

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

En Madrid, a 19 de marzo de 2014.

VISTO el recurso formulados por Don A.F.R., en nombre y representación de la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones y ACEINSA Movilidad, S.A., contra el Acuerdo del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de febrero de 2014, por el que se acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos del expediente de licitación y subsidiariamente contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se excluye a la recurrente, 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 la recurrente, que licitó bajo compromiso de UTE.

La Mesa de contratación acordó el día 16 de diciembre de 2013 la exclusión de las ofertas de la UTE recurrente, 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 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:8*

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 representante de la UTE, 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 de la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. y ACEINSA Movilidad, S.A. 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, alegando 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, y la existencia de irregularidades cometidas en la valoración de las ofertas que enuncia respecto del lote 2.

Dichos recursos fueron resueltos mediante Resolución 14/2014, de 22 de enero de 2014, en la que se acordaba *“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.”*

Para la ejecución de la indicada Resolución, la Dirección General de Vías y Espacios Públicos realiza un informe fechado el día 4 de febrero de 2014, en el que da cuenta de la petición de declaración de confidencialidad de las licitadoras, y propone motivadamente la documentación que debe ser considerada confidencial.

A la vista del anterior informe, el Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid con fecha 5 de febrero de 2014 acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos del expediente de licitación y dar vista a la recurrente del resto de la documentación a los efectos de que en su caso pueda presentar recurso cabalmente fundado contra la decisión de adjudicación. Dicho acuerdo se notifica a la recurrente el día 6 de febrero.

Cuarto.- La representación la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. y ACEINSA Movilidad, S.A., previa la presentación el día 21 de febrero de 2014, 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 recurso administrativo especial en materia de contratación, con fecha 24 de febrero de 2014, ante este Tribunal. El objeto del recurso tal y como se explica en el mismo es el Acuerdo de fecha 5 de febrero de 2014, de manera que de estimarse el recurso deberían retrotraerse nuevamente las

actuaciones a los efectos de tomar nuevamente vista del expediente en la extensión y en los términos que se dirán, para que en su caso, pueda interponer recurso suficientemente fundado en ambos lotes y subsidiariamente contra el Acuerdo de exclusión de fecha 16 de diciembre de 2013.

El mismo día 24 de febrero se ha dado traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole para que en el plazo de dos días remita el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.4 del TRLCPSP.

El Ayuntamiento de Madrid, remitió el expediente junto con el informe el 5 de marzo de 2014. En el indicado informe el Ayuntamiento solicita que se considera la falta de legitimación de la recurrente respecto del lote 1 del contrato, ante las alegaciones efectuadas por la misma, teniendo en cuenta que el examen de la coherencia y viabilidad de la su oferta es genuina e independiente para cada lote.

Asimismo solicita la inadmisión de los informes periciales aportados por la recurrente al no haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 64.2 del TRLCPS y por considerar que su aceptación supondría una suplantación de las competencias atribuidas por la legislación de contratos al órgano de contratación. Se manifiesta también respecto de la pretendida vulneración del derecho de defensa señalando que *“es necesario poner de manifiesto que no solo no se ha impedido su ejercicio, sino que, incluso puede considerarse que la recurrente ha hecho uso de un ejercicio más allá de lo previsto en la ley, puesto que con la interposición de los Recursos número 6 y 7/2014, las recurrentes tuvieron un primer plazo de 15 días hábiles para formular su recurso y en particular, pudieron incorporar a los mismos todas las consideraciones jurídicas que estimaron convenientes sobre el acceso al expediente de contratación vinculadas al derecho de defensa.*

Al hilo de lo anterior, el recurrente vuelve a hacer uso del plazo de 15 días hábiles para interponer este recurso, con la pretensión contumaz de, incluso, volver

a tener nuevo plazo para la interposición de un tercer recuso sobre las mismas pretensiones. Prueba de ello es lo ya dicho respecto de la impugnación del Lote 1.”

Respecto de las concretas pretensiones planteadas por la recurrente se acompaña al expediente un informe técnico cuyas conclusiones por claridad expositiva iremos recogiendo en relación con cada una de las cuestiones controvertidas.

Quinto.- Con fecha 5 de marzo, se ha concedido a los interesados en el procedimiento, el trámite para realizar alegaciones previsto en el apartado 3 del artículo 46 del TRLCSP.

El día 11 de marzo ha tenido entrada en este Tribunal escrito de alegaciones de la UTE constituida por Ferrovial y otros, en el que se ratifican las alegaciones efectuadas el 21 de enero en los recursos 6 y 7/2014. También se ha presentado con la misma fecha escrito de alegaciones de la UTE SICE y otros.

En sus alegaciones señala esta última que a pesar de la referencia en su recurso al lote 1 la recurrente solo realiza alegaciones respecto del lote 2, no siendo procedente a su juicio la extensión de argumentos de uno a otro lote, cuando el examen de la coherencia y viabilidad es diferente para cada uno de ellos de lo que solo cabe deducir que la recurrente solo ha formulado recurso contra el su exclusión del lote 2.

Así mismo aduce respecto de la primera de las pretensiones ejercitadas de acceso al expediente que la recurrente para defender la viabilidad de su propia oferta no precisa conocer los detalles de las ofertas de las demás licitadoras, dando razón de forma pormenorizada de las causas por las que ha solicitado la confidencialidad de determinados documentos, de las que se dará cuenta al analizar cada uno de ellos. Concluye afirmando la corrección de la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de contratación, en los términos que asimismo se recogerán al

examinar la cuestión de fondo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Este Tribunal ya declaró su competencia para conocer de los recursos especiales que se planteen en relación con el actual expediente de contratación, en la Resolución 14/2014, de 22 de enero, por lo que por economía procedimental no es preciso volver a argumentar en torno a la misma, al haberse entendido que se superan los umbrales del artículo 40.1.c) del TRLCSP.

Segundo.- Como más arriba se ha expuesto, el objeto del recurso es el Acuerdo de fecha 5 de febrero de 2014, por el que se acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos del expediente de licitación, y subsidiariamente el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se excluye a la recurrente, de la licitación de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación.

Ninguna duda cabe respecto del carácter recurrible del Acuerdo de exclusión como acto de trámite cualificado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Debe plantearse si el Acuerdo de fecha 5 de febrero de 2014 por el que se acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos, también es susceptible de recurso, como acto de trámite cualificado en los términos del citado artículo 40.2 b) del TRLCSP que establece que *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”*

El acuerdo controvertido no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento de licitación, sino que habría que buscar su encuadre en el segundo supuesto contemplado en el precepto transcrito, esto es que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Este Tribunal entiende que de la dicción literal del artículo resulta que los efectos perniciosos causados deben ser actuales o si se quiere efectivos y no meramente potenciales, lo que exige un examen de su contenido, remitiéndonos en este punto al apartado quinto de los fundamentos de derecho de la presente Resolución.

Tercero.- El órgano de contratación cuestiona la legitimación activa de la recurrente respecto del lote 1, señalando que *“es sumamente dudoso que se pueda afirmar la existencia de un interés legítimo, real, concreto y efectivo en la recurrente, ya que, por segunda vez, vuelve a obviar formular los motivos concretos contra su exclusión del Lote 1, teniendo en cuenta que el examen de la coherencia y viabilidad de su oferta es genuina e independiente en cada lote”*.

Es cierto que la recurrente centra su argumentación respecto de la apreciación de la coherencia de su oferta en cuanto al lote 2, pero no lo es menos que es licitadora respecto de ambos lotes, siendo en este caso su interés legítimo la obtención de un beneficio concreto, consistente en la adjudicación del contrato en cada lote y que, tal y como expone en su recurso, *“las valoraciones efectuadas respecto del lote 2, deben entenderse reproducidas en relación al lote 1, si bien el mismo será, en su caso formulado una vez se tenga conocimiento de toda la documentación no declarada confidencial”*.

Cuestión distinta es la de la insuficiencia o falta de fundamentación de sus pretensiones, cuyas consecuencias jurídicas pecharían en su caso sobre la propia recurrente, al no permitir eventualmente una estimación de fondo del recurso, sin que quepa identificar un aparente “desinterés” en las alegaciones con la falta de legitimación activa.

Se acredita, por tanto, en el expediente la legitimación de las recurrentes para interponer recurso especial por tratarse ambas de personas jurídicas licitadoras al contrato objeto de impugnación, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Respecto del firmante del recurso, como gerente único de la UTE, debe señalarse que a pesar de lo afirmado por el mismo, no consta acreditada en el expediente la constitución formal de la UTE recurrente, sino que únicamente consta el compromiso de UTE firmado el 22 de noviembre de 2013. En este caso a diferencia de los dos anteriores recursos, la acción se ejercita no por ambas empresas sino por el representante de una sola de ellas (Aeronaval de Construcciones), cuya representación, sí que consta acreditada en el recurso 7/2014, mediante la aportación del correspondiente poder, por lo que debe entenderse la falta de representación para la interposición del recurso en nombre de ACEINSA.

No obstante lo anterior como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones los efectos de la resolución que se dicte en el presente recurso alcanzarán a ambas entidades, por lo que no se ha considerado preciso solicitar la aportación de documentación acreditativa de la representación del firmante respecto de la anterior empresa.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma de acuerdo con el artículo 44.2.b) del TRLCSP, pues el Acuerdo recurrido fue notificado a la recurrente el 6 de febrero de 2014, habiéndose presentado el recurso el día 24 del mismo mes.

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 el recurso.

Sexto.- Con carácter previo, al estudio de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, cabe delimitar el objeto del mismo, dado que por parte de la UTE SICE y otros en su escrito de alegaciones se ha señalado que el recurso solo debe entenderse dirigido contra el Lote 2, puesto que no contiene alegaciones relativas al Lote 1.

En el suplico del escrito de recurso no se hace ninguna referencia al objeto del mismo en relación con los dos lotes, de manera que en principio cabe considerar que la voluntad de la recurrente es que se anule su exclusión de ambos lotes, sin embargo en el encabezamiento del mismo se señala que se interpone recurso especial contra el Acuerdo de 5 de febrero de 2014, por el que se acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos del expediente de licitación y contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se excluye a la recurrente, de la licitación, remitiéndose únicamente la documentación correspondiente al indicado lote. A ello cabe sumar que prácticamente todas las referencias y argumentos del recurso se dirigen al lote 2, y que como aduce la UTE alegante, el examen de la coherencia y viabilidad es diferente para cada uno de ellos. Ahora bien, en el motivo preliminar de su recurso como más arriba se ha expuesto se pretende *extender las valoraciones* efectuadas respecto del lote 2, al lote 1, con la argumentación de que no es posible fundamentar un recurso en relación con la exclusión del lote 1 al no habersele dado acceso al expediente, sin perjuicio de que el recurso contra el lote 1 será formulado una vez se tenga conocimiento de toda la información no declarada confidencial.

De este confuso tratamiento de los actos objeto de recurso por parte de la recurrente, sin embargo se desprende su voluntad de recurrir también su exclusión del lote 1 por lo que no puede considerarse en virtud del principio favor acti, que el recurso solo se dirige contra la exclusión del lote 2. Todo ello sin perjuicio, como hemos señalado más arriba, de que la insuficiencia o falta de fundamentación de las pretensiones relativas al lote 1 pudiera determinar en su caso la desestimación del

recurso respecto de la exclusión del indicado lote, en el supuesto de estimar que la información de la que disponía el recurrente respecto de dicho lote era suficiente para fundar cabalmente un recurso.

Séptimo.- Procede examinar las cuestiones de fondo alegadas por la recurrente, de forma subsidiaria, procediendo en primer lugar el análisis del Acuerdo de 5 de febrero de 2014, en este fundamento, para posteriormente en su caso examinar el Acuerdo de exclusión de fecha 16 de diciembre de 2013.

El examen de la declaración de confidencialidad de la documentación que forma parte del expediente de licitación, debe realizarse ponderando el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, teniendo en cuenta que en dicha ponderación, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos tal y como señalábamos en nuestra Resolución 14/2014, de 22 de enero, de la que trae causa el presente recurso. Se trata esta de una cuestión difícil, que exige delimitar el alcance del concepto de confidencialidad, al caso concreto, garantizando la salvaguarda de eventuales derechos comerciales, pero sin vaciar de contenido el derecho a la defensa del recurrente.

Así se establece en los considerandos 51 y 52 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de febrero de 2008, Asunto C 450/06, Varec S.A. vrs. État belge: *“De lo anterior se desprende que, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trata que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.*

El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, Mobistar, C 438/04, Rec. p. I 6675, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo”, correspondiendo según la misma Sentencia al organismo responsable del recurso especial, en este caso este Tribunal, decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio.

Para ello debe partirse del examen de la regulación contenida en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y los artículos 140 y 153 del TRLCSP, utilizando asimismo como parámetro interpretativo la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Así el artículo 6 de la Directiva 18/2004/CE, señala que el poder adjudicador, no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. *“Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”.*

En transposición de este artículo el artículo 140 del TRLCSP señala que *“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 su parte el artículo 153, relativo a la publicación de la adjudicación,

advierte de la posibilidad que tiene el órgano de contratación de no publicar determinados datos relativos a la misma, cuando entre otras cuestiones puedan *“perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas”*.

Por último el artículo 46.5 del TRLCSP señala *“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.”*

Ni la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, ni el artículo 140 del TRLCSP, restringen, como pretende la recurrente, la comunicación de datos a los secretos técnicos o comerciales, puesto que además de utilizar la expresión “en particular”, indicativa del carácter no exhaustivo de la enumeración, añaden *“y los aspectos confidenciales de las ofertas”*, constituyendo la definición de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto, precisamente, el centro del debate planteado. A ello cabe sumar que el artículo 4 del Reglamento CE 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que podemos traer a colación a efectos interpretativos, diferencia claramente ambos conceptos al indicar que *“Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual”*.

No existe una definición legal o jurisprudencial del alcance de la expresión “aspectos confidenciales de las ofertas”, sin perjuicio de ciertos parámetros ofrecidos por la jurisprudencia europea.

De acuerdo con la Sentencia dictada en el Asunto Varec, más arriba citada, *“el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44). Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.”*

“Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

Es cierto que dichas disposiciones versan sobre la actuación de las entidades adjudicadoras. Sin embargo, hay que reconocer que su eficacia se vería seriamente comprometida si, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, toda la información sobre este procedimiento debiera ponerse, sin límite alguno, a disposición del autor de dicho recurso, o incluso de otras personas como las partes coadyuvantes.

En tal supuesto, la mera interposición de un recurso daría acceso a información que podría utilizarse para falsear la competencia o para perjudicar los intereses legítimos de operadores económicos que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate. Tal posibilidad podría incluso incitar a los operadores económicos a interponer recursos con el único objetivo de acceder a los secretos comerciales de sus competidores. Se plantea la cuestión de si dicha interpretación se adecua al concepto de proceso justo a efectos del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»).

Así junto con la protección de los secretos comerciales debe examinarse si en este caso el acceso a los documentos solicitados por la recurrente, es susceptible de falsear la competencia o perjudicar los intereses legítimos de operadores económicos que participaron en el procedimiento.

Un primer deslinde deriva de la consideración de la protección de confidencialidad, abarca en todo caso a los datos atinentes a la propia empresa o su modelo de producción o comercial, sistemas de trabajo, etc., pero no con carácter general a aspectos que independientemente de las mismas, solo estén presentes en la propia oferta, que por definición debe ser pública, salvo aquellos aspectos que venimos señalando.

A este respecto señala la recurrente que es revelador que todas las empresas participantes en la licitación concurren en compromiso de UTE de manera que no tendría sentido que cualquiera de los integrantes de las mismas pudieran revelar sus secretos al resto de los socios para que se plasmasen en la oferta conjunta.

Procede pues examinar al caso concreto que nos ocupa, el Acuerdo impugnado, desde los parámetros más arriba ofrecidos, de forma específica para cada oferta y cada documento declarado confidencial:

Afirma la recurrente que en ejecución de la Resolución 14/2011, *“el derecho de acceso se ha limitado nuevamente en base a la confidencialidad y el supuesto secreto de las ofertas, no habiendo podido mi mandante acceder en esta segunda vista del expediente a ningún documento mas de los anteriormente no declarados confidenciales en relación a la oferta de la UTE SICE y otros, y sólo a una pequeña parte de la oferta de la UTE FERROVIAL y otros excluidos anexos, habiéndose dado por el Ayuntamiento de Madrid una mera apariencia de motivación sin fundamento alguno”*.

Con carácter previo cabe señalar que tal y como pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe *“la declaración de confidencialidad propuesta por los servicios técnicos municipales es menos restrictiva que la propuesta por los licitadores, siendo elevado el porcentaje de documentación de la que se ha dado vista, a modo de ejemplo cabe mencionar que se ha dado vista del 90,3% del contenido del Plan de Ahorro Energético de la UTE Ferrovial y otros y del 85,7% de la UTE SICE y otros”*, no respondiendo a la realidad la afirmación de la recurrente en el sentido de que se continua infringiendo los derechos de la recurrente, a pesar de la anterior Resolución de este Tribunal, de acceso al expediente.

Esto sin embargo, no exime de examinar la corrección de la declaración de confidencialidad de algunos de los documentos propuestos.

1.- Oferta de la UTE constituida por SICE, IMESAPI, ETRALUX, URBALUX y CITELUM (en adelante SICE y otros).

Recordemos que estas empresas especificaban ya en su oferta y posteriormente mediante escrito de 18 de diciembre de 2013, cada uno de los documentos y apartados que consideran confidenciales para cada lote de su oferta. En concreto SICE declaró confidenciales:

LOTE 1:

Apartados 2.1, 2.2, 2.4.4, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.2, 4.1.6, y 5.1 de la Memoria de Organización del servicio.

Apartados 8, 10 y 11 del Plan de Ahorro Energético.

Apartados 1.2, 1.6, y 2 de Plan Económico Financiero.

LOTE 2:

Apartados 2.1, 2.2, 2.4.4, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.2, 4.2, 4.4 y 5.1 de la Memoria de Organización del servicio.

Apartados 8, 10, 12.5, 12.6 y 13 del Plan de Ahorro energético

Apartados 1.2, 1.6, y 2 de Plan Económico Financiero

Estos mismos documentos son los que nuevamente se han declarado confidenciales por el órgano de contratación, con la salvedad del punto 11 del Plan de Ahorro Energético del lote 1, que si bien no se contemplaba en la petición original, aparece en el Acuerdo de 5 de febrero. No obstante este Tribunal ya había advertido a modo de ejemplo que determinados documentos de esta lista en principio no podrían ser considerados confidenciales, *“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”*. Sentado lo anterior resta el examen concreto de cada documento declarado confidencial.

Memoria de Organización del servicio, apartados 2.1, 3.1.3, 3.1.4 y 5.1: Todos estos apartados declarados confidenciales por el órgano de contratación a petición de SICE, se refieren a propuestas de organización del servicio, para algunas de las prestaciones que comprende y contemplan aspectos como la plantilla que se propone adscribir al servicio, los organigramas de funcionamiento y, por último, los vehículos y medios materiales que se ofertan.

La justificación ofrecida por la UTE y aceptada por el órgano de contratación consiste en que al tratarse de una licitación en que no se fijan los medios humanos y materiales necesarios para cada servicio la definición de su cantidad, tipos, métodos de cálculos de rendimiento, etc., la debe realizar cada licitador para lo que se han destinado grandes recursos económicos, debiendo ser considerada secreto comercial para evitar que terceras empresas conozcan ratios de personal y de otro tipo de recursos que se aplican para optimizar costes y obtener una mejor calidad del servicio adquiriendo procedimientos de cálculo que han sido desarrollados con recursos económicos del licitador, tras muchas investigaciones lo que puede perjudicarles en futuras licitaciones.

Considera este Tribunal que no cabe aceptar que el hecho de que la elaboración de la oferta haya supuesto un trabajo y un desembolso económico previo, implique en todo caso que al ser propiedad de las licitadoras no puede ser puesta en conocimiento de los demás licitadores, a lo que debe unirse que dadas las especiales características de este contrato,-acumulación de prestaciones y concurrencia en UTE, compuestas a su vez por varias empresas, de todas las licitadoras-, no puede considerarse sin más, que el acceso a determinadas partes de la oferta implique un perjuicio en licitaciones futuras.

Así teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal considera que la confidencialidad de la oferta no puede alcanzar a la plantilla que se propone adscribir al servicio, ni a los vehículos y medios materiales ni a los costes tanto de personal como de materiales, aunque sí a los organigramas de funcionamiento, que se recoge en los documentos identificados como apartados 2.1, 3.1.3, 3.1.4 y 5.1 de la Memoria de Organización del Servicio de ambos lotes, excluyendo los relativos a los organigramas de funcionamiento.

Sin embargo cabe considerar que la declaración de confidencialidad, sí que alcanzaría al apartado 2.4.4 de la misma Memoria, relativo a los rendimientos previstos para cada actividad, así como a los puntos 4.2.11.2 y 4.4.3 de la oferta.

Respecto del punto, 2.2, 3.2 y 4.2 de la Memoria, relativos todos ellos al programa mensual y anual de mantenimiento, dichos apartados comprenden los datos de las distintas funciones y periodicidad del mantenimiento previsto, cuya divulgación entiende este Tribunal que puede suponer una ventaja competitiva para futuras licitaciones o un perjuicio para la UTE.

Respecto del Plan Económico Financiero el punto 1.6, en consonancia con lo anteriormente indicado, no se considera confidencial en cuanto contiene la plantilla de personal para cada prestación. Respecto del punto 1.2 denominado precios unitarios del personal, afirma SICE en respuesta a la Resolución 14/2014 de este Tribunal, efectuada en el trámite de alegaciones que no se trata de precios unitarios ofrecidos a la Administración sino costes medios de las propias empresas que reflejan datos de la estructura salarial de la UTE. Considera este Tribunal que siendo esto así, en el caso de que la licitadora fuera una empresa individual, el conocimiento de sus costes de personal podría ciertamente implicar una ventaja competitiva de futuro para terceros, sin embargo en el caso de una UTE compuesta por cinco empresas, se diluye totalmente dicha ventaja al ser incierta la concurrencia futura en otros procesos competitivos de las mismas empresas. Por lo tanto considera que la confidencialidad tampoco está justificada en el caso del punto 1.2 del Plan Económico Financiero.

Por último sí se considera justificada la confidencialidad del apartado 2 denominado Modelo Económico financiero, en cuanto ofrece una visión conjunta de los aspectos económicos del servicio cuyo conocimiento se entiende que podrían perjudicar intereses legítimos de la UTE.

Por último este Tribunal considera que el estudio recogido en el Plan de Ahorro Energético, en los aspectos señalados como tales por la UTE SICE y otros, encuentra justificada su declaración de confidencialidad.

2.- Oferta de la UTE Ferroviaria y otros. A diferencia de SICE en este caso la declaración de confidencialidad se realiza ex novo a la luz de nuestra anterior Resolución, en tanto en cuanto la declaración inicial era genérica y comprendía la totalidad de la oferta, motivo por el cual se dictó Resolución estimando las pretensiones de la recurrente.

El órgano de contratación ha considerado confidenciales los siguientes documentos:

LOTE 1

Apartados: 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 3.2, 4.1.3 4.2, 4.4, 5, 7.2, 9, 10, 11, parcial 12 páginas 89 a 93 incluidas de la Memoria de organización del servicio.

Apartados: parcial 2 (páginas 6, 7, 11), 3, parcial 4 (páginas 35, 37 a 43 incluidas y 49) ,4.2, 4.3 del Plan de Ahorro Energético.

Apartados: parcial 5 (precios unitarios páginas 6, 7, costes páginas 12, 13, 14,1) Estudio Económico y Plan Económico-Financiero.

LOTE 2

Apartados: 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 3.2, 4.3, 4.4, 5, 6.2, 7.2, 9, 10, parcial 11, (páginas 75 a 91 incluidas) de la Memoria de organización del servicio.

Apartados: parcial 2 (páginas 6, 7, 11), 3, parcial 4 (páginas 35, 37 a 43 incluidas y 49) ,4.2, 4.3 del Plan de Ahorro Energético.

Apartados: parcial 5 (precios unitarios páginas 6, 7,8 costes páginas 12, 13, 14,15) del Estudio Económico y Plan Económico-Financiero.

Dado que la mayoría de documentos se corresponden para ambos lotes se examinarán conjuntamente, sin perjuicio de poner de manifiesto las especialidades que se den en cada lote.

La UTE compuesta por Ferrovial y otros justifica de forma genérica la confidencialidad en que en dichos documentos se incluyen estrategias particulares en las tareas de mantenimiento,- que por otra parte no identifica-, se incluyen organigramas con perfiles de personal pertenecientes a las empresas de la UTE, se incluyen propuestas de medios técnicos como el software, propias de la empresa y se incluye know-how propiedad de las empresas para el desarrollo de las medidas propuestas. Sentado lo anterior resta el examen concreto de cada documento declarado confidencial.

Memoria de organización del servicio, apartado 2.2.2, “Actividades y Operaciones”. Este apartado detalla las principales operaciones que se realizarán durante la ejecución del contrato de cada una de las prestaciones que comprende, recogiendo en forma de cuadro, aspectos como rendimiento, equipo, frecuencia, número de operarios por equipo, unidades, y total horas anuales. Este Tribunal considera justificada la declaración de confidencialidad de estos aspectos que coinciden en parte con los puntos 2.2, 3.2 y 4.2 de la memoria de SICE respecto de los que también se considera justificada la confidencialidad.

Apartado 2.2.3, “Modelo de Partes de trabajo”. Considera este Tribunal que esta información no reúne los requisitos necesarios para ser considerada confidencial, en tanto en cuanto se trata de modelos, respecto de los que no se justifica que se esté utilizando un software propio y que se considera que una vez comience su utilización podrían ser conocidos por terceros con lo que no se evitaría mediante la confidencialidad un eventual perjuicio a intereses comerciales.

Apartado 2.2.4, “Organigrama y Relación de Medios Humanos” y apartado 9.”Organigrama general para LOTE 2”. Como hemos señalado para el caso de la

UTE compuesta por SICE y otros, la confidencialidad de la oferta no puede alcanzar a la plantilla que se propone adscribir al servicio, aunque sí a los organigramas de funcionamiento. De esta forma, de este punto cabe denegar el conocimiento del organigrama del servicio contenido en los puntos 2.2.4.1 y 9 pero no de la relación de medios humanos recogida en el punto 2.2.4.2.

Apartado 2.2.5, “Medios materiales”, en este punto al igual que en el caso de la UTE compuesta por SICE y otros se considera que la confidencialidad no alcanza a los medios materiales y vehículos por los mismos motivos anteriormente indicados.

Apartado 3.2, “Programa Mensual y Anual de Mantenimiento Preventivo” dichos apartados comprenden los datos de las distintas funciones y periodicidad del mantenimiento previsto, cuya divulgación entiende este Tribunal que puede suponer una ventaja competitiva para futuras licitaciones o un perjuicio para la UTE, lo mismo puede señalarse respecto del apartado 4.2.”Actividades y Operaciones de Explotación, Mantenimiento y control de los trabajos correspondiente a la prestación de las fuentes ornamentales” del lote 2.

Apartado 5 Prestación P9 “Sistemas de comunicaciones y centros de control asociados a las instalaciones”, y apartado 10 “Implantación y Mantenimiento Global de las Aplicaciones Informáticas que permitan el acceso “on line” para la Administración y su Integración con la Plataforma MiNT”. Este Tribunal considera justificada la confidencialidad, en tanto en cuanto la implantación de las aplicaciones destinadas a la gestión del servicio se ha realizado, según se afirma, siguiendo unos procedimientos propios, lo que podría comprometer aspectos relacionados con la propiedad intelectual de las empresas.

Apartados 11 y parcial 12 “Programa de Ejecución de las Obras de Inversión y plan de obra”. Aunque la planificación de actuaciones se considera provisional en la medida que, en caso de que la UTE resultase adjudicataria del contrato y una vez que se produzca la firma del mismo, se llevará a cabo una revisión y replanteo del

mismo, lo cierto es que a diferencia de la propuesta de la UTE formada por SICE y otros, en este caso se ofrecen datos relativos al ahorro a conseguir mediante determinadas actuaciones sobre las infraestructuras energéticas del Ayuntamiento de Madrid, por lo que se considera justificada la declaración de confidencialidad, al entender que puede suponer una ventaja competitiva para futuras licitaciones o un perjuicio para la UTE.

Este Tribunal considera que todos los documentos designados como confidenciales en el estudio recogido en el Plan de Ahorro Energético, encuentran justificada su declaración de confidencialidad, al igual que en el caso de la UTE compuesta por SICE y otros.

Por último en cuanto al Plan Económico Financiero, se ha solicitado que se declare la confidencialidad de los costes contemplados en el mismo. Respecto de los costes de personal se puede reproducir lo señalado para la oferta de la UTE de SICE, lo mismo puede señalarse respecto de los costes de maquinaria. Sin embargo los costes de la energía eléctrica de la página 15 en tanto en cuanto están directamente relacionados con el ahorro objeto de la propuesta, quedan cubiertos por la declaración de confidencialidad.

En resumen este Tribunal considera que no resulta adecuada la declaración de confidencialidad de los siguientes documentos:

UTE SICE y otros:

- Apartados 2.1, 3.1.1, 3.1.4 y 5.1 de la Memoria, excluyendo los organigramas del servicio.
- Apartados 1.6 (solo la plantilla de personal) y 1.2 del Plan Económico Financiero.

UTE Ferroviario y otros:

- Apartados 2.2.3, 2.2.4.2 y 2.2.5 de la Memoria.

- Costes de personal incluidos en el Plan Económico Financiero.

Octavo.- Resta aun determinar la virtualidad que debe darse a esta Resolución, ya que el órgano de contratación en su informe solicita en aras al principio de economía procedimental y a tenor de lo dispuesto en el artículo 46.5 del TRLCSP, que en el caso de que el Tribunal estimara que procede dar vista del expediente con mayor amplitud, así lo acuerde en el seno de este recurso y ante ese Tribunal, *“queriendo con esta sugerencia, dejar constancia clara y manifiesta de la falta por parte de esta Administración de cualquier pretensión obstaculizadora ni transgresora del principio de igualdad, en este sentido se citan las Resoluciones 13/2011 y 37/2014 de ese Tribunal.”*

Este Tribunal aprecia acertada la petición del órgano de contratación y fiel a la consideración del recurso, como especial, rápido y eficaz, entiende que debe pronunciarse sobre esta cuestión. En este caso, si bien se aprecia, como decimos, que algunos de los documentos declarados confidenciales no revisten tal carácter a juicio de este Tribunal, lo cierto es que el derecho de defensa de la recurrente no queda comprometido. Efectivamente el objeto del recurso tal y como se delimita en el petitum del escrito de recurso vincula, como no podría ser de otro modo, el acceso al expediente completo, con el ejercicio del indicado derecho de defensa tendente a lograr la anulación del acuerdo de exclusión y la continuación del procedimiento de licitación con la inclusión de la oferta de la recurrente. Se trata por tanto, no de excluir las ofertas del resto de licitadoras, para lo que la recurrente excluida carecería de legitimación activa, sino de lograr su propia inclusión. Para ello es preciso rebatir y desvirtuar los argumentos en que se funda el Acuerdo de exclusión adoptado por el órgano de contratación con independencia de la apreciación de la viabilidad de la oferta del resto de licitadoras. Sin embargo, la recurrente ha pretendido legítimamente utilizar, junto con otra serie de argumentos, el de la vulneración del principio de igualdad, afirmando que las ofertas de las otras licitadoras también adolecían de defectos que hubieran debido determinar su

exclusión, especificando determinados y pretendidos incumplimientos extraídos de la documentación a que ha tenido acceso.

Para ponderar si se ha vulnerado de algún modo dicho principio, deben compararse situaciones si no idénticas por lo menos con cierta similitud, de manera que se pueda realizar la comparación entre tratamientos eventualmente diferentes sin justificación. En este caso las causas de rechazo de la oferta de la recurrente, como luego veremos, se pueden centrar en las siguientes incoherencias o incumplimientos del PPT advertidos en la oferta. Falta de adecuación de la oferta a la realidad física sobre la que debe actuar el adjudicatario del contrato, falta de garantía del cumplimiento de las exigencias de los niveles luminosos del alumbrado público, utilización de tecnología Led no ajustándose a las condiciones técnicas definidas en el PPTP y falta de detalle de la programación del gasto a realizar en inversiones que no se ajusta a la programación definida en los pliegos del contrato.

Conforme a lo afirmado en este Fundamento de derecho, una vez puesta de manifiesto a la recurrente parte de la documentación de la UTE Ferrovial y otros (que anteriormente había sido declarada confidencial en su integridad) y con la documentación de la oferta de la UTE SICE y otros, la recurrente estaba en posición de poder argumentar en relación con el pretendido trato desigual en la apreciación de la coherencia de las tres ofertas, tanto para el lote 1 como para el lote 2, como así ha hecho en parte. A ello cabe sumar que las cuestiones controvertidas sobre su oferta se reflejan en documentos respecto de los que este Tribunal considera que sí opera la confidencialidad solicitada. En todo caso los documentos respecto de los que hemos señalado que no es adecuada la declaración de confidencialidad contemplan la plantilla de personal que realizará cada prestación y los materiales aportados para ello, los costes de personal, los modelos de partes de trabajo de la UTE Ferrovial y otros.

Este Tribunal de nuevo en aras del principio de economía procedimental, y sin pretender sustituir en modo alguno la actividad accionante de la recurrente, entiende

que puede entrar a analizar la exclusión de su oferta en ambos lotes, atendiendo únicamente a la documentación que le fue exhibida, tanto en una primera ocasión, como a raíz del Acuerdo de 5 de febrero impugnado, sin que proceda conceder una segunda retroacción del procedimiento de licitación a efectos de examinar una documentación, que a juicio de este Tribunal, no puede fundamentar la existencia de un trato desigual en cuanto a la coherencia de la oferta, por lo anteriormente dicho.

Noveno.- Procede por tanto determinar la adecuación a derecho del Acuerdo de exclusión de fecha 16 de diciembre de 2013. En relación con este acto se examinarán en este fundamento las cuestiones generales sobre su procedencia aducida por la recurrente, para posteriormente en ulterior fundamento examinar la concreta apreciación de la existencia de causas que avalen dicha exclusión.

Debemos partir de la base de que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido como a los órganos de contratación, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

De acuerdo con el punto 23 del PCAP del Anexo 1, “Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación”, *“En el sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes, los licitadores deberán incluir junto a la propuesta económica según el modelo establecido en el Anexo II al PCAP, la documentación complementaria incluida en este apartado, que en caso de no ser aportada, o si aun siendo aportada, fuera manifiestamente inviable o incoherente con las prescripciones técnicas exigidas en el PPTP del contrato o con la proposición*

económica presentada por el licitador, supondrá su exclusión del proceso de licitación. Toda la documentación se presentará en lengua castellana". Dicha documentación se concreta en una Memoria Técnica de Organización del Servicio, un Plan de Ahorro Energético (en adelante PAE) cuyo cumplimiento tendrá la consideración de condición esencial del contrato, en relación con las actuaciones que tiene previsto acometer para cumplir con el nivel de ahorro energético mínimo garantizado, y un Estudio Económico y Plan Económico-financiero detallado de la concesión del que se desprenda el presupuesto ofertado cuyo contenido será tenido en cuenta junto al resto de documentación presentada, a efectos de la verificación de la coherencia de las ofertas presentadas.

Asimismo debe traerse a colación, dado el objeto del recurso, que el PCAP únicamente establece criterios de adjudicación valorables mediante cifras o porcentajes, en concreto la oferta económica a la que se asignan 85 puntos, la cuota de reparto municipal del exceso del ahorro energético, el ahorro energético mínimo garantizado, y la reducción del coeficiente de revisión de precios a los que asigna 5 puntos respectivamente. El punto 18. 3. del anexo I del PCAP, relativo al criterio de adjudicación del ahorro energético mínimo garantizado, señala que *"El licitador ofertará el porcentaje de ahorro energético anual mínimo garantizado (%AMGi), con dos decimales, que será aplicable al consumo energético de las instalaciones objeto del contrato incluidas en el escenario del inventario inicial, a partir del segundo año de contrato (este incluido). Este porcentaje de ahorro energético anual mínimo garantizado (%AMGi) será preceptivamente superior al veinte por ciento (20,00 %), porcentaje de ahorro anual mínimo garantizado exigible al Contratista en todo caso. Toda oferta que presente un valor de ahorro mínimo anual garantizado por debajo del 20% será excluida de la licitación.*

El cumplimiento del porcentaje de ahorro anual mínimo garantizado ofertado por el Contratista (%AMGi) tendrá la consideración de condición esencial de ejecución del contrato, pudiendo su incumplimiento dar lugar a la resolución del

contrato, al margen de las penalidades que sean de aplicación recogidas en el pliego”.

Expuesto lo anterior, el acto que ahora se recurre excluye la oferta de la recurrente por los siguientes motivos: *“La Memoria de organización del servicio incluida por la oferta nº2 resulta manifiestamente incoherente con las prescripciones técnicas exigidas en el PTP del contrato, no ajustándose la misma a la realidad física del mismo, concretamente: (1) se plantea actuar en un número de puntos de luz de 150W de VSAP superior a los indicados en el inventario, y (2) se plantea actuar en un número de faroles Fernando VII superior a los indicados en el inventario (Cláusula 38 del PCAP, Apdo. 25 y Anexos A 1 y A2 del PPTP).*

La propuesta técnica definida en el Plan de Ahorro Energético de la Oferta nº 2, cuyo cumplimiento tiene la consideración de condición esencial del contrato según se especifica en el apartado 23 del Anexo I del PCAP, resulta manifiestamente inviable e incoherente, con las prescripciones técnicas exigidas en el PPTP del contrato, y en particular, no se justifica el cumplimiento de los niveles luminotécnicos mínimos exigidos en los PPTP (Apdo. 1. del PCAP, Apdo. 25 del PPTP, Anexo A1 del PPTP), plantea propuestas de ahorro energético basadas en Inventarios erróneos proponiéndose actuar en más unidad que las reflejadas en los inventarios de los pliegos (Anexo A1 del PPTP) no ajustándose por tanto a la realidad física del contrato, y plantea como medida de ahorro la utilización de tecnología Led no ajustándose a las condiciones técnicas definidas en los pliegos (Apdo. 23 del Anexo I del PCAP y Apdo. 77del PPTP).

El Plan económico-financiero de la Oferta nº 2 no detalla la programación anual de las Inversiones iniciales del anteproyecto, ni por prestación ni por actuación, ni coinciden en proporción con el calendario previsto, ni la programación del gasto a realizar en inversiones no se ajusta a la programación definida en los pliegos del contrato (Cláusula 38 del PCAP, Apdo., 23 del Anexo I del PCAP, Apdo. 25 del PPTP y Anexos A1y A2 del PPTP).”

Considera la recurrente que la exclusión de su oferta carece de todo fundamento y constituye una arbitrariedad manifiesta de la Mesa de contratación en la medida en que interpreta el apartado 23 del Anexo I del PCAP de forma absolutamente subjetiva y contraria a las estipulaciones de contrato, que los motivos en los que fundamenta la exclusión absolutamente improcedentes y que aún en el caso de que se pudiera entender que se ha producido algún error material en la oferta, ello no habilitaría la exclusión conforme a derecho.

En concreto aduce especificando la alegación de que la exclusión de su oferta es totalmente subjetiva, que el PCAP solo había previsto criterios objetivos de valoración, decidiendo no utilizar criterios de adjudicación que dependieran de un juicio de valor, de manera que si el órgano de contratación quería valorar la calidad técnica de las propuestas y anteproyectos a realizar por los licitadores mediante un juicio de valor, así lo debiera haber exigido en los pliegos. Para ello, como es lógico, habría respetado el procedimiento legalmente establecido en el artículo 150 del TRLCSP, relativo a la separación en distintos sobres de la documentación correspondiente a cada tipo de criterio.

Respecto de esta consideración, este Tribunal como ha señalado en numerosas ocasiones estima que si la recurrente consideraba que la cláusula del PCAP por la que se establecía la obligación de presentar determinada documentación técnica, con el objeto de examinar la coherencia de la oferta económica, era contraria a derecho o conculcaba cualquiera de los principios que rigen la contratación pública, debería haber impugnado en su caso los pliegos, que como es sabido vinculan a los licitadores una vez presentada su oferta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP.

Cosa distinta sería que mediante la comprobación de la coherencia de la oferta, el órgano de contratación hubiera introducido criterios de valoración de índole subjetiva no previstos en los pliegos, lo que sería totalmente contrario a los

principios de libre concurrencia y transparencia, como se desprende de la clásica Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, de 20 de septiembre de 1988. Gebroeders Beentjes/Países Bajos. 31/87. 20-9-1988”. *Resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 29 de la Directiva que, cuando los órganos de contratación no utilizan como único criterio de adjudicación del contrato el precio más bajo, sino que se basan en diversos criterios para adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, están obligados a mencionar tales criterios bien en el anuncio del contrato, bien en el pliego de condiciones”* (en el mismo sentido cabe citar las Sentencias C-331/04, de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc ; C-87/94, de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, apartado 88; y la C-470/99 de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau, apartado 98).

Debe considerarse entonces en relación con esta alegación de la recurrente, si el órgano de contratación ha introducido elementos de valoración subjetiva, más allá de la mera comprobación de la coherencia y viabilidad de la oferta.

A este respecto, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 196/2013, el Ayuntamiento de Madrid, en los contratos integrales, ha optado por aplicar únicamente criterios valorables en cifras o porcentajes con una ponderación preeminente del criterio precio. Es un hecho que la opción elegida puede incrementar la transparencia, pero también el riesgo de la recepción de ofertas que puedan resultar inviables por imposibilidad de prestar los servicios en las condiciones propuestas. Para incrementar las garantías de que esto no pueda ocurrir, se ha exigido que las proposiciones se acompañen de los estudios económicos y planes económicos financieros en los que se basen dichas ofertas, así como de la organización de los medios humanos y materiales adscritos al servicio. La finalidad de estos documentos, es verificar la coherencia de las ofertas presentadas por los licitadores; de tal modo, que lo que se pretende comprobar es que los valores ofertados se reflejan correctamente en la documentación técnica que acompaña a la oferta, sin que en modo alguno quepa identificarlos con la

acreditación de la solvencia técnica, como parece concluir en sus alegaciones la UTE Ferrovial y otros, ni con la valoración subjetiva de las ofertas prima facie.

Examinado el informe técnico sobre la coherencia y viabilidad de las ofertas, de 12 de diciembre de 2013, se comprueba que no introduce elementos de valoración o cuestiones subjetivas, respecto de ninguna de las ofertas presentadas, es más, por ejemplo respecto de la oferta de la UTE Ferrovial y otros señala que en el Plan Económico Financiero se aprecia falta de detalle, a lo que no atribuye lógicamente ninguna consecuencia en orden a la admisibilidad de la oferta.

En concreto respecto de la oferta de la recurrente se plantea su inviabilidad al no ajustarse la misma a la realidad física del contrato y al no justificarse el cumplimiento de los niveles luminotécnicos mínimos exigidos en los PPT, lo que no implica más que la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en el PPTP, lo cual por cierto, y sin perjuicio de las especialidades de este contrato, constituye el proceder normal en la contratación pública, que exige comprobar que se cumplen los requerimientos derivados de las necesidades apreciadas por la Administración o poder adjudicador contratante, en los términos del artículo 22 del TRLCSP, comprobación que lógicamente no puede vincularse ni a la solvencia acreditada por los licitadores, por amplia que esta sea, ni a la oferta económica de los mismos, por ventajosa que la misma pueda parecer prima facie.

No es admisible en modo alguno a la vista de lo anterior la afirmación realizada por la recurrente de que, a pesar de que su oferta era la más ventajosa, el órgano de contratación “(...) *procedió a realizar una revisión de la documentación técnica presentada por esta UTE, acordando la expulsión del procedimiento de la UTE ACISA ACEINSA mediante el acuerdo de 17 de diciembre de 2013 basándose en los motivos allí contenidos*”, pareciendo querer dar a entender que el órgano de contratación con tal “revisión”, llevó a cabo una actuación torticera, cuando en realidad se limitó a cumplir estrictamente lo establecido en los pliegos, que también le vinculan, conforme al artículo 115 del TRLCSP. Todo ello sin perjuicio del examen

concreto de las causas de exclusión que veremos más adelante.

Cabe citar a respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1992. Dictada en el Recurso de Casación núm. 307035/1983 *“para que pueda prosperar esta causa de nulidad, la torcida intención, ha de lucir con suficiente relieve para que se imponga la vehemente convicción de que la apariencia formal de acto o disposición encubre un propósito distinto del pretendido”*, o Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1987 *“quien alega que un órgano administrativo se apartó del cauce jurídico, ético o moral, que está obligado a seguir, debe demostrar la intencionalidad torcida o desviada del mismo, siendo necesaria una prueba si no plena, si suficiente para crear en el Tribunal una razonada convicción sobre que el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público”*.

Por otro lado la recurrente argumenta que las medidas de ahorro propuestas en el Plan Económico Financiero que había de acompañar a la oferta tienen un alcance teórico y provisional, siendo en fase de proyecto donde se concretarán las medidas definitivas a realizar y que el ajuste de aquel en fase de proyecto para adecuar las instalaciones existentes a los nuevos criterios de calidad y de eficiencia energética no suponen la modificación de la oferta, sino sencillamente dar cumplimiento al contrato y además que la discordancia apreciada podría ser considerada como un mero error material que no determina la inviabilidad de la oferta.

Por su parte el órgano de contratación indica que la vinculación del PAE a las especificaciones del PPTP resulta clara de acuerdo con los términos de los propios pliegos, en concreto recoge lo dispuesto en el apartado 23.2 del Anexo I del PCAP en cuanto lo configura como documento en el que se indicarán las actuaciones que cada licitador tiene previsto acometer para cumplir con el nivel de ahorro energético mínimo garantizado recogido en su oferta, *“con estricta sujeción a las condiciones técnicas recogidas en el PPTP del contrato y sus anexos, y especialmente a las señaladas en el apartado 77.Limitación para la instalación de luminarias y faroles*

con tecnología Led del PPTP”. Asimismo afirma que las propuestas definidas en el PAE deberán concretarse, una vez adjudicado el contrato en la redacción de los proyectos. Sin embargo no puede desprenderse de ello que el licitador pueda modificar significativamente en el proyecto las propuestas incluidas en el PAE ofertado, ni mucho menos, incorporar propuestas no incluidas inicialmente en el mismo, sin que ello no signifique modificar las condiciones de prestación del servicio. En concreto considera que a la recurrente no le sería posible hacer efectivas sus propuestas de eficiencia energética como consecuencia en buena medida “*de la ausencia en su oferta de todo estudio o análisis técnico justificativo de las soluciones propuestas tal y como se exigía claramente en el apartado 23 del anexo I del PCAP*”.

Ello determina, según el órgano de contratación, la imposibilidad de aceptar el PAE aportado, de manera que una eventual admisión de la recurrente obligaría a realizar una nueva oferta lo que sería contrario al principio de igualdad de trato.

Asimismo señala que los errores padecidos en la oferta, en modo alguno pueden ser considerados, como meros errores materiales.

Por su parte la UTE SICE y otros se manifiesta en torno a esta cuestión de forma semejante al órgano de contratación, indicando específicamente que la documentación complementaria de la oferta no tiene carácter provisional como aduce la recurrente, sin que pueda argumentarse que no era posible realizar los estudios pertinentes en los 29 días existentes desde la publicación de los pliegos hasta el plazo de presentación de ofertas puesto que el Anexo I entero de PPT que constituye el proyecto de explotación se publicó y sometió a información pública cinco meses antes.

Debe concluirse respecto de esta cuestión, que la circunstancia de que los documentos en los que se justifican los elementos de la oferta se realicen en términos de anteproyecto o lo que es lo mismo que admitan en un momento posterior adaptaciones o correcciones, en modo alguno puede significar que su

contenido no vincula a las ofertantes al menos en cuanto al nivel de desarrollo posible y en función de las propuestas efectuadas, puesto que lo contrario dejaría carente de significado su exigencia. No tiene sentido exigir una justificación de una propuesta si se permite su modificación total en un momento posterior una vez adjudicado el contrato. No tiene sentido proponer un ahorro de un porcentaje sobre la base de unas actuaciones, para luego no poder realizarlo porque superen el porcentaje ofertado o al contrario cuya efectiva ejecución se traduzca en un porcentaje inferior al propuesto. De forma que si bien caben adaptaciones del proyecto los ahorros ofertados debe coincidir con el contenido de los documentos que los justifican.

Además quedaba claro de los pliegos la exigencia de coherencia y el examen de viabilidad de las ofertas respecto de los mismos, de manera que no cabe aducir en este momento que la documentación aportada tiene un alcance teórico y provisional.

Tampoco puede ampararse de forma genérica la eventual falta de coherencia y viabilidad de una oferta en el principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 215 del TRLCSP. Entiende este Tribunal que en ningún caso, pero menos en contratos cuyo objeto sea la prestación de un servicio público esencial, el principio de riesgo y ventura pueda dar cobertura a ofertas que no puedan ejecutarse en los términos en que han tenido lugar. Para garantizar la seriedad y la viabilidad de las ofertas se establecen una serie de mecanismos en la ley, como el establecimiento de un presupuesto de licitación, el mecanismo de justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad del artículo 152 del TRLCSP o la restricción de los modificados contractuales en los casos y con los requisitos marcados por la Ley, tendentes a evitar la imposibilidad de ejecución efectiva de las prestaciones contratadas. Así la primera de las obligaciones de cualquier licitador es la de realizar una oferta seria, coherente y viable, sin perjuicio de lo cual y dado el aleas a que se somete por definición cualquier actividad prolongada en el tiempo y concretamente la ejecución de este tipo de contratos, cabe el cambio de las circunstancias en que

se desenvuelve el contrato, para cuyo reequilibrio existen mecanismos previstos en la ley. Este Tribunal lógicamente no puede avalar la consideración de que una oferta que, de acuerdo con lo establecido en los PPTP se aprecia como incoherente o inviable, deba ser aceptada por la Administración, que en este punto no olvidemos es la garante del interés público que justifica la licitación, bajo el principio de riesgo y ventura invocado por la recurrente.

Por último cabe señalar que todas estas cuestiones atinentes a argumentos generales para la defensa de las pretensiones de la recurrente para el lote 2 son extensibles al lote 1, debiendo por tanto desestimarse la pretensión de nulidad del Acuerdo de exclusión también para este último lote por los motivos esgrimidos por la recurrente.

Décimo.- Todavía resta sin embargo, dar un paso más en la apreciación de la adecuación a Derecho de la actuación del órgano de contratación en la exclusión de la recurrente, consistente en la comprobación de que efectivamente los defectos puestos de manifiesto en el informe técnico de valoración son tales, y determinantes de la exclusión de la oferta por inviabilidad de la misma. Procede pues su examen por separado.

1.- Falta de adecuación de la oferta a la realidad. Este incumplimiento se concreta en la propuesta efectuada por la recurrente de actuar sobre un total de puntos de luz superior a los inventariados, esta discordancia se observa tanto en la Memoria de organización del servicio, como en el Plan de Ahorro Energético. Como la recurrente no alega en concreto respecto de los datos del lote 1, se advierte que toda la argumentación se realizará respecto del lote 2, para en su caso, si ello es posible, entender sus efectos, como solicita la recurrente al lote 1.

En concreto la recurrente fue excluida de la licitación del lote 2 al plantear una actuación sobre puntos de luz de 150 W superiores a los indicados en el inventario. Así mientras en el inventario se recogen 42.756 puntos de luz de 150 W, la

recurrente plantea en su Memoria de Organización del Servicio reducir la potencia del total de dichos puntos de luz, de 150 a 100 W. Pero es que además en su PAE propone reducir la potencia de nuevo sobre 7.228 puntos de luz, aplicando tecnología LED, por lo que como señala el órgano de contratación, estaría proponiendo actuar sobre un total de 49.984 puntos de luz, cuando en el inventario únicamente constan los 42.756 puntos de luz, señalados inicialmente.

Además se plantea actuar sobre un total de 7.228 unidades de faroles Fernando VII, cuando en el inventario solo constan 706 unidades.

Respecto de estas apreciaciones la recurrente, sin negar la existencia de la discordancia detectada, afirma que la misma se debe a un error inducido por los propios inventarios, afirmando que *“Debemos dejar claro que las unidades sobre las que la oferta de mi mandante se propone actuar son las incluidas en los inventarios reiterando que cualquier contradicción en el número de luminarias de 150 W es exclusivamente achacable a la confusión de los mismos”*. Abunda además en la realización de una serie de consideraciones genéricas respecto de la calidad de su oferta y realiza diversas insinuaciones relativas a la finalidad perseguida por el órgano de contratación con su exclusión *“es obvio que el OC con la finalidad de excluir a mi representada...”*.

Con carácter previo, y sin necesidad de extendernos excesivamente sobre esta cuestión, las afirmaciones que insistentemente realiza la recurrente sobre la actuación del órgano de contratación supondrían el caso de ser apreciadas por este Tribunal que el órgano de contratación, ha incurrido en desviación de poder en la actividad impugnada. Como este Tribunal ha señalado más arriba, no basta en relación con la afirmación de conductas tan graves la mera afirmación, o como en este caso insinuación de la existencia de trato de favor a alguna o algunas de las licitadoras sino que es necesario aportar siquiera sea un indicio probatorio de esta circunstancia, lo que en este caso no se produce por lo que debe desestimarse cualquier pretensión en este sentido.

Observa este Tribunal que en el Anexo A I del PPT consta el inventario del número total de luminarias viarias para cada uno de los lotes, en concreto para el lote 1, 68.990 y para el lote 2, 70.278, así como el número de luminarias por tipo, potencia y lote, constando para el lote 2 un total de 42.756 luminarias tipo SAP de 150 W, y para el lote 1, 38.880. No se aprecia discordancia o error alguno en el inventario respecto del contenido del informe de viabilidad de la oferta. Asimismo consta en el inventario que el número de faroles Fernando VII del lote 1, es de 4.504 y para el lote 2, 706, proponiéndose por la recurrente tanto en la memoria de organización, como en el programa de ahorro correspondientes al lote 2, actuar sobre 7.228 faroles Fernando VII y 429 tipo Villa.

En este caso la recurrente aduce que simplemente se intercambiaron las cifras de manera que debe entenderse que su oferta de actuación se refiere a 429 faroles Fernando VII y 7.228 tipo villa (de los 11.907 posibles para el lote 2). A este respecto el órgano de contratación señala que no puede sostenerse que se trata de un error tipográfico puesto que se repite en distintos apartados y diferentes documentos de la oferta y además los cálculos económicos de la oferta se hacen sobre la base del error, al tener cada tipo de farol una potencia diferente de manera que el error se traslada a los cálculos del ahorro ofertado.

Dicho esto resulta acreditada la incoherencia de la oferta de la recurrente en cuanto al número de luminarias, cuyo alcance a juicio de este Tribunal justifica la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 2. Efectivamente resulta que al solapar por error el número de luminarias sobre las que se va a actuar, está comprometiendo la realización de dos intervenciones de ahorro distintas e incompatibles entre sí sobre los mismos elementos y al cometer un error en cuanto al número de faroles sobre el que actuar, tal error se traslada sobre el resto de los documentos de la oferta de manera que, aunque en este caso, sí podría haberse aclarado el error padecido, cualquier corrección del mismo en el resto del cálculo de ahorros y consumos energéticos supondría una modificación de la oferta.

No cabe realizar ningún tipo de corrección, en sede de recurso, como pretende la recurrente de dicho error, que no puede tener la consideración de error material, sino que, además de que pone de manifiesto la incoherencia de proyecto cuestionando su viabilidad en los términos establecidos en el punto 23 del anexo I del PCAP, determina la inconsistencia interna de la oferta, que, frente a lo aducido por la recurrente, no está compuesta solo por la oferta económica stricto sensu sino por toda la documentación que la debe acompañar, y que debería sostenerla y fundamentar su contenido. Este Tribunal ya ha señalado en numerosas Resoluciones, (vid Recurso 67/2013) que para que el órgano de contratación pueda rechazar una oferta en la que concurren errores es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando una oferta es errónea y la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Por otro lado el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Este precepto, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo), concurriendo ambas circunstancias en el presente caso.

Además la recurrente en relación con esta cuestión afirma que se ha producido un trato desigual respecto de las otras dos licitadoras. En concreto aduce que:

-La página nº 5 de la memoria de Organización de la UTE FERROVIAL recoge 83.719 puntos de luz cuando el Inventario del Anexo A1 contiene 71.013 en total para el Lote 2, es decir una diferencia incluso mayor a la denunciada a esta UTE.

-En la pág. 12 del PAE de SICE se indica que el número total de luminarias cerradas asciende a 39.254, cuando la suma de todas las luminarias cerradas del Anexo A 1 (pág. 58) para el Lote 2 es de 40.292 según la siguiente suma (24.509 + 15.392 +391).

-En la página 12 del PAE de SICE se indica 464 luminarias del tipo “otros”, cuando el Anexo A1 (pág. 58) recoge un total de 526 tras la suma (297 + 167 +62 del tipo otros).

-La página 50 del PAE de SICE del lote 2 recoge 4.583 luminarias viales, cuando el Anexo P1 (pág.4) contempla 4.356 luminarias.

Respecto de todas estas pretendidas incoherencias o errores, debe señalarse, que como más arriba se ha expuesto, la recurrente ha tenido acceso a la documentación necesaria para realizar la comparación del tratamiento de su oferta, con el de las demás licitadoras, lo que enerva la posibilidad de indefensión que justificaría la retroacción del procedimiento para dar acceso al expediente de nuevo a la recurrente.

El órgano de contratación en su informe indica que la previsión contenida en la página 5 de la Memoria de Organización del servicio de la UTE Ferrovial y otros se refiere a una previsión de puntos de luz, para dimensionar los medios materiales y humanos lo que le parece razonable dado que tal y como se indica en el Anexo A5 está prevista la incorporación de nuevos desarrollos a lo largo de la vida del contrato. Por su parte la UTE Ferrovial y otros, no alega en concreto sobre este punto, sin duda al remitirse a su anterior escrito en el que no se hacía constar esta cuestión.

Este Tribunal comprueba que las situaciones descritas no son iguales y por lo tanto no existe un trato discriminatorio a favor de la UTE Ferrovial y otros que justifique la estimación del recurso, al menos en este punto. Efectivamente una cosa es que se proponga una actuación que determina el ahorro energético y el cálculo de la oferta sobre un número concreto de luminarias a tratar y otra que para calcular el personal y medios a asignar al contrato previendo crecimientos futuros se tengan en cuenta más puntos de luz de los existentes, sin que este Tribunal haya apreciado que se propone actuación alguna sobre más puntos de luz de los realmente existentes, sino que se trata solo de una estimación en orden a explicar la organización del servicio.

En cuanto a las alegaciones relativas a la oferta de SICE, el órgano de contratación aclara que en la página 12 del PAE de la UTE SICE y otros se incluye una tabla resumen con una calificación del inventario por tipo de vía, el número de luminarias en esta tabla es menor que el total reflejado del inventario, lo que implica que el licitador ha decidido no clasificar el alumbrado de la totalidad de las vías, el número de luminarias sobre las que propone actuar es aún inferior al reflejado en esta tabla resumen siendo conforme a los inventarios incluidos en los pliegos. Por su parte SICE señala *“la página 12 de nuestro PAE clasifica sólo las luminarias VIALES, y lo hace en función del tipo de vía según clasificación del Pliego de Condiciones Técnicas Generales del Ayuntamiento de Madrid. Es decir, deja fuera del cuadro de esa página intencionadamente todas las luminarias correspondientes*

a Pasos Inferiores de Vehículos que, lógicamente, no admiten clasificación de vía urbana a efectos luminotécnicos Sólo una manifiesta falta de conocimiento y criterio técnico podría, en su caso, explicar la sorprendente pretensión de la recurrente de que se incluyan pasos inferiores en una clasificación relativa solo a viales.

Así, el número de luminarias de pasos inferiores es de 1.100 unidades según la página 7 del Anexo A7. Para completar el cálculo falta simplemente incluir en la categoría de “cerradas” las 62 luminarias denominadas como “otras” de la página 57 del Anexo A1. Y este dato debe ser adicionado ya que, al estar situadas a más de 12 m. de altura de montaje, no pueden estar en pasos inferiores. Por tanto, el número de luminarias en categoría cerradas para estudio en viales será:

+40.292 (las que reclama la recurrente como dato correcto).

-1.100 (las que inexplicablemente la recurrente pretende “sacar” a cielo abierto cuando son de pasos inferiores).

+62 (las denominadas “otras” de más de 12 metros).

39.254 Total, que es exactamente el dato de nuestra oferta”.

Añadiendo que “en el cuadro que figura en la página 50 del PAE incluido en nuestra oferta se refleja claramente nuestra decisión de no actuar sobre los puntos de luz de los pasos inferiores, decisión perfectamente válida según los Pliegos.”

Respecto de estas alegaciones este Tribunal comprueba que el dato de las 39.254 luminarias cerradas, ofrecido por la oferta de la UTE SICE y otros en el PAE, se inserta dentro de las propuestas para iluminación viaria, como clasificación perfectamente admisible a la vista de los pliegos. Tal conclusión se respalda con la simple lectura del apartado 6 completo del PAE cuando explica la metodología de trabajo utilizada, en el que se manejan conceptos como las dimensiones de la calzada y de las aceras, arbolado, actividad nocturna, etc., que lógicamente corresponden a vías en superficie. En estas vías no se computan obviamente las luminarias de los pasos inferiores, pero sí cabe computar las de altura incompatible con tales pasos. Se ofrece por tanto un dato que siendo admisible desde el punto de

la metodología de trabajo, en cuanto contiene una clasificación no ofrecida por los pliegos, agrupa de forma distinta las luminarias, sin que una vez verificadas las cantidades por este Tribunal se aprecie discordancia alguna.

Se afirma también en el recurso que en la página 12 del PAE de SICE se indica 464 luminarias del tipo “otros”, cuando el Anexo A1 (pág. 58) recoge un total de 526 tras la suma (297 + 167 +62 del tipo otros). El órgano de contratación esgrime en este punto la misma argumentación que en el caso anterior, mientras que la UTE SICE explica que *“Habiendo asignado 62 unidades de las luminarias denominadas como “otras” a la categoría de cerradas, la cantidad de “otras” se rebaja a 464 que, son precisamente, las que figuran en el cuadro de la página 12 de nuestro PAE, de lo que se desprende sin lugar a dudas que nuestros datos son correctos.”*

Comprobado este extremo por este Tribunal se aprecia el órgano de contratación no ha dispensado tampoco en relación con esta cuestión un trato diferente a las ofertas de la recurrente y SICE.

Por último se plantea por la recurrente que la página 50 del PAE de SICE del lote 2 recoge 583 luminarias viales, cuando el Anexo P1 (pág.4) contempla 4.356 luminarias. El órgano de contratación señala al respecto que la oferta no incumple lo indicado en los pliegos puesto que en la página 5 del Anexo P1 al que se refiere la recurrente figura 4583 unidades para el lote 2. En el mismo sentido se pronuncia SICE en sus alegaciones añadiendo *“Es en la página 5 y no en la 4 del Anexo P1 donde figura el dato al que hace referencia, y en el mismo se dice expresamente que el numero luminarias en el Lote 2 es 4.583, y es este dato y no otro el que esta parte ha utilizado; como no podía ser de otra manera.*

Desconocemos, por las razones tantas veces explicadas, que datos ha utilizado la recurrente en su oferta pero si han utilizado como parece y se desprende

de sus alegaciones el dato de 4.356 luminarias, esto supone un nuevo error en su oferta.”

Comprobado este extremo por el Tribunal, esta afirmación queda carente de contenido.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo, tanto en su consideración de incoherencia o falta de viabilidad de la oferta de la recurrente, como de inexistencia de trato de favor respecto de las ofertas de las otras dos licitadoras.

2.- Falta de garantía del cumplimiento de las exigencias de los niveles luminosos del alumbrado público. Este se observa fundamentalmente en el Plan de Ahorro Energético. (PAE).

Así, según se hace constar en el informe de valoración entre la propuestas de ahorro del PAE se propone reducir de forma permanente la potencia de la totalidad de los puntos de luz de 250 W y 150 W de lote 2, (más de 55.000 puntos de luz) *“no aportando justificación técnica alguna, ni estudios luminotécnicos que avalen la propuesta y que por tanto garanticen que se cumplirán los niveles luminosos mínimos reglamentarias en todos los casos”* El órgano de contratación considera absolutamente inviable garantizar los niveles luminotécnicos exigidos tan solo reduciendo la potencia, sin cambiar a una tecnología más eficiente.

La recurrente aporta un certificado del Colegio de Peritos e Ingenieros Industriales de Sevilla de 3 de enero de 2014, en el que en síntesis se señala los factores a tener en cuenta para realizar un estudio fotométrico de los viales de un municipio y para mejorar la eficiencia energética, y realiza de nuevo una serie de afirmaciones sobre la subjetividad del órgano de contratación, y sobre la exigibilidad de la justificación de las medidas previstas señalando que *“dicho informe no es exigible lo que además es lógico ya que resultaría imposible en el periodo de tiempo*

otorgado para la presentación de ofertas”, poniendo por otro lado el ejemplo de tal posibilidad para un licitador extranjero, para concluir señalando que el Ayuntamiento de Madrid en este punto ha invertido la carga de la prueba puesto que no se justifica en este punto la inviabilidad de la oferta partiendo de un supuesto error para llegar a la conclusión de que la oferta es inviable.

Por otro lado en el Anexo I del PPTP deja claro que las propuestas de ahorro deberán realizarse teniendo en cuenta los niveles luminosos existentes y la normativa de aplicación que expone exigiendo en el punto 6 que *“Cada propuesta deberá ir acompañada del correspondiente estudio energético y luminotécnico, así como de las características técnicas de los materiales que se incluyan en el proyecto”.*

En este punto como en el anterior, cabe comenzar señalando que la recurrente no niega que su propuesta consiste en la reducción de la potencia de las luminarias de 250 y 150 W del municipio, ni que no acompañe o se refiera al menos en su oferta a un estudio de luminosidad, sino que ello no determina la inviabilidad de la oferta. Quizá como aduce la recurrente no se produce en este caso una inconsistencia interna de la oferta, pero resulta claro que sí se produce un incumplimiento de las exigencias del PPT que en distintos apartados condiciona las medidas de ahorro y eficiencia a proponer, al mantenimiento de los niveles luminosos del servicio de alumbrado. En principio la disminución de la potencia de la totalidad de las luminarias de 250 y 150 W correspondientes a una zona, determinaría una disminución de la luminosidad, si no va a acompañada de otra serie de medidas o propuestas técnicas o contempla una justificación del mantenimiento de los niveles mínimos exigibles (por ejemplo por exceso real de la luminosidad actual en determinadas zonas). En este punto el trabajo de estudio, planificación y propuesta, corresponde como es obvio a los licitadores que si desean realizar una oferta seria y coherente y más en un contrato de la envergadura del presente, deben hacer los estudios previos y los informes que consideren necesario, como se ha hecho en fase de recurso. No cabe aducir falta de tiempo, dado que el

anteproyecto se publicó en el mes de junio en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, ni se impugnó la convocatoria por este motivo, cuando además consta en el PPT la necesidad de acompañar un estudio que justifique las medidas propuestas, lo que enerva la afirmación efectuada por la recurrente de *“excluir una propuesta por un supuesto incumplimiento de un deber de justificación que el pliego no establece que la Mesa de Contratación no concreta en fase de aclaraciones que estime necesario y que sería de imposible realización en el plazo de presentación de ofertas resultaría contrario a los principios que deben regir la actuación de los Poderes Públicos, atentando muy principalmente contra el principio de buena y confianza legítima, así como contra el principio de transparencia”*.

Menos aún cabe señalar que el órgano de contratación ha invertido la carga de la prueba dando a entender que padecido un error en la oferta, es el mismo el que debe acreditar que dicho error la hace inviable, cuando es precisamente lo contrario, de manera que un eventual error en una oferta podría aclararse mediante una adecuada justificación de la misma y que además cualquier actividad en este sentido por el propio órgano de contratación supondría una vulneración del principio de igualdad respecto del resto de licitadores que no han padecido tal defecto en su oferta.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que tampoco puede estimarse el recurso por este motivo, al no justificarse el cumplimiento de las exigencias del PPTP en cuanto a luminosidad, con las medidas de ahorro propuestas.

Cabe aun examinar, sin perjuicio de la correcta exclusión de la recurrente por esta causa, si como aduce se ha producido un trato discriminatorio a favor de otras licitadoras en concreto de la UTE SICE y otros. Antes que nada debe señalarse que en relación con esta cuestión la recurrente y el informe pericial que aporta, utilizan datos del PAE de la oferta de la indicada UTE, señalando que *“se ha comprobado que efectivamente hace un muestreo de 87 calles de 3.185, lo que representa un 2,7% si bien solo acompaña datos lumínicos de 12 calles lo que representa un*

0,37% es decir algo ridículo y absurdo y con lo que se pretende excluir la oferta más ventajosa para los ciudadanos de Madrid' aportando copia del PAE de la UTE.

Respecto de esta alegación cabe efectuar dos consideraciones previas antes de comprobar si se ha producido el alegado trato desigual. De un lado que de nuevo la recurrente insinúa una conducta por parte del Ayuntamiento constitutiva en su caso de desviación de poder para cuya estimación, como más arriba hemos señalado no basta con una mera afirmación por muy reiterada que esta sea, sino que es preciso cierto sustento probatorio.

De otro lado que dado que la recurrente reconoce haber tenido acceso al PAE de la UTE SICE y otros en el que se contienen los datos atinentes a su oferta respecto de los que se examina la viabilidad por parte del órgano de contratación, nada obstaría para que la recurrente hubiera efectuado también alegaciones respecto del lote 1 en atención a tales datos enervándose en este punto la indefensión que justificaría que este Tribunal ordenara la retroacción del procedimiento para permitirle presentar recurso fundado.

Sentado lo anterior procede como decimos examinar la posible existencia de un trato desigual en la valoración de la viabilidad de la oferta de SICE en este punto. Señala esta última de contrario en su escrito de alegaciones que *“se muestra un extracto del estudio de las calles. El estudio completo para el Lote 2 consta de más de 8.500 líneas/tramos diferentes. Y a lo largo de todo el documento se explica el procedimiento de creación de secciones tipo y asimilación de TODAS las calles a cada una de las secciones. El hecho de que hemos estudiado todas las calles, es conocido por la recurrente por dos motivos: primero, porque se encuentra en la parte del PAE de nuestra oferta a la que han tenido acceso por no haber sido declarada como confidencial; y segundo, porque ellos mismos incluyen esa página de nuestra oferta en su recurso. Esto nos lleva a decir, con todos los respetos, que están obrando de mala fe cuando hacen reiterada referencia a que sólo hemos estudiado 87 calles de la ciudad. Con el debido conocimiento de la materia, que no parece*

tener la recurrente, era más que posible realizar los estudios que solicitaban los Pliegos y asegurar que las medidas propuestas eran válidas y que proporcionaban niveles de iluminación adecuados para cada caso. El estudio realizado por esta parte tiene una extensión muy superior y se presentó un resumen en nuestra oferta por motivos de la limitación de páginas en la documentación a presentar (...).

Por un lado, si no se han hecho estudios luminotécnicos, no se puede asegurar que la medida propuesta de realizar una bajada indiscriminada de potencia sea válida para el cumplimiento de la normativa en todas las calles, puesto que no van a ser suficientes los niveles de iluminación y de homogeneidad, dado que muchas calles ya están con unos niveles ajustados y no se puede reducir más.

Por tanto esta medida no es viable. Si no se aplica esa medida, si no otra, los ahorros estimados no serán esos sino otros, así como las inversiones. Por tanto, esa medida antes descrita (bajada indiscriminada de potencia) no es viable ni técnica ni económicamente”.

Este Tribunal comprueba que en el PAE de la UTE SICE y otros, se hace referencia al estudio de luminosidad efectuado, adjuntando un cuadro de hasta 85 calles como muestra del mismo, en el que se hace constar el tipo de luminaria, su potencia, la densidad de la potencia expresada en W/m², el mínimo y el máximo de la misma, la clase de vía y el nivel de iluminación (lux), mínimo, máximo y medio de cada una. A ello cabe añadir que en la página 12 del PAE de la UTE SICE y otros se indica que “*se ha estudiado de forma detallada todas y cada una de las calles de la ciudad*”.

La oferta consiguientemente se realiza ofreciendo datos del estudio efectuado y en coherencia con el mismo, ofreciendo diversas soluciones de ahorro en función de cada tipo de situación, distinguiendo aquellas en que se podría actuar al no cumplir criterios de eficiencia energética corrigiendo esta situación, de aquellas situaciones en que se proponen nuevas soluciones a partir de un estudio de 280

configuraciones tipo. Por lo que en modo alguno puede en este supuesto sostenerse la existencia de un trato de favor o discriminatorio a favor de esta última.

3.- Utilización de tecnología LED no ajustándose a las condiciones técnicas definidas en los pliegos (Apdo. 23 del Anexo I del PCAP y Apdo. 77 del PPTP). Este incumplimiento se observa fundamentalmente en el PAE.

El apartado 77 del PPTP, partiendo del reconocimiento del alto potencial lumínico de la tecnología LED, establece no obstante, una serie de limitaciones a su utilización como método de ahorro, debido a sus limitaciones actuales en ciertas situaciones de diseño y ante la falta de datos obtenidos sobre instalaciones reales. En concreto se establece que *“Todas las luminarias o faroles de tecnología LED deberán cumplir las condiciones técnicas que se requieren en el Protocolo de Luminarias LED aprobado y sus actualizaciones. Asimismo los fabricantes de las luminarias cumplirán los requisitos establecidos en el citado Protocolo.”* En concreto en dicho protocolo se exige una temperatura color de 2800 Kelvin a 4000 Kelvin.

En este caso se comprueba que las luminarias LED ofertadas por la recurrente, tanto en el lote 1 como en el lote 2, para los pasos inferiores son de una temperatura color de 5.700 Kelvin, por lo que la exclusión de la oferta por incumplimiento del PPT en este punto también se encuentra justificada y ajustada a derecho, debiendo desestimarse también el recurso basado en este motivo.

También en relación con esta cuestión la recurrente aduce un trato desigual respecto de la oferta de las demás licitadoras, puesto que según afirma, a la vista del expediente al que se ha tenido acceso (luego en este punto también cabe apreciar que no se produce la indefensión pretendida), las dos licitadoras incluyen solicitudes de homologación de las luminarias tipo LED que pretenden utilizar, cuando en el PPT se señala que todos los elementos y materiales de reposición o nueva instalación, así como las lámparas de vapor de sodio de alta presión que se empleen, deberán estar homologados.

A este respecto indica el órgano de contratación que la homologación de elementos de alumbrado exterior se otorga a los productos que cumplen la normativa municipal y que es exigible antes de su instalación o recepción. En relación con esta cuestión la UTE SICE y otros alegan que la reproducción de los pliegos que realiza la recurrente es sesgada y parcial, reproduciendo literalmente el contenido de los PPTP en su integridad en relación con esta cuestión.

El punto 40 “Entorno tecnológico” de la prestación P1 del PPTP, señala que *“Todos los elementos y materiales de reposición o nueva instalación deberán estar homologados y normalizados por el Ayuntamiento de Madrid y en el caso de que así no fuere deberá tener aprobación expresa por parte de los servicios técnicos municipales para su instalación en la vía pública”*. Mientras que en el apartado 140 “Criterios generales para la elaboración del Plan de explotación y mantenimiento de las instalaciones y sistemas de seguridad de los túneles”, al señalar con carácter general las actuaciones que deben incluirse en el plan general de actuaciones para el mantenimiento de dichas instalaciones, incluye *“Realizar operaciones de renovación de aquellas instalaciones que por su obsolescencia tecnológica o por finalización de su vida útil, han perdido la funcionalidad para la que fueron instaladas. Los elementos de sustitución deberán estar homologados o previamente aceptados por los servicios técnicos municipales”*.

Este Tribunal verifica que precisamente la parte omitida por la recurrente en su cita de los pliegos es la que contiene excepciones o modulaciones a la exigencia de homologación invocada para pretender sostener un trato de favor a las demás licitadoras, siendo tal transcripción sesgada, además de un ejercicio inútil porque como es obvio este Tribunal accede y estudia la totalidad de la documentación pertinente para resolver la generalidad de los recursos interpuestos ante el mismo.

4.- Falta de detalle de la programación anual de las Inversiones iniciales del anteproyecto, ni por prestación, ni por actuación, y falta de coincidencia en

proporción con el calendario previsto, la programación del gasto a realizar en inversiones no se ajusta a la programación definida en los pliegos del contrato. Este incumplimiento se observa en el Plan económico-financiero.

Como se ha recogido más arriba, la causa de rechazo de la oferta de la recurrente en este punto es que *“El Plan económico-financiero de la Oferta nº 2 no detalla la programación anual de las Inversiones iniciales del anteproyecto, ni por prestación ni por actuación, ni coinciden en proporción con el calendario previsto, ni la programación del gasto a realizar en inversiones no se ajusta a la programación definida en los pliegos del contrato (Cláusula 38 del PCAP, Apdo., 23. del Anexo I del PCAP, Apdo. 25 del PPTP y Anexos A1y A2 del PPTP)”*.

Aduce la recurrente que *“Una vez más el informe previo de adjudicación confunde, de forma evidente, las obligaciones del contratista adjudicatario de la obra y las del licitador al presentar su oferta” (...)* y que *“el cuadro facilitado por nuestra empresa en la Memoria económica sigue un criterio de caja y por tanto tiene en cuenta cuándo se pagan las inversiones, independientemente de la fecha en que dichas inversiones se realizan; por tanto, el hecho de obtener acuerdos que permitan diferir la fecha de pago de determinadas inversiones no afecta a la fecha de su ejecución, que es la prevista en los pliegos”*, para concluir que una mera solicitud de aclaraciones hubiera servido para despejar cualquier duda.

El órgano de contratación señala sobre esta manifestación que en la documentación presentada por la recurrente no se detalla la programación anual de las inversiones iniciales del anteproyecto por tipo de actuación en los términos del Anexo A1 del PPTP, cuya obligación establece la cláusula 38 del PCAP, especificando que en el calendario del anexo A2 las inversiones se reparten en 65% el primer año, 20% el segundo, y 15% el tercero, mientras que en la memoria presentada por el licitador las inversiones alcanzan a un 47% el primer año, 32% el segundo y 21% el tercero.

La cláusula 38 del PCAP establece que para la correcta ejecución del contrato, es necesario realizar las obras de inversión recogidas en el anteproyecto del anexo A1 del PPTP, debiendo el contratista presentar una planificación priorizada de estas actuaciones, en función de las necesidades para la seguridad y movilidad de la ciudad, en el primer mes de contrato. Esta obligación sí que efectivamente corresponde no a las licitadoras sino al contratista, pero no es esta la obligación del PCAP que se considera incumplida en realidad por el órgano de contratación, sino que como se advierte en el Acuerdo impugnado también debe atenderse al contenido de los Anexos A1y A2 del PPTP y los Apartados 23. del Anexo I del PCAP, Apartado. 25 del PPTP.

En concreto el tan mencionado apartado 23 del anexo I del PCAP, por lo que se refiere a la obligación que nos ocupa, establece que los licitadores deberán incluir en el sobre que contenga la oferta, la documentación complementaria que venimos examinando a lo largo del presente recurso y en concreto entre ella, un Plan Económico-Financiero cuyo apartado 2 es una Memoria Explicativa del Plan, de sus valores fundamentales y de las hipótesis realizadas para su evolución durante el periodo concesional. *“Esta memoria deberá incluir:*

a. Detalle del calendario de inversiones, incluyendo la política de reposiciones y explicación de la política de amortizaciones”.

Por otro lado el apartado 25 del PPTP establece la obligación del contratista de realizar las inversiones iniciales, de forma semejante al artículo 38 del PCAP pero indica también que *“La programación deberá adecuarse como mínimo a las cantidades de ejecución anuales recogidas en el calendario del Anexo A2”.*

El Anexo 2 si bien no ofrece porcentajes de inversión inicial sí que contiene la cantidad total de inversión para cada lote y para cada año, de manera que mediante una sencilla operación aritmética puede llegarse a la conclusión indicada por el órgano de contratación.

Si bien es cierto que la obligación de invertir corresponde al contratista que deberá presentar una programación de las inversiones a realizar, no es menos cierto que los licitadores deben presentar en su Memoria explicativa del Plan el detalle del calendario de inversiones, que lógicamente deberá coincidir con el establecido por el órgano de contratación ya que si la programación para el contratista debe ajustarse a lo previsto en el Anexo 2, ninguno sentido tiene que para justificar la viabilidad de su oferta justifique otro calendario que no va a poder ejecutar por no estar en consonancia con el pliego. Este argumento es el mismo que el indicado respecto del carácter de anteproyecto del contenido de la memoria o del PAE esgrimido por la recurrente, esto es que la circunstancia de que en el momento de ejecución del contrato haya que concretar determinados aspectos de las ofertas, no implica que las mismas no deban ofrecer garantías de viabilidad y sobre todo ajustarse al contenido de los pliegos.

Cabe añadir a ello que al apartado 23 del Anexo I, no solo permite sin que impone al licitador que incluya *la política de reposiciones y explicación de la política de amortizaciones*. Ese en este momento en que la recurrente pudo hacer todas las advertencias posibles sobre su política de cobros y la utilización del criterio de caja en lugar del de devengo, sin que se contenga explicación alguna al respecto.

Por último por lo que se refiere al examen del tratamiento del resto de las ofertas en relación con esta cuestión, la recurrente aduce que el Informe previo a la adjudicación se recoja en relación al Plan económico financiero la igualdad de los porcentajes de inversión de la UTE SICE y otros y la UTE FERROVIAL y otros, coincidencia que desde un punto de vista estadístico se da una vez cada diez mil veces.

Esa afirmación que pretende ser indicativa de la existencia de trato discriminatorio, es discutida por la alegante UTE SICE que señala “*Que la suma de porcentajes de un todo debe ser 100 es algo que se aprende en la enseñanza primaria; quizás no sea tan fácil calcular correctamente las probabilidades*

condicionadas de sucesos, desde luego no lo es para la recurrente cuando habla de probabilidades de 0,01 % en este caso. Si se tiene en cuenta, según Pliegos, que la inversión estaba condicionada por el calendario de ejecución del Anexo A2 que exigía que todas las actuaciones de eficiencia energética (nada menos que el 39% del total) se ejecutaran el primer año, y establecía porcentajes mínimos también anuales para el resto de las inversiones, resulta evidente que la probabilidad de coincidencia es muy significativa siempre y cuando se cumplan las exigencias de los Pliegos, algo que la recurrente parece haber ignorado de forma absoluta”.

Efectivamente una primera aproximación al calendario de actuaciones del Anexo A 2, revela que al estar tasados por la Administración los importes de inversión a realizar cada año y al estar fijadas en relación con el total de forma porcentual, es lógico que dichas cifras coincidan o se aproximen cuando menos.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que también debe ser desestimado el recurso en cuanto a este motivo, tanto para el lote 2 como para el lote 1 puesto que como ha quedado acreditado de la propia actividad accionante de la recurrente, la misma se basa en el conocimiento de la documentación aportada por las otras dos licitadoras. Así habiendo podido impugnar fundadamente la exclusión del lote 2 nada le hubiera impedido cuestionar por los mismos o semejantes argumentos su exclusión del lote 1 debiendo recaer sobre la recurrente las consecuencias de su falta de argumentación, cuando pudiendo debiera haberlo hecho si quería obtener un pronunciamiento favorable.

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.- Inadmitir el recurso formulado por Don A.F.R., en nombre y representación de la UTE Aeronaval de Construcciones e Instalaciones y ACEINSA, contra el Acuerdo del Delegado del Área de Gobierno de Medio ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de 5 de febrero de 2014 por el que se acuerda declarar la confidencialidad de parte de los documentos del expediente de licitación y subsidiariamente contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2013, por el que se excluye a la recurrente, de la licitación del 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”, en cuanto no consta la constitución de la UTE ni la representación con que actúa en nombre de la segunda de las empresas que la formarían, pero admitiéndolo en cuanto a la empresa Aeronaval de Construcciones.

Segundo.- Desestimar el recurso formulado por Don A.F.R., en nombre y representación de la empresa Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, declarando que no es necesario en orden a la defensa de los intereses de la recurrente proceder a retrotraer el procedimiento para que tome vista de los documentos a los que no debería alcanzar la declaración de confidencialidad, en tanto en cuanto no están relacionados con las pretensiones ejercitadas, habiendo podido fundamentar suficientemente el recurso a la vista de la documentación a la que tuvo acceso en virtud del Acuerdo de 5 de enero de 2014, sin que proceda abrir nuevamente plazo de recurso y que el Acuerdo de la Mesa de contratación 16 de diciembre de 2013 por el que se excluye a la recurrente, tanto en el caso del lote 1 y como del lote 2 es ajustado a derecho.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada en fecha 9 de enero de 2014.

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.