

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de enero de 2014.

**VISTOS** los recursos formulados por Don A.F.R., en nombre y representación de Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. y Don J.S.B., en nombre de ACEINSA Movilidad, S.A., que concurren en compromiso de UTE, contra los Acuerdos de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por los que se excluye a las recurrentes licitadoras en compromiso de UTE, de la licitación de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación “Gestión de Servicios Públicos en la modalidad de concesión denominado: gestión integral y energética de las instalaciones urbanas de la ciudad de Madrid”, expediente: 132/2013/01084, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 26 de octubre y 6 de noviembre de 2013 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de gestión del servicio público “Gestión integral y energética de las instalaciones urbanas de la ciudad de

Madrid”, en su modalidad de concesión. El contrato tiene una duración de ocho años, a partir del 1 de enero de 2014, o en su defecto, desde la fecha de inicio de la concesión establecida en el documento de formalización, con posibilidad de prórroga dos años más, siendo el presupuesto de licitación de 649.493.517,92 euros (IVA excluido), y consta que no tiene gastos de primer establecimiento.

El contrato se divide en tres lotes correspondientes con distintas zonas geográficas del municipio de Madrid.

**Segundo.-** A la licitación convocada se han presentado cinco licitadoras todas ellas formadas por varias empresas en compromiso de UTE, entre las que se encuentran las recurrentes.

La Mesa de Contratación acordó el día 16 de diciembre de 2013 la exclusión de las ofertas de las empresas que concurrían en compromiso de UTE ahora recurrentes, a los lotes 1 y 2 “*por resultar manifiestamente incoherente e inviable la documentación técnica presentada con los pliegos del contrato (...)*”, lo que se comunicó a las mismas mediante fax el día 17, indicando que contra el indicado acto cabría interponer recurso contencioso administrativo o bien potestativamente recurso administrativo de reposición. En dicho acto también se realizó la propuesta de adjudicación de cada uno de los lotes a la vista de los informes técnicos emitidos por los servicios técnicos competentes, de fecha 13 de diciembre de 2013.

A la vista de su exclusión los representantes de la UTE recurrente comparecen ante el órgano de contratación para tomar vista del expediente con fecha 20 de diciembre de 2013, haciéndose constar en la diligencia de comparecencia que, se facilita el acceso a la siguiente documentación: informes técnicos solicitados en su petición de vista del expediente en relación con la exclusión y ofertas de los licitadores a los lotes 1 y 2, con la salvedad de toda la documentación a la que se refieren estos licitadores, en escritos de fecha de 18 de

diciembre de 2013. En concreto: *“La UTE: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.; FCC SERVICIOS INDUSTRIALES Y ENERGÉTICOS, S.A.; CONSERVACIÓN y SISTEMAS, S.A.; INDRA SISTEMAS, S.A.; TELVENT, TRÁFICO y TRANSPORTE, S.A., declara su oferta “estrictamente confidencial”, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no se podrá divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial.*

*La UTE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A.; IMESAPI S.A.; ETRALUX S.A.; URBALUX S.A.; CITELUM IBÉRICA, S.A., hace una designación parcial de confidencialidad, determinando la vista de determinados documentos”.*

También se hace constar en la misma diligencia por parte del representantes de la UTE ahora recurrente, su total disconformidad con la documentación facilitada al ser del todo parcial y generar una clara indefensión en relación con la exclusión.

Debe señalarse asimismo que ante la petición de examen de la documentación aportada en la licitación por la propia recurrente, esta dirige un escrito a la Mesa el día 26 de diciembre en el que señalan que *“ante el desconocimiento de la empresa que formula la solicitud, les transmitimos nuestra expresa oposición a que cualquier empresa que no hubiera sido excluida pueda examinar en este momento nuestra oferta”.*

**Tercero.-** La representación la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. y ACEINSA Movilidad, S.A., previa la presentación el día 20 de diciembre de 2013, del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), interpuso dos recursos administrativos especiales en materia de contratación, con fecha 7 de enero de 2013, ante este Tribunal, contra los

Acuerdos de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por los que se les excluye de la licitación del lote 1 y del lote 2 del expediente de contratación respectivamente.

En el recurso interpuesto contra la adjudicación de lote 1 (recurso 6/2014) se alega vulneración del principio de transparencia al no haberse dado acceso a la totalidad del expediente a la recurrente en relación con las ofertas de las adjudicatarias, solicitando la retroacción del procedimiento con el objeto de permitir el examen del expediente, así mismo se indica en dicho recurso *“Pero es que además en nuestro caso resulta especialmente esencial conocer el contenido de las ofertas presentadas, dado que mi representada en el recurso al lote 2 de la presente licitación, ha puesto de manifiesto solo con un conocimiento mínimo del expediente, verdaderas irregularidades por parte del Ayuntamiento, que en este punto damos por reproducido (...)”*. En los fundamentos de derecho del presente recurso, congruentemente con el petitum del mismo se limita a realizar consideraciones jurídicas sobre el acceso al expediente que le fue denegado, pero sin realizar ninguna alegación en relación con la adecuación a derecho de su exclusión.

Por su parte en el recurso interpuesto contra la exclusión del lote 2 (Recurso 7/2014), además de la alegación relativa a la falta de acceso a la totalidad del expediente se ponen de relieve las a juicio de la recurrente, irregularidades cometidas en la valoración de las ofertas, y la incorrecta exclusión de su propuesta por manifiestamente incoherente e inviable.

**Cuarto.-** El Ayuntamiento de Madrid, en los informes preceptivos que acompañan al expediente administrativo, recibido en este Tribunal el día 13 y 15 de enero de 2014, respectivamente, después de alegar la improcedencia del recurso especial, al no superar el contrato los umbrales previstos en el artículo 40.1. c) del TRLCSP, al carecer el contrato de gastos de primer establecimiento, señala que la limitación de acceso al expediente está motivada por la oposición expresa de las licitadoras a las

que se dio audiencia ante las peticiones de la recurrente, en garantía de la confidencialidad de las ofertas, prevista en los artículos 140 y 153 del TRLCSP, que considera debe compatibilizarse con el principio de transparencia.

*Asimismo aduce que “si consideramos que el objetivo perseguido por la UTE es poder recurrir el acto de exclusión del procedimiento con todas las garantías que le permitan fundamentar su defensa, y si tenemos en cuenta que el motivo de exclusión del procedimiento fue por resultar manifiestamente incoherente en inviable la documentación presentada en relación a las prescripciones técnicas exigidas en el PP, según lo determinado en el apartado 23 citado, no se entiende que resulte necesario e imprescindible conocer la documentación que acompaña a las ofertas económicas del resto de los licitadores para poder defenderse contra el acto de exclusión”.*

Respecto de los pretendidos incumplimientos del resto de las licitadoras examina pormenorizadamente cada uno de los invocados para sostener la adecuación a derecho del acuerdo de adjudicación. Lo mismo hace en relación con la exclusión de las recurrentes.

**Quinto.-** Con fecha 14 y 15 de enero, respectivamente, se ha concedido a los interesados en el procedimiento, el trámite para realizar alegaciones previsto en el apartado 3 del artículo 46 del TRLCSP.

Con fecha 20 de enero se ha presentado escrito de alegaciones al recurso 6/2014 por las empresas SICE, IMESAPI, ETRALUX URBASUR y CITELUM IBÉRICA S.A. licitadoras en compromiso de UTE, y el día 21 por las mismas empresas para el recurso 7/2014. En el primero de los escritos de alegaciones, después de indicar que no procede el recurso especial al carecer el contrato de gastos de primer establecimiento, afirman que existe incongruencia del recurso en tanto en cuanto los motivos que se alegan nada tienen que ver con el acto

administrativo que se impugna afirmando que la impresión que dicho escrito es que la recurrente utiliza el “derecho al pataleo” (sic) con un claro ánimo manifiesto y dilatorio, buscando la suspensión del procedimiento con un claro perjuicio para la Administración y el resto de las licitadoras que sí han sido admitidas. Concluye afirmando que no existe vulneración del principio de igualdad en la no exhibición del expediente recordando que la propia recurrente había calificado su oferta como confidencial. En el segundo de los escritos indicados además niegan categóricamente las afirmaciones de las recurrentes en cuanto a los incumplimientos que imputan a las ofertas de las empresas alegantes para concluir que la exclusión de la oferta de la recurrente es correcta de acuerdo con el examen que realiza del informe del órgano de contratación, en concreto en relación con el planteamiento de actuación sobre un número de puntos superior a los inventariados, incumplimiento de los niveles de luminotecnía, utilización de la tecnología led, no ajustándose a las condiciones del PPT y falta de programación de las inversiones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Antes de entrar al fondo del presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal habida cuenta de las alegaciones de ambas partes.

El contrato objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión del servicio público en su modalidad de concesión, no habiéndose previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo. El Ayuntamiento de Madrid señala en su informe que el PCAP del contrato no sería susceptible de recurso especial en tanto en cuanto carece de gastos de primer establecimiento y por tanto no alcanzaría el umbral previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años.

Aduce que esto es así puesto que las inversiones planteadas en el objeto del contrato no son inversiones necesarias para poner en funcionamiento el servicio, sino de mejora de la calidad, funcionalidad y seguridad del mismo.

Sin embargo, a la vista del expediente administrativo, este Tribunal considera que el contrato, es susceptible de recurso especial, puesto que a pesar de lo aducido por el órgano de contratación, sí que se justifican en el expediente gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros. Esta apreciación se realiza sin perjuicio de la facultad de calificación jurídica del contrato, a los únicos efectos de fijar la competencia del Tribunal, que en este caso no es objeto de controversia por parte de las recurrentes y considerando que en todo caso con independencia de la citada calificación jurídica este Tribunal es competente al superarse los umbrales previstos en la ley para la procedencia del recurso, bien se trate de un contrato de gestión de servicios públicos, de un contrato de servicios o incluso de un contrato mixto, como vamos a ver.

Efectivamente, sin ánimo exhaustivo, como ha señalado este Tribunal en anteriores Resoluciones, puede considerarse que cuando el TRLCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio.

Ahora bien no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. La falta de especificación no es obstáculo para que a la

vista de los conceptos que integra y el carácter del servicio, el órgano competente para resolver el recurso especial, aprecie si se encuentra o no ante una inversión de primer establecimiento, de acuerdo con las anteriores consideraciones.

Examinado el expediente administrativo del contrato de referencia, consta en el Estudio Económico del contrato que *“No se han tenido en cuenta gastos de primer establecimiento, por ser de importe reducido y de carácter indeterminado que se absorben dentro de lo que el estudio denomina gastos generales”*. Sin embargo, esta conclusión parece obedecer al concepto contable de tales gastos, sin tener en cuenta las inversiones, que sí se prevén en este contrato por encima del umbral de 500.000 euros. Efectivamente en el mismo estudio se indica que *“Se consideran asimismo las inversiones iniciales a realizar por las empresas adjudicatarias, como son la inversión en sistemas para reducción del consumo de energía en instalaciones de alumbrado exterior e hidráulicas ornamentales, la remodelación de los centros de control de Azca y de gestión de la movilidad en calle Albarracín, la instalación de un sistema de telecontrol y ejecución de estaciones de tratamiento para las IHO, rehabilitación de instalaciones de control de movilidad, instalaciones hidráulicas ornamentales, galerías y túneles que a la entrada del vigor del contrato no se encuentran en un estado adecuado para los niveles de calidad exigidos en el mismo.”* Costes que según se refleja en el apartado 10 del estudio económico analizado exceden los 500.000 euros, para cada uno de los lotes del contrato.

Dichas inversiones además no revisten el carácter de mejoras que deben excluirse del concepto de gastos de primer establecimiento, en tanto en cuanto no son objeto de oferta por el adjudicatario y son necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación). Por lo tanto el contrato en el que se dicta el acto objeto de recurso está sometido a recurso especial al superar los umbrales establecido para ello en el artículo 40 del TRLCSP.

**Segundo.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y se basan en los mismos motivos de impugnación del acto recurrido.

Sin embargo, cabe hacer una precisión respecto del objeto de los recursos y es que aunque los recurrentes manifiestan que el acto recurrido es la exclusión de su oferta notificada el día 17 de diciembre, que sería un acto recurrible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, solo realizan alegaciones respecto de la adecuación a derecho o no de dicha exclusión en el recurso 7/2014 al que se remite el 6/2014. Es más en el petitum del primer recurso no se solicita que se anule la exclusión, sino que en congruencia con los fundamentos hechos valer en el mismo, solo se solicita que se declare haber sido vulnerado el principio de transparencia y que se permita el examen completo del expediente otorgando un nuevo plazo para la interposición del recurso. Es por ello que este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos pues la remisión del primero a parte del contenido del segundo y la reproducción en el segundo de todo el contenido del primero así lo aconsejan.

**Tercero.-** Especial examen merece asimismo la legitimación de las recurrentes para interponer recurso especial, debiendo comprobarse si en la misma concurre el interés legítimo a que se refiere el artículo 42 del TRLCSP.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252] , F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173] , F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente*

*en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”*

En este caso, el acto objeto del recurso es la resolución por la que se excluye a las recurrentes del procedimiento de licitación, por lo que prima facie el interés de la recurrente reside en ver anulada una resolución que le permitiría volver a la licitación. Sin embargo, solo en el segundo recurso (7/2014), como hemos señalado se invoca la anulación de dicho acto. En el primero únicamente se indica después de exponer que se les ha denegado el acceso al recurso, que *“Por consiguiente se nos ha privado, con clara vulneración del principio de transparencia u derecho de acceso al expediente de una información absolutamente imprescindible para fundamentar adecuadamente el presente recurso, y ello independientemente del contenido de la notificación del acuerdo impugnado ya que resulta imposible conocer si las otras dos ofertas admitidas a licitación cumplen o no las especificaciones establecidas en los pliegos, reproche que se formula a nuestra propuesta”*.

*Pero es que además, en nuestro caso resulta especialmente esencial conocer el contenido de las ofertas presentadas, dado que mi representada en el recurso del lote 2 de la presente licitación, ha puesto de manifiesto sólo con un conocimiento mínimo del expediente, verdaderas irregularidades por parte del Ayuntamiento, y que en este punto damos por reproducido, que a buen seguro podrían darse en el presente, como son una absoluta subjetividad en la valoración que hace y anomalías que en todo caso son de alcance muy superior a las achacadas a mi mandante y que han sido silenciadas por dicho Ayuntamiento de Madrid.”*

De lo expuesto parece que las recurrentes no pretenden en este recurso cuestionar su propia exclusión, sino la falta del mismo tratamiento a las demás licitadoras que a su juicio deberían haber sido también excluidas. Desde esta perspectiva en principio no cabría admitir la legitimación activa de la recurrente que no aduce ningún beneficio o ventaja que pudiera derivársele de la estimación del

presente recurso, puesto que no solicita que su oferta sea de nuevo admitida a la licitación.

Debe tenerse en cuenta también que las empresas recurrentes presentaron sus ofertas en compromiso de UTE para los lotes 1 y 2 únicamente y que dichos lotes han sido adjudicados a las empresas SICE, IMESAPI, ETRALUX URBASUR y CITELUM IBÉRICA S.A. en compromiso de UTE, habiendo sido adjudicado el lote 3 a la UTE compuesta por las empresas FERROVIAL SERVICIOS S.A., FCC SERVICIOS INDUSTRIALES y ENERGÉTICOS S.A., INDRA SISTEMAS S.A., TELVENTE, TRAFICO Y TRANSPORTE S.A. Por lo tanto ningún interés ostenta la recurrente respecto de la admisión de la oferta de estas últimas empresas en cuanto adjudicatarias de un lote al que no habían presentado oferta, más allá de la mera defensa de la legalidad que no es admisible a través del recurso especial. Por lo tanto carece de legitimación respecto de toda pretensión del examen de las ofertas correspondientes al lote 3.

Así resumiendo, en el recurso 6/2014 la recurrente solo solicita que se le dé acceso al expediente, pero no alega nada en relación con la exclusión de su oferta, ni con la valoración de la oferta de la adjudicataria del lote 1, mientras que es en el recurso 7/2014, donde solicita de nuevo que se le de acceso al expediente y alega en contra de la admisión de la oferta de la adjudicataria del lote 2 y del lote 3, así como contra su propia exclusión del lote 2.

De todo lo anterior la primera conclusión que podemos extraer es que la recurrente carece de legitimación para cualquier pretensión en relación con el lote 3 al que no presentó ninguna oferta.

En segundo lugar cabe afirmar que la admisión o no del recurso debe ser estudiada desde la óptica del principio favor acti en caso de duda, de manera que a pesar de la falta de alegación sobre su exclusión en el recurso 6/2014, y que en el

segundo solo parece impugnarse la admisión de la oferta de la adjudicataria del lote 2, podemos considerar que la remisión efectuada en el recurso 6/2014 al contenido del 7/2014, supone una traslación al lote 1 de los argumentos hechos valer para el lote 2. De esta forma el título legitimador de la recurrente en este recurso, sería su propia admisión a la licitación y la eventualidad de que en tal caso, de estimarse las alegaciones relativas a la oferta de la adjudicataria, pudiera resultar adjudicataria de los lotes 1 y 2, por lo que se aprecia legitimación en tal sentido.

Queda acreditada la representación de los firmantes de los recursos.

**Cuarto.-** Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma de acuerdo con el artículo 44.2.b) del TRLCSP, pues la Resolución de exclusión fue notificada a la recurrente el 17 de diciembre de 2013, habiéndose presentado el recurso el día 7 de enero de 2014.

**Quinto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los recursos.

**Sexto.-** Procede a examinar las cuestiones de fondo alegadas por las recurrentes, consistentes en la falta de transparencia en la actuación del órgano de contratación no permitiendo el acceso a determinada documentación que formaba parte de las ofertas de otras licitadoras en salvaguarda de la confidencialidad invocada por las mismas, en la incorrecta exclusión de la oferta de las recurrentes a los lotes 1 y 2 y por último en la incorrecta admisión de las ofertas de las adjudicatarias de cada lote del contrato.

En todo caso cabe recordar que, como más arriba hemos señalado, la recurrente carecería de interés legítimo en conocer los datos de la oferta

correspondiente al lote 3 ya que no presentó oferta al mismo, de manera que solo se examinará la actuación del órgano de contratación por lo que se refiere a los lotes 1 y 2.

Este Tribunal considera oportuno recordar, como ya hiciera en sus Resoluciones 24/2013, 13 de febrero, y 112/2012, de 20 de septiembre que el artículo 145.2 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...).”* El legislador, de esta manera, garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública; ahora bien, una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los casos expresamente previstos en el artículo 153 y, en particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1, que establece que *“Sin perjuicio de las disposiciones de 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 éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.*

Por otro lado el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo determinadas circunstancias y con condiciones *“(...) cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los*

*intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”.*

Si bien este precepto no regula directamente el acceso al expediente de licitación, lo cierto es que los parámetros que establece para la limitación de la información que puede facilitarse al resto de licitadores pueden aplicarse a cualquier otro supuesto de restricción de la información que a la postre supone una limitación del principio de transparencia.

Sin embargo, ambos preceptos deben ser interpretados o integrados al caso concreto, pudiendo servir de criterio interpretativo el informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, que señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140 del TRLCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

*“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.*

*2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.*

*3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.*

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”*.

*El precepto legal exige para denegar datos relativos a la adjudicación, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el mismo (obstaculizar la aplicación de una norma, ser la divulgación contraria al interés público, perjudicar intereses comerciales legítimos....) y la debida justificación al respecto en el expediente administrativo.”*

Sentado lo anterior, se constata que en este caso concreto, como más arriba se ha indicado que son tres las licitadoras que realizan reservas al examen de la documentación constitutiva de su oferta a petición de los interesados, si bien nos centraremos en la confidencialidad de la documentación de las licitadoras que no son la propia recurrente, que por otro lado solo solicita que no se facilite documentación a quien puede no tener ningún motivo aparejado a la defensa de sus intereses en la licitación (en concreto los licitadores excluidos).

- La propia recurrente solicita que se deniegue el acceso al expediente a cualquier empresa que no hubiera sido excluida.

- La UTE constituida por SICE, IMESAPI, ETRLUX, URBALUX Y CITELUM que especifican de su oferta cada uno de los documentos y apartados que consideran confidenciales para cada lote, que a su vez habían sido calificados en la oferta como confidencial al pie de cada documento.

- La UTE Ferrovial Servicios FCC Servicios Industriales, y Energéticos, Conservación y Sistemas S.A. Indra Sistemas y Televent Tráfico y Sistemas que realizan una declaración genérica no autorizando al Ayuntamiento de Madrid a poner

a disposición de los licitadores ningún documento que forme parte de la documentación técnica aportada a la licitación por afectar a secretos comerciales, especificando que la forma en que se organizan los servicios, y la estructura y contenido técnico de la oferta, forman parte del *Know-How* de las empresas y son por tanto estrictamente confidenciales, aunque como hemos señalado las recurrentes carecen de legitimación respecto del acceso a esta documentación.

En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos. Es claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de las licitadoras, siendo fundamental conocer determinados aspectos de la misma a efectos por lo menos de poder examinar la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración.

Por otra parte el órgano de contratación sí que ha remitido adecuadamente a este Tribunal la totalidad de las ofertas de las licitadoras, lo que le ha permitido comprobar, por ejemplo, que entre la documentación declarada confidencial por SICE dentro del Plan Económico Financiero, se incluyen los costes unitarios del servicio, elemento que este Tribunal considera que no puede ser considerado como confidencial puesto que no afecta a secretos comerciales o técnicos, es más si la oferta económica se hubiera fijado en precios unitarios, necesariamente el importe de los mismos sería público, y lo mismo puede decirse respecto del personal o de los vehículos que se aportan para cada una de las prestaciones. Junto a este documento hay otros documentos como el Estado financiero con indicación de los distintos flujos económicos, fondos operativos de cada una de las empresas que conforman la UTE y otras cuestiones que sí pueden considerarse como confidenciales, en tanto ofrecen datos relativos a las estructuras financieras de las propias empresas.

Además ni las licitadoras, ni el órgano de contratación justifican en modo alguno en qué medida el conocimiento del contenido de parte o la totalidad de la oferta técnica puede afectar a secretos comerciales o a la leal competencia entre ellas, siendo este un requisito fundamental para denegar el acceso a la documentación que forma la oferta.

Por lo tanto procede que el órgano de contratación determine qué documentos considera a la vista de la petición de las adjudicatarias de los lotes 1 y 2 como confidenciales de forma justificada y proceda a dar vista del resto, con los parámetros más arriba indicados.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por Don A.F.R., en nombre y representación de la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. y Don J.S.B., en nombre de ACEINSA Movilidad, S.A., contra los Acuerdos de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por los que se excluye a las recurrentes de la licitación de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación Gestión de Servicios Públicos en la modalidad de concesión denominado: gestión integral y energética de las instalaciones urbanas de la ciudad de Madrid expediente: 132/2013/01084.

**Segundo.-** Inadmitir el recurso formulado por falta de legitimación activa para el

examen de las ofertas correspondientes al lote 3 del contrato la adecuación a derecho de su admisión.

**Tercero.-** Estimar el recurso en cuanto a la solicitud de examen de las ofertas correspondientes a los lotes 1 y 2, debiendo retrotraerse el procedimiento al objeto de poner de manifiesto el expediente en la extensión y en los términos más arriba señalados, para que en su caso, las recurrentes puedan presentar recurso suficientemente fundado.

**Cuarto.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Quinto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.