

**¿QUÉ ALCANCE TIENEN
EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS Y LA EXCEPCIÓN
DE CONFIDENCIALIDAD?
A PROPÓSITO DE LA
SENTENCIA DEL TJUE
DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2022
(ASUNTO C 54/21)**



Santiago Tomás Pujol

Abogado en Faus Moliner



**Joan Carles Bailach
de Rivera**

Abogado en Faus Moliner

FECHA DE RECEPCIÓN: 13 MARZO 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN Y VERSIÓN FINAL: 14 MARZO 2023

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto analizar la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de noviembre de 2022 (asunto C 54/21) y sus implicaciones en el debate que existe en torno a la confidencialidad del precio unitario de los medicamentos en los procedimientos de compra pública, frente a los principios de publicidad y transparencia. Se ofrece una visión práctica que permita conjugar los intereses y principios en conflicto.

PALABRAS CLAVE: Transparencia; confidencialidad; contratación pública; Ley 9/2017.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the ruling of the European Court of Justice of 17 November 2022 (Case C-54/21) and the implications it may have for the debate that exists regarding the confidentiality of the unitary prices of medicinal product in public tenders versus the principles of publicity and transparency that exist in our legal system, offering an interpretation that makes it possible to combine the conflicting interests and principles from a practical standpoint.

KEYWORDS: Transparency; confidentiality; public procurement; Law 9/2017.





1. INTRODUCCIÓN

El sector farmacéutico es uno de los más regulados del entorno económico. Ello afecta notablemente a la forma en que pueden actuar los distintos operadores económicos

que intervienen en él. Este sector cuenta, además, con la singularidad de que el principal comprador de medicamentos es el sector público; esto es, los hospitales públicos y las distintas entidades que integran los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

La compra pública de medicamentos es una actividad de la Administración Pública, sufragada por fondos públicos, y por tanto sujeta a las reglas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**). Siendo así, dicha actuación queda indefectiblemente sujeta a la aplicación de los principios generales del Derecho Administrativo que, entre otras cuestiones, imponen un régimen de publicidad de la actividad de los poderes públicos.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (**LRJSP**) establece, como principio general la transparencia de la actuación administrativa. Este principio se refuerza con las obligaciones de publicación activa que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (**LTAIBG**) impone a las Administraciones públicas, que obligan a la publicación periódica de información relevante sobre su actividad, y a garantizar el acceso de los ciudadanos a la información pública.

Estos principios y obligaciones son trasladados también a los procedimientos de compra pública. En este sentido, la LCSP incluye, entre los principios básicos que rigen la contratación pública, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos. A tal efecto la LCSP establece un régimen de publicidad sobre las distintas decisiones que se adopten en el procedimiento de contratación, con el contenido y alcance que más adelante veremos.

No obstante, como ocurre tantas veces en nuestro ordenamiento jurídico, estos principios de publicidad y transparencia, totalmente legítimos, entran en conflicto con otros bienes jurídicos e intereses igual de

legítimos, cuya protección también reconoce nuestro sistema. Este conflicto se pone de manifiesto, precisamente, en el caso de los precios a los que el sistema público financia y compra los medicamentos.

En este ámbito, donde el precio máximo del medicamento está intervenido por la Administración y se establece en base a la documentación técnica, económica y comercial aportada por las compañías farmacéuticas, se produce una suerte de pugna o conflicto entre los mencionados principios de publicidad y transparencia de la actuación de los poderes públicos, y los derechos e intereses comerciales legítimos de las compañías que operan en este sector.

En el ámbito de la compra pública de medicamentos, el presupuesto máximo de licitación suele coincidir con su precio máximo de financiación. Por este motivo, el precio unitario final de un contrato público de suministro de un medicamento suele corresponderse o, como mínimo, estar íntimamente relacionado con el precio financiado del medicamento (por ejemplo, aplicando descuentos sobre ese precio financiado). Su publicación puede suponer, en la práctica, revelar el PVL del medicamento y provocar un perjuicio para los legítimos derechos e intereses de las compañías farmacéuticas, pues dicho PVL se determina en base a información, comercial, económica y técnica sensible, cuya divulgación podría afectar a la competencia en el mercado.

Una vez contextualizado el conflicto existente, debemos preguntarnos ¿pueden compaginarse o ponderarse de alguna forma los intereses en conflicto? ¿existe alguna forma de aplicar los principios generales de publicidad y transparencia sin perjudicar los inte-

reses legítimos de las compañías del sector farmacéutico? Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos permite hacer una serie de reflexiones en este sentido, precisando cuál es el alcance de las excepciones de confidencialidad que pueden invocarse respecto de la obligación general de publicidad en el ámbito de la contratación pública.

2. SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE

El TJUE emitió el pasado 17 de noviembre de 2022 (sentencia C-54/21) una sentencia en el marco de un litigio en relación con la adjudicación de un contrato público para la elaboración de proyectos relativos a la gestión medioambiental de determinadas demarcaciones hidrográficas en Polonia. A pesar de que esta sentencia se dicta en el contexto de un sector totalmente ajeno al sector farmacéutico, las cuestiones que se plantean ante el TJUE y su pronunciamiento son aplicables a cualquier otro sector.

Conviene recordar, en primer lugar, que la normativa sobre contratación pública se encuentra armonizada a nivel comunitario por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (**Directiva 2014/24/UE**). Las reglas que gobiernan los procedimientos de licitación, incluyendo las relativas a la publicidad, transparencia y confidencialidad son, por lo tanto, comunes en todos los Estados miembros y aplicables a prácticamente todos los sectores. Por ello, la interpretación que de las mismas pueda hacer el TJUE serán aplicables con independencia del sector al que se refiera el caso concreto.

Volviendo al caso que es objeto de la sentencia que nos ocupa, una de las compa-

ñas participantes en la licitación recurrió el acto de adjudicación y solicitó acceder a determinada información sobre la oferta seleccionada y una nueva valoración de las ofertas presentadas. El órgano de contratación denegó el acceso a dicha información alegando que había sido declarada como confidencial por la empresa a la que se adjudicó el contrato, argumentando que, dado el valor comercial que tenía y las medidas adoptadas para que la información siguiese siendo secreta, divulgarla podría perjudicar sus legítimos intereses.

En el marco del recurso contra esta decisión, el Tribunal nacional polaco sostuvo que el hecho de que un licitador no disponga de información completa sobre las distintas ofertas presentadas puede impedir el uso efectivo de las vías de recurso. A tal efecto, dicho Tribunal planteó al TJUE diversas cuestiones prejudiciales relativas a los límites de la confidencialidad de la información aportada en el marco de una licitación pública, de las cuales destacamos, a los efectos que nos interesan ahora, la primera de todas:

“«1) ¿Es compatible con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos y con el principio de transparencia, recogidos en el artículo 18, apartado 1, de la [Directiva 2014/24] una interpretación del artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y del artículo 2, punto 1, de la Directiva [2016/943], en particular de las expresiones contenidas en ellas “de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida” y “tener un valor comercial por su carácter secreto”, así como de la que establece que “el poder adjudicador no divulgará la información que los ope-



El órgano de contratación denegó el acceso a dicha información alegando que había sido declarada como confidencial por la empresa a la que se adjudicó el contrato, argumentando que, dado el valor comercial que tenía y las medidas adoptadas para que la información siguiese siendo secreta, divulgarla podría perjudicar sus legítimos intereses.

“... radores 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?”

En otras palabras, se pregunta al TJUE, si la Directiva Europea 2014/24/UE es compatible con una norma estatal que exige publicar toda la información que aportan los licitadores en una licitación pública, con la única excepción de aquella información que pueda recibir la calificación de secreto comercial o secreto empresarial.

La respuesta a esta cuestión prejudicial obligó al TJUE a analizar el alcance y contenido de las obligaciones de publicidad en las licitaciones públicas y de las garantías de confidencialidad que se erigen como excepción a la misma, dibujando los contornos de una y otra cara de la moneda de una forma que proporciona interesantes conclusiones. Y es que, ya anticipamos, el TJUE declara que la Directiva protege un ámbito de confidencialidad más amplio que el de aquella información que tenga la calificación de “secreto comercial” (o secreto empresarial).

El concepto de “secreto comercial” se encuentra también armonizado a nivel europeo. En este sentido, 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 (**Directiva 2016/943**), define un secreto comercial como toda información que: i) es secreta en el sentido de no ser generalmente conocida por las personas perte-

necientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para éstas; ii) tiene un valor comercial por su carácter secreto y; iii) ha sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta¹.

Como destaca la sentencia del TJUE, este concepto no es plenamente coincidente con el de “*información confidencial*” que maneja la Directiva 2014/24/UE y la normativa sobre contratos del sector público que deriva de ella (como nuestra LCSP). Pese a que los poderes adjudicadores estén obligados a actuar con transparencia, no pueden, de conformidad con lo establecido en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE, divulgar “*la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial*”.

Entiende el Tribunal que el concepto de «*secreto comercial*», tal y como se define en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943, solo se solapa en parte con los términos «*información facilitada [designada] como confidencial*» que figura en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2014/24.

La información confidencial a la que hace referencia la Directiva 2014/24 comprende “*por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas*”, lo que indica que la Directiva 2014/24 protege un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos técnicos y comerciales. La referencia a “*y los aspectos confidenciales de las ofertas*” necesariamente debe tener un contenido propio diferenciado del de los secretos comerciales que se mencionan primero.

Recuerda también la sentencia, que el TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones que

La información confidencial a la que hace referencia la Directiva 2014/24 comprende “por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”, lo que indica que la Directiva 2014/24 protege un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos técnicos y comerciales.

las normas de la Unión tienen como objetivo fundamentalmente garantizar que exista una competencia no falseada y que, para alcanzar este objetivo, es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse precisamente para falsear la competencia (permitiendo a las empresas acceder a información comercial de sus



[...] es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse precisamente para falsear la competencia (permitiendo a las empresas acceder a información comercial de sus competidores), ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores o en el mercado en general.

competidores), ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores o en el mercado en general.

Afirma el Tribunal que los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos; y estos últimos han de poder comunicar a los poderes adjudicadores cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin temor a que éstos comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicarles².

De esta forma, concluye el TJUE, la Directiva 2014/24/UE permite declarar como confidencial información que, aunque no encaje en el concepto de secreto empresarial cumpla uno de los siguientes requisitos:

- i) tener un valor comercial que no se limite al contrato en concreto (por lo que divulgarla pueda lesionar intereses comerciales legítimos o la competencia leal); o
- ii) en el caso de no tener ese valor comercial, su divulgación pueda ser contrario al interés público.

Todo ello, según el TJUE, siempre y cuando, no exista otra disposición en el Derecho Nacional al que esté sujeto el órgano de contratación que imponga la obligación de publicar dicha información. Así pues, se añade otro requisito a los dos que acabamos de enumerar: iii) la inexistencia de otra norma nacional que imponga el deber de publicar la información en cuestión.

¿Y qué dice la normativa en materia de contratación pública española? Algo que debe

interpretarse de forma absolutamente compatible con el criterio que sienta el TJUE. El artículo 133.1 de la LCSP dispone que:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, **entre otros**, a los secretos técnicos o comerciales, **a los aspectos confidenciales de las ofertas** y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.”*

Nuestra LCSP, al igual que la Directiva 2014/24/UE, hace referencia, por un lado, a los secretos técnicos y comerciales, y por otro, a los aspectos confidenciales de las ofertas (lo que, nuevamente, debe tener necesariamente un contenido propio distinto del de los secretos comerciales). A mayor abundamiento dicho precepto hace constar que se considerarán confidenciales estos dos tipos de información **“entre otros”**, lo que demuestra que el legislador concibe que puedan existir otros datos confidenciales más allá de secretos comerciales.

La conclusión es clara: la LCSP también contempla un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos comerciales, quedando protegida toda información cuya

La conclusión es clara: la LCSP también contempla un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos comerciales, quedando protegida toda información cuya divulgación perjudique intereses comerciales legítimos o sea contraria al interés público, como defiende el TJUE.

divulgación perjudique intereses comerciales legítimos o sea contraria al interés público, como defiende el TJUE.

3. APLICACIÓN DE ESTE CRITERIO AL DEBATE SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD O PUBLICIDAD DEL PRECIO UNITARIO DE COMPRA DE LOS MEDICAMENTOS

Visto el criterio del TJUE, llega el momento de trasladarlo al ámbito de la compra pública sanitaria y al debate sobre la confidencialidad

o publicidad del precio unitario de compra de medicamentos en licitaciones públicas. A tal efecto, quisiéramos plantear la siguiente pregunta ¿cumple dicho precio unitario de los medicamentos los requisitos que marca la sentencia del TJUE para ser considerado como información confidencial? Es decir ¿su divulgación perjudica intereses comerciales legítimos, o es contraria al interés público? Finalmente, debemos plantearnos si existe una norma Nacional que obligue ineludiblemente al órgano de contratación a publicar ese precio unitario. Desarrollaremos estas preguntas a continuación.

3.1. ¿Cumple dicho precio unitario de los medicamentos los requisitos que marca la sentencia del TJUE para ser considerado como información confidencial?

Debemos partir de la base de que la determinación del precio (PVL) y las condiciones de financiación del medicamento por el Sistema Nacional de Salud (SNS) se basan en la información que las compañías farmacéuticas aportan durante el procedimiento de inclusión de los medicamentos en la prestación farmacéutica. Y toda esta información está sujeta a la más estricta confidencialidad, según lo dispuesto en el artículo 97.3 LGURMPS.

No hay que olvidar que el artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE) propugna la protección de los secretos empresariales, entendidos como cualquier información (entre otros de carácter comercial o financiero) que no sea generalmente conocida, tenga un valor empresarial y sea objeto de medidas razonables tomadas por su titular para mantenerla en secreto. El PVL de un medicamento cumple con todos los requisitos para ser considerado un secre-



Debemos partir de la base de que la determinación del precio (PVL) y las condiciones de financiación del medicamento por el Sistema Nacional de Salud (SNS) se basan en la información que las compañías farmacéuticas aportan durante el procedimiento de inclusión de los medicamentos en la prestación farmacéutica. Y toda esta información está sujeta a la más estricta confidencialidad, según lo dispuesto en el artículo 97.3 LGURMPS.

to empresarial a la luz de la normativa citada, esto es: i) es secreta, en el sentido de no ser una información generalmente conocida, ni ser de fácil acceso, para las personas pertenecientes a los entornos en los que normalmente se utiliza; ii) tiene valor empresarial (tanto real como potencial), precisamente por ser secreto; y iii) es objeto, por parte de su titular, de medidas razonables para mantenerla en secreto.

La divulgación de esta información confidencial supone una revelación de secretos o una vulneración de la confidencialidad que podría equipararse a una obtención ilícita de esta información. Y es que, con su divulgación, los competidores están adquiriendo un beneficio o provecho de ella.

En este sentido, hay que recordar que según el artículo 2.2 de la LSE solamente se considera lícita la revelación de secretos empresariales cuando lo exija el Derecho europeo o español y, como veremos posteriormente, la LCSP no exige la publicación del PVL o del precio unitario de los medicamentos en las resoluciones de adjudicación de las licitaciones públicas.

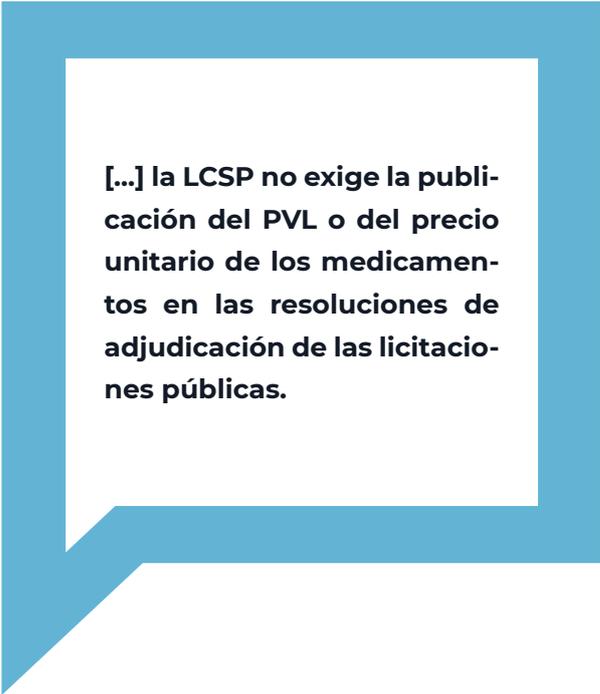
3.2. La divulgación del precio unitario ¿puede perjudicar intereses legítimos o ser contraria al interés público?

Visto lo anterior, debemos plantearnos ahora si divulgar el precio unitario podría perjudicar los intereses legítimos de las compañías farmacéuticas; o, incluso, si dicha divulgación podría llegar a perjudicar a los intereses públicos. Ya advertimos que este debate es una cuestión controvertida en la que, sin duda, hay numerosas aristas a considerar.

Uno de los ámbitos donde más se ha debatido esta cuestión es en el de las solicitudes de

acceso a la información pública que se han planteado al amparo de la LTAIBG, y en las que se ha solicitado, tanto las resoluciones de inclusión de medicamentos en la prestación farmacéutica (resoluciones de P&R), como el coste unitario de medicamentos por parte de los hospitales públicos.

Pues bien, la posición del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) en este asunto, aunque no ha sido siempre consistente, es tendente a conceder toda la información relativa a las resoluciones de P&R, como el precio unitario de adquisición de los medicamentos por parte de los hospitales públicos.



[...] la LCSP no exige la publicación del PVL o del precio unitario de los medicamentos en las resoluciones de adjudicación de las licitaciones públicas.

En este sentido, la resolución más destacada es la ya conocida Resolución RT 262/2019 de 8 de julio, en la cual el CTBG confirmó el derecho de una ciudadana a obtener información sobre el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca



[...] el Ministerio de Sanidad argumenta que la determinación del coste de un medicamento supone realizar un ejercicio de ponderación entre los costes de fabricación del medicamento, margen de beneficio empresarial y la utilidad terapéutica del producto; información toda ella de conocimiento reservado y cuya publicación podría afectar gravemente a la capacidad de competencia de las empresas, afectando seriamente a los intereses económicos y comerciales de las empresas afectadas.

comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa, por cada una de las Comunidades Autónomas y resto de Administraciones públicas en un formato.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en marzo de 2021, anuló esta Resolución del CTBG al aceptar los argumentos del Ministerio de Sanidad que afirmaban que proporcionar la información solicitada supondría un perjuicio evidente, real y efectivo a los intereses económicos y comerciales de las compañías farmacéuticas (art. 14.1.e de la LTAIBG); y que dar acceso a terceros de los precios de financiación en España de los medicamentos llevaría aparejada una desventaja negociadora a la hora de conseguir precios más competitivos.

Una de las cuestiones que tiene en cuenta la Audiencia Nacional es, precisamente, que el precio de los medicamentos se obtiene a partir de información de marcado carácter confidencial, que debe hacerse extensivo al precio, y que su revelación perjudicaría, precisamente, a los intereses económicos y comerciales legítimos de las compañías titulares de los mismos.

Esta sentencia recoge claramente lo expuesto por el Ministerio de Sanidad en referencia a que la divulgación de esta información afectaría claramente a los intereses de las compañías farmacéuticas. Y en apoyo a esta argumentación, el Ministerio de Sanidad argumenta que la determinación del coste de un medicamento supone realizar un ejercicio de ponderación entre los costes de fabricación del medicamento, margen de beneficio empresarial y la utilidad terapéutica del producto; información toda ella de conocimiento reservado y cuya publicación podría afectar gravemente a la capacidad de competencia

de las empresas, afectando seriamente a los intereses económicos y comerciales de las empresas afectadas.

Recientemente, hemos tenido conocimiento de que esta sentencia está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y, por tanto, no es firme. Será interesante ver qué posición mantiene el Tribunal Supremo sobre esta cuestión y ver hasta qué punto las tesis defendidas por el Ministerio de Sanidad, similares a las defendidas por la Comisión Europea en asuntos análogos, son confirmadas.

No solo el Ministerio de Sanidad ha mantenido esta posición, también otras administraciones públicas lo han hecho. Nos referimos, por ejemplo, a la posición mantenida por la Consejería de Sanidad de Madrid en el marco de la resolución RT 0637/2019, de 8 de enero de 2020 del CTBG, donde decidió facilitar la información sobre el gasto anual de medicamentos, pero negó la información sobre el precio unitario de dichos medicamentos alegando que se trataba de un dato confidencial y que revelarlo perjudicaría los intereses económicos y comerciales de las empresas:

“(...) facilitar el precio unitario por dosis supondría una violación de la confidencialidad impuesta por el Ministerio de Sanidad a las Comunidades Autónomas y un perjuicio para la empresa comercializadora del medicamento, al publicitar un dato confidencial de índole económica que afecta al objeto económico de la entidad mercantil y que puede ser utilizado por sus competidores en su perjuicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de este Consejo de Transparencia

y Buen Gobierno la administración autonómica ha cumplido con lo recogido en el Criterio 1/2019 y considera justificado que pueda darse un perjuicio, razonable y no meramente hipotético a los intereses económicos y comerciales con el acceso al precio unitario por dosis. Por lo tanto, sobre la base de los argumentos desarrollados en los apartados precedentes, la reclamación debe ser desestimada.”

Y este es también el criterio que se sostiene más allá de nuestras fronteras. La Federación Europea de Industrias y Asociaciones Farmacéuticas (EFPIA por sus siglas en inglés), uno de los actores representativos del sector más importantes en el ámbito europeo, que engloba a la industria biofarmacéutica de Europa, elaboró un libro blanco sobre compra pública de medicamentos³, con la misión de crear un entorno de colaboración que favorezca la investigación y permita el desarrollo de nuevas terapias para las personas de toda Europa, dirigido a identificar las mejores prácticas para garantizar que los procedimientos de contratación pública en el sector farmacéutico proporcionen medicamentos de alta calidad a los pacientes, en las cantidades adecuadas y en el momento oportuno.

Entre las recomendaciones que en este sentido efectúa la EFPIA destaca la necesidad de que los poderes adjudicadores respeten la confidencialidad de los precios a lo largo de todo el proceso de contratación y a diferentes niveles (nacional, regional, local) para garantizar la sostenibilidad a largo plazo. En la misma línea, la EFPIA defiende que la transparencia de las adjudicaciones no debe suponer una amenaza a la confidencialidad de los precios unitarios de los medicamentos, debiendo motivar sus decisiones de adjudici-

cación, informando sobre las características y ventajas relativas del licitador ganador, lo que incluye información sobre el criterio de evaluación del precio, pero sin revelar necesariamente ningún tipo de precio unitario.

Como ejemplo de buena práctica en la contratación pública a estos efectos, la EFPIA nos ilustra sobre la actuación del Ministerio de Sanidad de Noruega, que rechaza revelar los precios unitarios de las ofertas ganadoras y perdedoras o la diferencia de precio entre ambas en respuesta a las solicitudes de acceso a la información pública, habiéndose establecido que la confidencialidad de los precios es un principio jurídico establecido en la Ley de Administración Pública de dicho país.

**Por lo tanto,
la Comisión
Europea, igual
que el Ministerio
de Sanidad,
está vinculando
la garantía de
confidencialidad
con la defensa de los
intereses públicos.**

Finalmente, la EFPIA identifica cuál es el riesgo que comporta una postura contraria: que las empresas se vean disuadidas de presentar sus mejores ofertas en futuras licitaciones, de participar en ellas, o incluso de lanzar un nuevo producto en un determinado mercado, con el riesgo de que se reduzca la competencia a largo plazo, poniendo en peligro un mayor acceso de los pacientes a una asistencia sanitaria adecuada y asequible.

También es conocida la posición de la Comisión Europea en el caso de los contratos de suministro de las vacunas contra el COVID-19. En este caso, la Comisión decidió no publicar el precio unitario de las vacunas, argumentando que el interés público que debe prevalecer no es el de una transparencia como valor absoluto, ajeno a mayores consideraciones, sino lograr que la adquisición de las vacunas pudiera hacerse en las mejores condiciones posibles. Por lo tanto, la Comisión Europea, igual que el Ministerio de Sanidad, está vinculando la garantía de confidencialidad con la defensa de los intereses públicos.

3.2. No existe una norma que obligue a publicar necesariamente dicho precio en nuestro ordenamiento

Visto que se cumplirían los requisitos descritos en los apartados anteriores, queda por verificar si existe alguna norma nacional que, pese a ello, obligue a publicarlo. A tal efecto debemos acudir primero a la normativa que regula el régimen de publicidad de los contratos públicos, esto es, la LCSP.

Pues bien, una interpretación literal de los preceptos de la LCSP que regulan el contenido de los distintos anuncios que deben publicarse en el Perfil del Contratante (Anexo III

de la LCSP) ampara la posibilidad de mantener confidencial el precio unitario de compra de un medicamento (que no del valor total del contrato). No existiría, por tanto, un precepto de la LCSP que obligue a publicar el precio unitario.

Tal y como hemos señalado, la formalización de los contratos debe incluir la información recogida en el Anexo III LCSP. El punto 7 de la sección 4 del apartado A) del Anexo III de la LCSP señala que en los anuncios de licitación debe publicarse la “*naturaleza y **cantidad o valor** de los suministros*”. En la misma línea el punto 6 de la sección 6 del apartado A) del mismo Anexo III de la LCSP menciona la “*naturaleza y **cantidad o valor** de los suministros*”.

Como puede observarse, la norma permite optar por publicar la cantidad de los suministros o bien el valor de los mismos, pero no obliga a publicar ambas cosas al mismo tiempo. En consecuencia, es posible publicar únicamente las cantidades a suministrar bajo el contrato, sin hacer ningún tipo de referencia a su valoración.

Por otro lado, ¿qué debe entenderse por “*valor*” del contrato si se opta por publicar este dato? Para responder a esta pregunta lo procedente es referirse al artículo 101 LCSP, que es el precepto que utiliza ese mismo vocablo “*valor*”, respecto de un contrato público. Dicho precepto regula qué debe considerarse como el “*valor estimado*” de un contrato (lo de estimado es sólo por el hecho de que el artículo se incardina en la regulación de la fase preparatoria del contrato), definiendo el “*valor del contrato*” como el importe total del mismo, no como el importe unitario de cada una de las unidades de productos que se suministren.

Efectúa así la LCSP una correspondencia entre el término “*valor*” y el importe “*total*” de un contrato, que no unitario, correspondencia que entendemos se debe aplicarse también al Anexo III de la LCSP cuando se refiere al “*valor de los suministros*”.

Esta interpretación viene avalada también por el artículo 189 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001) que, al referirse a la cuantía de los contratos de suministro, se refiere siempre a valores totales y no a precios de suministro unitarios.

Asimismo, el artículo 102.4 LCSP, cuando se refiere al precio de un contrato (aunque en puridad el Anexo III de la LCSP hable de “*valor*” y no de “*precio*”, es interesante comprobar la relación entre ambos términos), acepta expresamente que el precio del contrato se formule en relación con la totalidad de las prestaciones del contrato, y no en términos unitarios.

Esta es precisamente la forma de proceder de algunos órganos de contratación (como sería el caso de Osakidetza, el Servicio de Salud del País Vasco, y los hospitales que forman parte del mismo), que en sus licitaciones para la compra de medicamentos únicamente hace públicos los valores totales del contrato, no el PVL o cualquier otro precio unitario al que se hayan ofrecido los medicamentos.

En base a todo lo anterior podemos concluir que la LCSP no obliga a publicar los precios unitarios de un contrato de suministro, y que el deber de publicidad en el Perfil del Contratante que regula la Ley se cumple haciendo referencia a los valores totales del contrato o de los lotes adjudicados.



En base a todo lo anterior podemos concluir que la LCSP no obliga a publicar los precios unitarios de un contrato de suministro, y que el deber de publicidad en el Perfil del Contratante que regula la Ley se cumple haciendo referencia a los valores totales del contrato o de los lotes adjudicados.

Por su parte, como ya hemos expuesto anteriormente, se puede defender que la LTAIBG ya contiene las excepciones previstas para no divulgar información cuya divulgación podría perjudicar los intereses económicos y comerciales de las compañías farmacéuticas.

4. CONCLUSIÓN

La sentencia del TJUE contribuye a delimitar el alcance de las obligaciones de confidencialidad en la contratación pública, constatando que la Directiva protege un ámbito más amplio que el de los secretos comerciales. Ello permite defender que la confidencialidad en las licitaciones públicas también alcanzaría a otra información cuya divulgación perjudique intereses comerciales legítimos, todo ello siempre y cuando no exista otra norma nacional que, ponderando otros intereses en liza, obligue a publicar esta información.

En el ámbito de la compra pública sanitaria, como hemos visto, ello daría más argumentos para defender que el precio unitario de los medicamentos no debe ser divulgado, en base al interés comercial legítimo, pero también al interés público, sin que exista ninguna otra norma, ni en la LCSP o la LTAIBG que obligue a publicar este dato.

[1] Esta definición fue incorporada en nuestra Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales y es también, a grandes rasgos, el que existía en el ordenamiento polaco al tiempo de dictarse la sentencia del TJUE.

[2] Véanse, en ese sentido, las sentencias de 14 de febrero de 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, apartados 34 a 36, y de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, apartado 115.

[3] “Efpia white paper on the effectiveness of public procurement of medicines in the EU”, febrero de 2022 (página 11).

Santiago Tomás Pujol

Joan Carles Bailach de Rivera