los operadores económicos tratan de sacar ventaja de la redacción muy genérica de las disposiciones de las Directivas e interpretarlas, en particular, el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943, en el sentido de que permite reservar la totalidad de cualquier información o documento que no quieran revelar a otros operadores económicos en el procedimiento. Puede tratarse de cualquier documento redactado puntualmente para un procedimiento de licitación o de cualquier elemento esencial de la oferta. Para los operadores económicos, el valor comercial de esa información resulta precisamente del hecho de que está cubierta por el secreto, ya que, de no estarlo, los competidores podrían encontrar defectos en las ofertas. Sin embargo, no parece que sea este el objeto de la posibilidad de garantizar el secreto de la información a los operadores económicos, introducida por el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE y por la Directiva 2016/943. Esto tampoco responde al sentido general de actuar en una situación de competencia leal.
- 37 En el procedimiento principal se cuestiona la reserva de dos tipos de documentos: los que describen la situación subjetiva del operador económico seleccionado, asociada a su experiencia, entidades y personal propuestos para ejecutar el contrato y los que describen la forma de ejecución del contrato.
- 38 Respecto de los documentos que describen la situación subjetiva del operador económico seleccionado en relación con su experiencia, entidades y personal propuestos para ejecutar el contrato, el poder adjudicador requiere documentos e información oficiales y estandarizados, según lo establecido por la normativa, en concreto en los artículos 59 y 60 y la parte II del anexo XII de la Directiva 2014/24/UE, así como en la ustawa Prawo zamówień publicznych y en el

rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- 39 A la vista del hecho de que el legislador de la Unión ha señalado una información concreta que debe ser comunicada a los poderes adjudicadores, puede concluirse que ha supuesto que no se trata de una información que tenga carácter de secreto empresarial. El ámbito de esa información viene determinado por las exigencias del poder adjudicador, si bien este no requería que se facilitaran los detalles del contrato, en especial los financieros y otros datos sensibles.
- 40 Por cuanto se refiere a la información sobre los proyectos finalizados exitosamente junto con las referencias de los destinatarios y sobre las competencias detalladas del personal, en particular de los investigadores, en ocasiones son objeto de publicidad y se incluyen en las páginas web para atraer a futuros clientes y ganar prestigio. Por tanto, no constituyen en sí mismos secreto empresarial.
- 41 La alegación de los operadores económicos de que el motivo de la reserva de la información de que se trate es la posibilidad de que se capten o que «se compren», ya sea las personas propuestas para el equipo que tenga que ejecutar el contrato ya las entidades que ceden sus recursos/subcontratistas, suscita dudas respecto del verdadero vínculo entre el operador económico y la persona o entidad por él señalada, así como de la posibilidad de disponer de esa persona o entidad y de sus recursos. El operador económico deberá decidir si, en realidad, puede invocar que ciertamente dispone de los recursos señalados, que en el caso del presente procedimiento no solo se refieren al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por el poder adjudicador, sino también a los criterios de la evaluación de las ofertas. Se trata de personas que se designan en el marco del criterio valorado y por cuya participación en el procedimiento se le atribuyen puntos adicionales a la oferta.
- 42 En la práctica, la Sala no ha constatado que exista en el mercado de las contrataciones públicas «captación» de personal o entidades terceras/subcontratistas que entrañe un problema efectivo de dicho mercado, ni ningún otro tipo de prácticas que no estén dentro de los límites del flujo natural del personal o de la autonomía contractual de las empresas. Los especialistas que gozan de aprecio en un sector determinado, especialmente en caso de una alta especialización, normalmente son conocidos y la entidad interesada está en condiciones de contactar con ellos, sin olvidar que existen además empresas especializadas de selección de personal. Los autores de los proyectos no ocultan sus logros profesionales, sino que con frecuencia se precian públicamente de sus resultados, en especial si ejercen un trabajo científico. Además, si una tarea determinada es interesante y prestigiosa desde el punto de vista profesional o lucrativa esas personas quieren desempeñarla, con independencia de para qué entidad vayan a trabajar. Ocurre algo similar en el caso de los subcontratistas. No existe ninguna prohibición de que la misma persona, ese mismo subcontratista o esa misma entidad que pone a disposición su experiencia, sean designados por

más de un operador económico, puesto que en último término solo un operador económico obtendrá la contratación. Por ello, lo realmente decisivo es cuál de los operadores económicos obtendrá dicha contratación y las condiciones de colaboración que van a proponer. Como resulta de la Directiva 2016/943, esta no debe entenderse en el sentido de que restrinja la libertad de establecimiento, la libre circulación de los trabajadores o la movilidad de estos (artículo 1, apartado 3, y el considerando 13 de la exposición de motivos).

- 43 Asimismo, este tipo de datos contenidos en la oferta pueden constituir secreto empresarial, pero antes de la presentación de esa oferta, cuando los operadores económicos buscan personal, subcontratistas, entidades que ceden recursos, etc. Sin embargo, tras la presentación de las ofertas y ante la prohibición de modificar su contenido (artículo 87, apartado 1, de la ustawa Prawo zamówień publicznych), de nada sirve tener conocimiento del personal o las entidades con las que pretende colaborar el competidor. A su vez, la idoneidad futura de estas personas depende de si cumplirán los requisitos concretos de otras contrataciones.
- 44 El segundo tipo de documentos reservados por los operadores económicos está constituido por los proyectos requeridos por el poder adjudicador, que deben servir para evaluar las ofertas según criterios de calidad, es decir, la «Propuesta de proyecto» y la «Descripción de la forma de ejecución del contrato». Los operadores económicos participantes y el poder adjudicador, al señalar los motivos para reservar los documentos de que se trata, invocaron principalmente el hecho de que estos constituyen proyectos de autor, obras que tienen un valor intelectual.
- 45 La Sala alberga dudas acerca de si el hecho en sí de que pueda considerarse que una parte determinada de la oferta tiene valor intelectual equivale a declarar que puede ser cubierta por el secreto empresarial. Por supuesto, podría estarlo si se elaborara para las necesidades propias de la empresa del operador económico. Sin embargo, la oferta se elabora con arreglo a los requisitos del pliego de condiciones, para constituir la base del examen de la conformidad de la oferta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (descripción del objeto del contrato) y la base de la estimación de la oferta según los criterios de la evaluación de las ofertas. Sin este objetivo, resulta difícil otorgar valor alguno a dichos proyectos. Tampoco el mero hecho de que pueda ser considerada una obra intelectual de un operador económico determinado implica que sea un secreto; en efecto, la característica de las obras consiste en que son objeto de publicidad y se designa a su creador. Tampoco se cuestionó la afirmación del poder adjudicador según la cual los proyectos no contienen soluciones innovadoras en el sector y contienen, por tanto, un conocimiento accesible a los profesionales. Por consiguiente, se plantean dudas acerca de si puede considerarse secreto empresarial la sola capacidad de describir hábilmente una cuestión.
- 46 El argumento de los operadores económicos relativo a la ventaja competitiva podría aplicarse en cualquier procedimiento de licitación. Suponer que la mera creación de ofertas que al mismo tiempo cumplan los requisitos del poder

adjudicador y obtengan una alta valoración en los criterios de la evaluación de las ofertas constituye un *know-how* del operador económico que es secreto empresarial llevaría a que los operadores económicos reservasen cualquier detalle de la oferta.

- 47 Conforme al considerando 14 de la exposición de motivos de la Directiva 2016/943, la información puede considerarse secreto empresarial cuando exista tanto un interés legítimo por mantenerla confidencial como una expectativa legítima de que se preserve dicha confidencialidad. Dicho *know-how* o información deben tener un valor comercial real o potencial. Por el contrario, en las posturas del poder adjudicador y de los operadores económicos participantes hay demasiadas suposiciones hipotéticas y que contradicen los razonamientos invocados como para que no se susciten dudas sobre si los motivos alegados para reservar la información deben ser considerados reales y si los documentos reservados tienen el valor comercial real mencionado en el considerando 14 de la exposición de motivos. Sin embargo, por otro lado, los operadores económicos manifiestan una oposición unívoca y firme contra la divulgación de la información. La redacción de las disposiciones de la Directiva 2016/943 suscita dudas acerca de qué está permitido a este respecto y tampoco existe una línea jurisprudencial uniforme y consolidada sobre la posibilidad de reservar este tipo de información como secreto empresarial. Por ello, a juicio de la Sala resulta esencial que el Tribunal de Justicia dé una respuesta sobre si está justificada la expectativa de los operadores económicos de que el poder adjudicador no revele los documentos mencionados anteriormente.
- 48 La reserva de cierta información como secreto empresarial también tiene el efecto de que limita —y con frecuencia impide— a otros operadores económicos acceder a las vías de recurso, como resulta de las alegaciones y del razonamiento del presente recurso, en los que el recurrente señala que no está en condiciones de exponer una motivación más completa de sus razones por no poder acceder a la información.
- 49 Una cuestión adicional, relativa al acceso a las vías de recurso, es que, con arreglo a la Directiva de recursos y también a la *ustawa Prawo zamówień publicznych*, tal acceso está limitado tanto temporal como materialmente.
- 50 Respecto del aspecto temporal, el artículo 182 de la *ustawa Prawo zamówień publicznych* establece los plazos en los que puede interponerse un recurso contra los actos del poder adjudicador. En el presente supuesto, el recurso únicamente puede interponerse en el plazo de 10 días desde que el poder adjudicador comunique la información sobre la selección de la oferta más ventajosa y sobre el resultado del examen realizado por el poder adjudicador y de la evaluación de las ofertas, transcurrido el cual el operador económico pierde el derecho a interponer el recurso, sin que pueda fijarse un nuevo plazo (ninguna disposición prevé tal posibilidad).

- 51 El recurrente interpuso un recurso relativo a la reserva de información en todas las ofertas restantes, incluso en las situadas en una posición inferior en la clasificación de las ofertas, dado que posteriormente no podría cuestionar esa reserva, aun cuando la clasificación de las ofertas se modificara, y también impugnó la evaluación de las ofertas de CDM, pese a que no conocía los motivos de dicha evaluación.
- 52 La limitación material de la posibilidad de recurrir consiste en que, con arreglo al artículo 189, apartado 2, puntos 4 y 5, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, la Sala desestimaré el recurso cuando aprecie que el recurrente invoca exclusivamente las mismas circunstancias examinadas por ella en un litigio objeto de otro recurso, relativo a ese mismo procedimiento e interpuesto por ese mismo recurrente o cuando el recurso verse sobre una actuación que el poder adjudicador haya realizado de acuerdo con el contenido de una sentencia de la Sala o de un órgano jurisdiccional o bien, en caso de que se estimen las alegaciones presentadas en el recurso, de conformidad con la pretensión formulada en el propio recurso. Por tanto, cuando el operador económico invoque en el recurso varias alegaciones, como ocurre en el presente procedimiento, y la Sala considere que únicamente se han confirmado algunas de ellas, por ejemplo, la omisión de la revelación de documento, y que no se han confirmado las relativas a la evaluación de las ofertas, el poder adjudicador estaría obligado únicamente a revelar los documentos, pero la selección de la oferta se mantendría, de modo que el operador económico ya no podría impugnar la oferta del operador económico tras haber conocido todo su contenido.
- 53 La Sala se pregunta si en caso de que declare que los documentos reservados no constituyen secreto empresarial, lo que daría lugar a su desclasificación por el poder adjudicador, esta declaración supondría para el operador económico la posibilidad de volver a interponer un recurso en relación con su contenido, que anteriormente desconocía, circunstancia que había impedido que tuviera acceso efectivo a la vía de recurso. Por consiguiente, cuando tal posibilidad no se deduzca para el operador económico directamente de las disposiciones legales (su contenido o su interpretación), se plantea la cuestión de si la Sala debe abrir esta posibilidad para el operador económico, por ejemplo, ordenando no solo la divulgación de dichos documentos, sino también anulando la actuación de la selección de la oferta más ventajosa, lo que permitiría interponer un recurso contra la selección nuevamente realizada de la oferta. En su caso, se pregunta si esta posibilidad se deduce directamente de las disposiciones de la Directiva de recursos o de su correcta interpretación.
- 54 El segundo grupo de cuestiones objeto de la remisión prejudicial versa sobre el establecimiento por el poder adjudicador de criterios de evaluación de las ofertas distintos del precio y de su forma de evaluación. La forma de evaluación de las ofertas según tales criterios podía no suscitar las dudas en la fase de toma de conocimiento por los operadores económicos de su descripción incluida en el pliego de condiciones, si bien los defectos podrían surgir en el momento en que el

poder adjudicador trate de realizar una evaluación efectiva de las ofertas conforme a dichos criterios.

- 55 Del artículo 67, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE se deduce que los criterios de evaluación de las ofertas establecidos por el poder adjudicador no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deberán garantizar la posibilidad de una competencia efectiva y permitir comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. Por tanto, ello supone que deberán garantizar también la posibilidad de comprobar la evaluación realizada por el poder adjudicador. A este respecto, suscitan dudas por varios motivos los criterios no relacionados con el precio, formulados por el poder adjudicador, relativos a la evaluación de la «Propuesta de proyecto» y la «Descripción de la forma de ejecución del contrato».
- 56 En primer lugar, los criterios analizados no se basan en datos objetivos, fácilmente comparables, que puedan medirse matemática o físicamente, como diferentes parámetros, rendimiento, resistencia, funcionalidad etc., sino en una evaluación individual, descrita por el poder adjudicador mediante la utilización de conceptos indeterminados del tipo: «descrito vagamente», «descrito de forma clara y completa», «una parte de los elementos no ha sido descrita», «las soluciones propuestas son óptimas y garantizan un elevado nivel de calidad y de fiabilidad de los resultados» o bien «no garantizan un elevado nivel de calidad y de fiabilidad de los resultados» o «contiene valores añadidos, que influyen en la calidad y la realización del contrato».
- 57 En segundo lugar, los criterios analizados dependen de la convicción individual del poder adjudicador sobre las anteriores características. No es posible nombrar a un perito para evaluar los contenidos de los estudios preparados por los operadores económicos, puesto que estos no contienen parámetros que puedan someterse a verificación.
- 58 En tercer lugar, la situación existente debe ponderarse también desde el punto de vista de si los operadores económicos de hecho pudieron preparar debidamente las ofertas según un método de valoración conocido de antemano.
- 59 En cuarto lugar, los operadores económicos no tenían la posibilidad de conocer los materiales evaluados por el poder adjudicador ni de examinarlos de manera completa, especialmente la posibilidad de comparar si los defectos y cualidades comparables de los proyectos de los distintos operadores económicos fueron evaluados de forma similar.
- 60 En quinto lugar, en el caso de muchos elementos de la evaluación no era posible formular en el recurso alegaciones concretas, por causas no imputables al recurrente, contrariamente a lo dispuesto en la Directiva de recursos. Como resulta del artículo 192, apartado 7, de la ustawa Prawo zamówień publicznych, la Sala actúa en el marco de las alegaciones planteadas y no puede sustituir al recurrente a

este respecto. El recurrente no sabía qué alegaciones concretas, relativas a la evaluación, debía plantear frente a la evaluación de su propia oferta y, aún en menor medida, frente a la oferta de CDM. Ciertamente, el poder adjudicador acreditó haber actuado con diligencia y preparó motivaciones de varias páginas de la evaluación realizada, pero es obvio que el poder adjudicador no puede facilitar la motivación completa de la evaluación cuando los mismos estudios eran secretos. Las informaciones esenciales se reemplazaron mediante inscripciones [secreto empresarial].

- 61 En sexto lugar, la contratación es una contratación de resultado y no de una acción diligente del operador económico, en el marco de la cual este debe ejecutar una obra. Sin embargo, el poder adjudicador no requirió estudios en forma, por ejemplo, de muestra de los proyectos, sino de descripción de cómo preveían actuar los operadores económicos. Por tanto, en realidad resulta difícil apreciar cuál será el reflejo de los estudios evaluados en los proyectos finales y existe el temor de que, de hecho, se evalúe la habilidad de elaborar estudios que sean adecuados para el poder adjudicador («Propuesta de proyecto» y «Descripción de la forma de ejecución del contrato») y no la calidad de los servicios contratados.
- 62 Por tanto, en el presente procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador ha previsto criterios de evaluación de las ofertas atendiendo al precio, con un valor del 40 %, y criterios distintos del precio, según los estudios «Propuesta de proyecto» y «Descripción de la forma de ejecución del contrato», con un valor total del 60 %. Dichos criterios se han basado en una evaluación abierta realizada por el poder adjudicador, que no se basa en factores que puedan verificarse matemática o físicamente, como datos numéricos, parámetros, funcionalidad, etc., lo que, como mínimo, dificulta considerablemente la verificación de la evaluación de las ofertas llevada a cabo por el poder adjudicador. Además, todos los operadores económicos establecieron una reserva de los estudios como secreto empresarial, lo que el poder adjudicador podía o debía esperar al elaborar los criterios, debido a que anteriormente se reservaron documentos análogos, lo que da lugar no solo a que no pueda verificarse la evaluación de las ofertas llevada a cabo por el poder adjudicador, sino las mismas ofertas. En consecuencia, el poder adjudicador seleccionó la oferta con el mayor precio de entre las presentadas, cuyo precio era el único criterio disponible y verificable, mientras que el resto de los criterios que determinaron la clasificación de las ofertas resulta difícil de verificar.