



Recurso nº 338/2013

Resolución nº 288/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.J.R.P., en representación de EDITORIAL TRÁFICO VIAL, S.A.U. (ETRASA), contra el acuerdo de adjudicación del contrato de "Servicios para impartir las acciones formativas de la fase de presencia de los cursos para la obtención del certificado de aptitud de profesor de formación vial", Expediente 0100DGT21898, convocado por la Dirección General de Tráfico, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Tráfico convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de marzo de 2013, así como en la Plataforma de Contratación del Estado, el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de gestión, bajo la modalidad de concierto, del servicio público de "Acciones formativas de la fase de presencia de los cursos para la obtención del certificado de aptitud de profesor de formación vial", expediente 0100DGT21898, a cuya licitación concurrió presentando oferta, entre otras, la mercantil ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Es de destacar, a los efectos que luego se indicarán, que en el pliego de cláusulas administrativas de aplicación se refleja (apartado 4 del cuadro resumen) que el plazo de ejecución del contrato será de tres años, a partir del 1 de abril de 2013 o del *"primer día del mes siguiente al de la formalización del contrato"*, haciendo constar que *"se contempla la posibilidad de prorrogar el contrato por un plazo máximo de 3 años"*.

Cuarto. Previos los trámites oportunos, el Director General de Tráfico dictó acuerdo por el que se adjudicaba el contrato a la mercantil DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L., cuyo acuerdo fue notificado, el 12 de junio de 2013, a la actora en unión de *"las actas correspondientes a las Mesas Administrativa y Técnica y el Informe Técnico, en el que aparecen de forma detallada las valoraciones realizadas a las empresas licitadoras"*, según se indicaba en el propio texto del oficio de notificación.

Quinto. A sus resultas, el 21 de junio de 2013, D. M.M.F. se dirigió, en su condición de abogado de la actora, mediante correo electrónico a la Dirección General de Tráfico, solicitando que se le diera vista de toda la documentación del expediente de contratación, incluyendo la correspondiente a *"las proposiciones presentadas por todos los licitadores"*. Dicha solicitud mereció contestación por idéntica vía en la que se le indicaba que el expediente le sería exhibido el 25 de junio, de 9 a 13 horas, en el Servicio de Patrimonio de la Dirección General de Tráfico. Comparecido en tal fecha el aludido señor Martínez Fernández, solicitó le fuera otorgado acceso a *"toda la documentación de las ofertas de los licitantes al expediente de contratación"*, no siéndole facilitada en dicho acto, según se hizo constar en el acta a tal fin extendida por el Jefe de Servicio de Patrimonio, que *"para ello habría que solicitarlo, por entender que se necesita previa autorización de los licitantes por contener la documentación datos personales que pueden estar protegidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos"*.

Sexto. Así las cosas, la actora interpuso ante este Tribunal el 28 de junio de 2013 recurso especial en materia de contratación contra el referido acuerdo de adjudicación, al que se asignó el número 338/2013 y en cuyo seno se adoptó, el 4 de julio de 2013, resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo. Por la Secretaría del Tribunal, en fecha 9 de julio de 2013, se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a

su derecho, como así lo han hecho AUTOESCUELAS CONFEDERADAS, S.R.L., FUNDACIÓN UNED, INSTITUTO DE TRÁFICO Y TRANSPORTE, S.L., DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L y PONS EDITORIAL, S.L-PONS FORMACIÓN, S.L., con el contenido que consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. De igual modo, debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido, como también que lo ha sido dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la notificación del acto impugnado y su interposición más de los de quince días hábiles a que se alude en el artículo 44.2 del mismo texto legal.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce.

En este punto se centra buena parte de la controversia entre la mercantil recurrente y el órgano de contratación. Éste, en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 TRLCSP, sostiene que el recurso debe ser inadmitido al no tener el contrato a que se contrae cabida en ninguna de las categorías del artículo 40.1 TRLCSP y ello, en particular, por no concurrir los concretos requisitos que, para los contratos de gestión de servicios públicos, se establecen en su apartado c). Todo ello sin perjuicio de que contra el acuerdo de adjudicación fuera dable la interposición de recurso de reposición, como así se indicó al tiempo de su notificación. Tal inadmisión es igualmente postulada, sobre bases argumentales sustancialmente coincidentes, por algunos de los licitadores que han comparecido formulando alegaciones (sin perjuicio de solicitar, en algunos casos, subsidiariamente, su estimación) y, muy particularmente, por la adjudicataria DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L.

Al abordar esta cuestión, ha de dilucidarse, primeramente, cual es la naturaleza del contrato analizado, más allá del hecho de que en el pliego de cláusulas administrativas de

aplicación se afirme, punto 1.3, que adopta la forma de contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concierto.

La distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos y el de servicios presenta, de ordinario, cierta dificultad. Como bien es sabido, el contrato de gestión de servicios públicos, se define en el artículo 8 como “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”. Prescindiendo de la mención que de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se hace en el artículo en cuestión, el núcleo de la definición gira en torno a los conceptos de encomienda y gestión de servicio público. Es decir, hay contrato de gestión de servicios públicos allí donde existe un servicio público respecto del cual las potestades de gestión y explotación de la Administración titular se ceden a otra persona, física o jurídica.

Por otro lado, este contrato admite diversas modalidades, contempladas en el artículo 253 de la Ley, en el que se establece:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud, la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley considera que “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”, siendo así que entre ellas, como categoría 24, figura la de “educación y formación profesional”.

Resulta evidente que la definición del contrato de servicios es eminentemente negativa, puesto que su concepto se delimita sobre la base de lo que no es, sin perjuicio de afirmar que el contenido de la prestación debe consistir, en todo caso, en una obligación de hacer. Y ya hemos visto que el contrato de gestión de servicios públicos se vincula también a la prestación de servicios, lo que hace obligado profundizar en sus respectivas notas distintivas para llegar a una clara delimitación.

A tal fin, es obligado traer a colación el informe de la Junta Consultiva de Contratación 12/2010, de 23 de julio, que aborda en términos elocuentes la diferenciación entre una y otra modalidad contractual, afirmando lo que sigue:

"Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como "un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio" (art. 1.4).

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

- a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.*
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.*
- c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.*

Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253, (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar, que al encomendarse al particular la gestión del servicio, éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

2. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas

veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean "prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro" (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

Cuando no sea así, es decir, cuando la prestación no pueda incluirse dentro de ninguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley, el contrato, si reúne los requisitos del artículo 19.1 b), lo que ocurrirá normalmente si se trata de la asunción de la gestión de una actividad considerada como propia de la competencia de la Administración contratante, deberá ser calificado como contrato administrativo especial."

Podría decirse, a tenor de todo lo expuesto, que la gestión de servicios públicos se caracteriza porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

Pues bien, trasladando estas ideas al supuesto analizado, parece razonable inclinarse por la caracterización del contrato analizado como un contrato de gestión de servicios bajo la modalidad de concierto, tal y como, de forma expresa, es calificado en el pliego de cláusulas administrativas.

En este sentido, no puede obviarse que, de acuerdo con el pliego de condiciones técnicas de aplicación, el adjudicatario del contrato viene obligado a la aportación de todos los medios materiales (locales, pistas de prácticas, material y vehículos) y personales necesarios para la prestación del servicio, siendo así que su retribución no será abonada por la Administración, sino que la percibirá directamente de los usuarios del servicio a razón de un canon o tarifa fijado en la cláusula 10 del referido pliego de condiciones técnicas, en un contexto en el que, por añadidura, el montante global de alumnos (sin perjuicio de las previsiones orientativas del apartado 2 del citado pliego) y, muy

especialmente, la efectiva superación en cada emplazamiento del número mínimo de noventa a que alude la cláusula 3, no es un hecho absolutamente cierto.

De igual modo, debe destacarse que existe una estricta, clara y rotunda transferencia al adjudicatario de las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte de la Administración (a la que, con independencia de eventual ejercicio de sus funciones inspectoras, han de comunicarse los cambios de personal docente y a la que corresponde fijar los criterios a los que han de ajustarse las programaciones, los contenidos, los sistemas de evaluación continua y las recuperaciones que fueran necesarias).

Todo lo hasta ahora expuesto, junto con otras previsiones concomitantes contenidas en los pliegos de aplicación, nos llevan a concluir que, en el presente supuesto, el adjudicatario no se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, sino que, en rigor, la sustituye, en dicha prestación, en términos que hacen que debamos inclinarnos por corroborar la calificación del contrato analizado como un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concierto, en los términos ya expresados.

Planteada así la cuestión, y retomando el hilo de la exposición, es obligado traer a colación la dicción del artículo 40.1.c) TRLCSP, en el que se establece lo que sigue:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...)

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Como puede comprobarse sin excesiva dificultad y evidencia, el uso de la conjunción copulativa “y”, la exigencia de ambos requisitos es, necesariamente cumulativa. Es decir, para que sea admisible el recurso especial en materia de contratación en relación con un

contrato de gestión de servicios públicos es necesario, inexcusablemente, que su “*plazo de duración*” sea “*superior a cinco años*” y, a la par, que “*el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros*”.

El órgano de contratación niega, en el caso examinado, la concurrencia de ambos requisitos, mientras que, lógicamente, la actora la afirma. Debe ser ésta, por tanto, la primera cuestión a resolver, a cuyos efectos tendremos presentes las consideraciones que sobre este particular incorporamos a nuestra previa resolución 43/2013, recaída en los recursos acumulados 340 y 346/2012.

Cuarto. En relación con el plazo de duración del contrato, sostiene el órgano de contratación que, a los indicados efectos, ha de estarse, únicamente, al plazo de ejecución previsto en el apartado 6.1 del cuadro resumen, a saber, tres años, y ello con abstracción de que esté prevista en ese mismo apartado su eventual prórroga por un plazo adicional de igual duración.

Idéntica objeción fue analizada en la resolución 43/2013, en la que se concluyó en la pertinencia de tener en cuenta, a lo tales efectos, la duración de las prórrogas eventualmente previstas, y ello sobre la base de las siguientes consideraciones:

"En relación con el plazo de duración del contrato, sostiene el órgano de contratación que, a los indicados efectos, ha de estarse, únicamente, al plazo de ejecución previsto en el apartado 3 del cuadro resumen, a saber, cuatro años, y ello con abstracción de que esté prevista en ese mismo apartado su eventual prórroga hasta un máximo de diez años. De esta forma, concluye que este sólo hecho obsta irreversiblemente a la admisión del recurso. En apoyo de su tesis, invoca el Acuerdo 20/2011, de 11 de agosto, dictado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el que se afirma que la literalidad del artículo 46.1.c), al aludir “al plazo de duración superior a cinco años”, no admite otra interpretación que la de considerar a estos efectos, únicamente, la duración inicial prevista”, señalando que el propio artículo 254 LCSP (hoy 278 TRLCSP) distingue, en términos que considera reveladores, expresamente entre los términos “duración” y “prórrogas”, separando ambos con la conjunción “y”.

Las recurrentes, por el contrario, alegan que, a los efectos del artículo 40.1.c) TRLCSP, no cabe atender, únicamente, al plazo de ejecución inicialmente previsto, sino que ha de tenerse en cuenta la potencial duración máxima del contrato, con inclusión, por tanto, de las eventuales prórrogas.

La cuestión, ciertamente, admite diversidad de pareceres y, de hecho, ha recibido diversas respuestas en el ámbito administrativo.

En efecto, cabe hacer constar a los fines meramente indicativos que, así como el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el citado Acuerdo 20/2011, ha sostenido que el plazo de referencia debe ser, únicamente, el plazo de ejecución inicialmente previsto, con exclusión de las eventuales prórrogas, otros órganos administrativos homólogos, como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se han inclinado (verbigracia, en la resolución 28/2012) por la solución contraria. En el mismo sentido se ha pronunciado, implícitamente, la resolución 80/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Admitiendo, por tanto, que la cuestión dista de ser evidente, considera este Tribunal, sin embargo, que es la segunda de las interpretaciones la que aparece avalada por mejores razones.

En primer término, es de advertir que, si bien es cierto que el artículo 278 TRLCSP señala que ha de fijarse “necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto”, separando, de esta forma, los términos “duración” y “prórrogas” como si de conceptos diferenciados se tratase, no lo es menos que ese mismo precepto aparece encabezado por el título común “duración”, lo que impide otorgar a aquella circunstancia la significación trascendente que se pretende por el órgano de contratación.

Sentado lo anterior, no puede pasarse por alto que el artículo 40.1 TRLCSP, al definir los distintos contratos que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, hace girar, en las restantes categorías contractuales, dicha eventualidad sobre el valor estimado, y ello ya lo sea directamente (como lo hace en el apartado b), ya indirectamente (como lo hace al referirse, en el apartado a], a los contratos sujetos a regulación

armonizada, concepto éste que, como es patente, viene también determinado, como resulta de los artículos 14, 15 y 16 TRLCSP, por su respectivo valor estimado).

Partiendo de este hecho, no puede obviarse que el artículo 88 TRLCSP, al tratar del cálculo del valor estimado de los contratos, establece claramente que, a tal fin, deberán tenerse en cuenta “las eventuales prórrogas del contrato”.

Parece, por ello, necesario concluir, desde el punto de vista de la homogeneidad de criterio y lógica interna del precepto, que al examinar la duración de los contratos de gestión de servicios públicos a los efectos del apartado c) del mismo precepto, se tenga también en cuenta, no únicamente el plazo de duración inicialmente previsto, sino también sus eventuales prórrogas.

A mayor abundamiento, no puede dejar de señalarse que, de no entenderse así, se estaría dejando, en último extremo, al albur del órgano de contratación el eventual acceso en estos contratos al recurso especial en materia de contratación cualquiera que llegase a ser, finalmente, su duración. Y es que, en la medida en que el artículo 278 TRLCSP no establece (al margen del límite absoluto a la duración total del contrato) límite relativo alguno a las prórrogas en función del plazo de duración inicial del contrato (por contraste con lo que resulta, para el contrato de servicios, del artículo 303 del mismo texto legal, en el que claramente se indica que las prórrogas no podrán superar “aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente”) bastaría con que aquéllos fijasen como plazo inicial de ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, en todo caso, uno inferior a los cinco años expresados en el artículo 40.1.c) para que quedase, con ello, vetado el acceso al recurso especial en materia de contratación, y ello, con independencia de que la duración total del contrato pudiera luego alcanzar los muy extensos plazos (de hasta cincuenta años, según los casos) previstos en el artículo 278 TRLCSP.

Es evidente, a nuestro entender, que dicho resultado sería manifiestamente contrario al espíritu y finalidad de la norma (que no es, a todas luces, otro que el de reservar y, a la par, posibilitar, el acceso al recurso especial en materia de contratación a los contratos de gestión de servicios públicos que se juzgan de mayor importancia), criterio prevalente de interpretación de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil.

Por tanto, habiendo concluido que, a los efectos del artículo 40.1.c) TRLCSP, ha de estarse al plazo total de duración del contrato, con inclusión de las prórrogas, y atendido que, en el contrato examinado, dicho plazo puede alcanzar los diez años, debería tenerse por cumplido uno de los dos requisitos cumulativamente exigidos en ese precepto para la admisión del recurso especial."

Por tanto, como quiera que en el supuesto analizado la duración del contrato podría, incluidas la prórroga prevista, alcanzar los seis años, debería tenerse necesariamente por cumplido dicho primer requisito.

Quinto. Resuelta esta cuestión, cumple abordar ahora, si, como exige también el citado artículo 40.1.c), *"el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido"* es, en el caso analizado, *"superior a 500.000 euros"*.

Sobre el significado de este concepto, debemos referirnos, igualmente, a lo afirmado en la citada resolución 43/2013, en la que se dijo:

"En este punto, las actoras sostienen que, no definiendo el TRLCSP lo que ha de entenderse por "gastos de primer establecimiento", ha de estarse (invocando, en tal sentido, el Informe 7/2008 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia) al sentido contable de tal expresión. De esa forma, sostienen que ha de entenderse por tales "los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previas al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de capacidad de la misma, necesarias para su normal funcionamiento y cuyo importe no pueda imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos". Sobre esta base, concluyen que, dada la naturaleza del servicio público objeto de contratación, "los gastos de primer establecimiento para la prestación de estos servicios son muy superiores a los 500.000 euros, pues comprenden todas las actividades previas y necesarias para la prestación de dichos servicios, que incluyen la construcción y habilitación de los centros privados residenciales, así como toda la organización de medios materiales y personales necesarios para la prestación de los servicios ofertados". Por su parte, el órgano de contratación, sin cuestionar dicho concepto, alega que la autorización de los centros residenciales de las recurrentes es anterior a la propia convocatoria del contrato, sin que haya constancia de su ampliación, por lo que concluye

que los gastos de construcción y habilitación de los tales centros "no pueden ser imputables como "gastos de primer establecimiento" al contrato que nos ocupa en 2012".

Planteada así la cuestión, debe destacarse, primeramente, que exigiendo el artículo 40.1.c) TRLCSP que "el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros", la primera dificultad que encuentra la aplicación de esta previsión es que el citado texto legal no contiene una definición de lo que ha de entenderse por tales.

Las recurrentes sostienen, como se ha dicho, que, en ausencia de tal definición, el concepto debe integrarse con arreglo a la definición contenida en el Plan General de Contabilidad de 1990, aprobado mediante Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, que consideraba como tales "los necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad", enumerando luego, en la norma de valoración sexta de la parte quinta del citado Plan General, una serie de gastos que merecerían tal calificación, a saber, "honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica, publicidad de lanzamiento; captación, adiestramiento y distribución de personal, etc, ocasionados con motivo del establecimiento".

Sin embargo, no puede perderse de vista que, al argumentar así, las actoras están pretendiendo que se otorgue virtualidad interpretativa a una norma ya derogada, cuando el actual Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, obvia toda definición pareja del meritado concepto.

Sobre esta base, algún órgano administrativo con competencia en materia de contratación ha considerado (verbigracia, el ya citado Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre) que dicho concepto ha de integrarse (desechando el recurso al Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre) con el recurso a las previsiones del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, para así concluir que el presupuesto de gastos de primer establecimiento incluiría, a los efectos del artículo 40.1.c) TRLCSP, todas las inversiones que fueran precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

A nuestro entender, y sin perjuicio de lo hasta ahora dicho, quizá convenga recordar, antes de recurrir a elementos alógenos de interpretación, que el TRLCSP, por mucho que no incorpore una definición de "gastos de primer establecimiento", hace uso en varios preceptos, además del artículo 40.1.c), de tal expresión, preceptos, cuya propia dicción, por constituir el "contexto" a que alude el artículo 3 del Código Civil, no pueden ser ignorados para su debida inteligencia.

En este sentido, debe destacarse, primeramente, que el propio artículo 40.1.c), en rigor, no se refiere, simplemente, a los "gastos de primer establecimiento", sino, con mayor precisión, al "presupuesto de gastos de primer establecimiento", extremo que dista de ser baladí, pues debe recordarse que, en la tercera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española da del término "presupuesto" (siendo las restantes extravagantes, en este contexto) lo define como "cómputo anticipado del coste de una obra o de los gastos y rentas de una corporación", haciendo así explícito que lo propio del presupuesto es referirse a gastos que pretenden o deben acometerse, pero que aún no han sido contraídos.

En este mismo sentido, ha de recordarse que el TRLCSP alude, como ya se ha dicho, a los gastos de primer establecimiento de los contratos de gestión de servicios públicos en otras dos ocasiones.

En la primera de ellas, a saber, en el artículo 154, lo es para exigir la obligatoria publicación en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias de la formalización de los contratos de gestión de servicios públicos, "cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior" a 100.000 euros. No puede dejar de notarse que, al emplear el término "presupuesto" por referencia a contratos ya formalizados, forzosamente se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es, por ello, meramente estimada.

La segunda de ellas, a saber, el artículo 172.b), corrobora definitivamente esa inferencia. En efecto, en el citado precepto, al definir los supuestos en los que es dable acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios

públicos, incluye, entre ellos, el de los contratos de "gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años". Como puede comprobarse, en el citado artículo (cuyos umbrales numéricos son los mismos que los del artículo 40.1.c), si bien empleados en sentido inverso) se alude a que el presupuesto "se prevea", abundando así en la idea de que aquél se contrae a gastos futuros, aún no asumidos.

Desde esta perspectiva, podría concluirse que, cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo "presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros", dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a results de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido."

A fin de trasladar dicha conclusión al concreto que nos ocupa, puede comprobarse que, ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni en el pliego de prescripciones técnicas de aplicación, se impone a los licitadores y eventuales adjudicatarios la expresa necesidad de ejecutar obra o inversión concreta alguna, lo que puede explicar que tampoco se incorpore previsión expresa alguna en concepto de "presupuesto de gastos de primer establecimiento".

Sin embargo, no puede obviarse que el mismo pliego de prescripciones técnicas sí exige contar con las instalaciones necesarias para impartir, tanto las enseñanzas teóricas, como las prácticas en todas y cada una de las once provincias relacionadas en la cláusula 3, así como con todos los vehículos necesarios al efecto, con expresa admisión de que dichos locales y vehículos podrán no pertenecer en propiedad a los licitadores, a quienes sería dable concertar su uso con terceros. De igual modo, se indica la necesaria disposición de pistas de prácticas en cada una de las provincias o localidades enunciadas.

De hecho, el órgano de contratación, en el informe emitido con ocasión de la interposición del presente recurso, alude a dicha posibilidad de cesión para sostener, de forma apodíctica, que los gastos de primer establecimiento *"no llegarían nunca a esa cantidad ya que las obras e instalaciones que deben realizarse para explotar el servicio serían*

significativamente inferiores (...) teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los medios para la explotación del servicio objeto del contrato pueden ser cedidos".

No obstante tal aseveración, la actora alega que sólo el coste derivado del alquiler de las salas que habrían de utilizarse como aulas para la impartición de los cursos, superaría el citado montante de 500.000 euros. En efecto, según resulta del informe que sobre la determinación de los gastos de primer establecimiento del contrato ha emitido el Director Financiero de la actora, dicho importe ascendería, para todo el tiempo de desarrollo de los cursos, a 594.000 euros, cifra que se vería indirectamente advenida con la aportación del presupuesto a tal fin remitido por la cadena hotelera cuyas salas se relacionaban como parte de la oferta contractual de la recurrente.

Debe indicarse, pese a lo alegado por alguno de los licitadores que han comparecido formulando alegaciones, que la consideración como gasto de primer establecimiento del coste total que deba asumirse para disponer de los locales donde han de impartirse las acciones formativas debe reputarse correcta. En efecto, asumido, conforme a lo antes expuesto, que debe identificarse dicho concepto con el *"importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido"*, no puede dudarse de que la necesaria disposición, durante todo el tiempo de duración del contrato, de tales locales, así como de los restantes elementos materiales imprescindibles para su ejecución, es condición inexcusable para la puesta en marcha del servicio.

Es indudable, desde luego, que no puede ponerse en marcha el servicio sin contar con aulas en las que haya de desarrollarse. Y también lo es que resultaría de todo punto absurdo sostener que dicha consideración debe reducirse a los gastos que en tal concepto deban asumirse el primer día de prestación del servicio, haciendo abstracción de que la adjudicación del contrato conlleva la necesaria asunción de la obligación de desarrollar las prestaciones que constituyen su objeto durante todo el tiempo en que despliegue sus efectos. Y ello especialmente si se tiene en cuenta que, como señala expresamente el apartado 4 del pliego de condiciones técnicas y resulta plenamente

lógico, el adjudicatario, de no haber adquirido en propiedad los locales, venía obligado a *"acreditar documentalmente que ha concertado con organismo, persona o entidad que cuente con ellas, la utilización de los locales e instalaciones precisos para prestar el servicio objeto de este contrato."*

A lo dicho nada obsta que la resolución 43/2013 concluyese, en el supuesto allí examinado, en la necesaria inadmisión del recurso. Si bien la adjudicataria DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L. hace especial énfasis en este punto, señalando que, si en aquel caso (en que el servicio público objeto de contrato era la atención de residentes beneficiarios de ayudas a la dependencia) se concluyó que los gastos de primer establecimiento no alcanzaban dicha cifra, de modo alguno, puede dudarse que en el caso analizado (en que el objeto del contrato es una actividad, a saber, el desarrollo de actuaciones formativas, que exige, a todas luces, una menor dotación material) debe llegarse a idéntica conclusión.

Sin embargo, la citada adjudicataria obvia en su alegato que en la resolución 43/2013 tuvo decisiva relevancia el hecho de que en los pliegos de aplicación se exigiera a los licitadores que los centros residenciales privados de que fueran titulares contasen ya con las autorizaciones pertinentes y con la *"acreditación en vigor para la atención a personas en situación de dependencia"*.

Sobre esta base, se afirmaba que la *"convocatoria parte de la implícita, si no explícita, asunción de que los licitadores deben ser titulares de centros residenciales ya debidamente autorizados y en funcionamiento"*, para así concluir:

".....no cabe, en modo alguno, aceptar la afirmación de las recurrentes de que "los gastos de primer establecimiento para la prestación de estos servicios son muy superiores a los 500.000 euros, pues comprenden todas las actividades previas y necesarias para la prestación de dichos servicios, que incluyen la construcción y habilitación de los centros privados residenciales, así como toda la organización de medios materiales y personales necesarios para la prestación de los servicios ofertados".

En efecto, no puede admitirse, y en tal sentido asiste la razón al órgano de contratación, que los gastos de "construcción y habilitación de los centros privados residenciales" de

que sean titulares los adjudicatarios formen parte del presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato de gestión de servicios públicos analizado, pues no se trata (como consta acreditado en el expediente respecto de las actoras y resalta el informe del órgano de contratación) de gastos que deban ser incurridos a resultas de la adjudicación del contrato como condición necesaria para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se encomienda, sino de gastos previamente asumidos por las licitadoras en el desarrollo de su actividad ordinaria, con independencia y al margen de la propia convocatoria del contrato.

Descartado, por tanto, que dichos gastos de construcción y habilitación puedan considerarse integrantes del "presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato de gestión de servicios públicos" a los efectos del artículo 40.1.c) TRLCSP, debe convenirse en que no ha sido adverbado por las actoras ni se desprende de los documentos integrantes del expediente evidencia alguna, directa o indiciaria, de que la puesta en marcha del servicio objeto de contratación exija de los adjudicatarios la realización de nuevas inversiones o gastos por importe superior a la citada cifra de 500.000 euros."

Ninguna de estas circunstancias concurren en el supuesto ahora analizado, en el que, contrariamente a lo que en aquel caso ocurría, no se parte del supuesto de que los licitadores deban ser, previamente, titulares de locales ya dotados en las distintas localidades en que han de desarrollarse las actividades formativas ni disponer de los medios indispensables para su desarrollo, sino que, muy al contrario, se admite implícita, si no explícitamente, que los correspondientes acuerdos de cesión deban y puedan concertarse como consecuencia de la propia convocatoria. En este sentido, es expresivo el informe del órgano de contratación cuando señala que *"las obras e instalaciones que deben realizarse para explotar el servicio serían significativamente inferiores a esa cantidad, teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los medios para la explotación del servicio objeto del contrato pueden ser cedidos"*.

No obstante todo lo dicho, es cierto que la valoración realizada por la actora toma como base la oferta mejorada por ella realizada (54 aulas), cuando lo cierto es que, según ella misma alega, el requisito mínimo imprescindible para la ejecución del contrato, en los términos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas, sería, salvo error u omisión, de

39 aulas. Asumiendo idénticos parámetros cuantitativos a los que fundamentan la valoración de la recurrente (220 euros por aula y día, a razón de 50 días, en tanto se ven corroborados por la documental de procedencia ajena que acompaña a su valoración) resultaría que el coste de cesión de tal número mínimo de aulas ascendería, estimativamente, a 429.000 euros.

Si bien dicha cifra es, obviamente, inferior al referido umbral de 500.000 euros, ha de tenerse en cuenta que a dicha partida habrían de añadirse, necesariamente (por resultar de las propias exigencias del pliego de prescripciones técnicas de aplicación) las relativas a la dotación material de las aulas, reserva de las pistas de prácticas y disposición de vehículos (a los que, por otro lado, habría que añadir otros conceptos de más difícil cuantificación en el momento presente o que no se ven corroborados, siquiera indiciariamente, con documentación emanada de terceros como, por ejemplo, el coste de las pólizas de seguros o el derivado de la asistencia de los formadores a las jornadas de unificación de criterios, cuya duración, fechas y lugar de celebración se sometían a una ulterior concreción), para las que la actora fija unos importes respectivos de 54.000, 5.500, y 37.200 euros.

Con todos estos elementos de juicio, considera este Tribunal que debe tenerse por acreditado, con un margen de seguridad razonable que, en el supuesto analizado, el indicado requisito cuantitativo relativo a los gastos de primer establecimiento (en el sentido que a tal expresión se dio en la previa resolución 43/2013) se vería suficientemente superado, incluso en el supuesto de que la procura de los medios materiales y técnicos imprescindibles para la ejecución del contrato no se hiciera en régimen de propiedad, sino a través de su cesión por terceros.

Debe, por todo ello, concluirse en la plena admisibilidad del recurso interpuesto, no obstante, la correcta configuración del contrato como contrato de gestión de servicios públicos en modalidad de concierto.

Sexto. Sentado todo lo anterior, cabe ya entrar a conocer de los motivos de impugnación hechos valer por la recurrente y, en particular, del primero de ellos, en el que la actora alega que ha sido lesionado su derecho de defensa por no haberle sido permitido el acceso a todo el expediente de contratación (en particular, a las ofertas presentadas por

los licitadores), circunstancia que le ha impedido tener conocimiento de los hechos determinantes de la adjudicación a DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L y de la puntuación asignada a su oferta, en términos que, según alega, han condicionado decisivamente la fundamentación de su recurso.

Sobre este particular, debe recordarse que, como ya se expresó en el relato de hechos, el 21 de junio de 2013, antes de la interposición del presente recurso, D. M.M.F. se dirigió, en su condición de abogado de la actora, mediante correo electrónico a la Dirección General de Tráfico, solicitando que se le diera vista de toda la documentación del expediente de contratación, incluyendo la correspondiente a *"las proposiciones presentadas por todos los licitadores"*. Dicha solicitud mereció contestación por idéntica vía en la que se le indicaba que el expediente le sería exhibido el 25 de junio, de 9 a 13 horas en el Servicio de Patrimonio de la Dirección General de Tráfico. Comparecido en tal fecha el aludido señor Martínez Fernández, solicitó le fuera otorgado acceso a *"toda la documentación de las ofertas de los licitantes al expediente de contratación"*, no siéndole facilitada en dicho acto, según se hizo constar en el acta a tal fin extendida, por considerar el Jefe de Servicio de Patrimonio que *"para ello habría que solicitarlo, por entender que se necesita previa autorización de los licitantes por contener la documentación datos personales que pueden estar protegidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos"*.

La recurrente considera que tal denegación es inmotivada e incurre en infracción de los artículos 140 y 153 TRLCSP, al oponer como causa obstativa una circunstancia que no tiene cabida en las taxativas categorías en ellos habilitadas a tal fin. Y, sobre esta base solicita sea declarado su derecho *"a acceder a toda la documentación de las ofertas presentadas por los licitadores, ordenando a la Administración que le permita el acceso a la misma"*.

El órgano de contratación obvia en su informe toda referencia a estos hechos, al limitar su contenido al simple alegato de inadmisibilidad del recurso.

Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar una situación sustancialmente idéntica en su previa resolución 45/2013, en la que se dijo:

“ Examinada la documentación obrante en el expediente, se comprueba la existencia de una serie de correos electrónicos cruzados tras la notificación de la adjudicación entre el representante de ABACANTO DIGITAL, S.A. y la mencionada funcionaria, sobre la cuestión de la puesta a disposición a ABACANTO DIGITAL, S.A. de la oferta técnica de la adjudicataria. Con posterioridad a la notificación de la adjudicación a ABACANTO DIGITAL, S.A. (que tuvo lugar el 27 de noviembre), la funcionaria Da P.T. remite correo electrónico al representante de ABACANTO DIGITAL, S.A. el 28 de noviembre de 2012, en el que se indica que “tras haberlo consultado, efectivamente, no le podemos enseñar la oferta técnica de la empresa adjudicataria (artículo 153 del TRLCSP), a no ser que ella diera su consentimiento”.

El artículo 153 del TRLCSP establece lo siguiente “El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”. El precepto legal exige para denegar datos relativos a la adjudicación, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el mismo (obstaculizar la aplicación de una norma, ser la divulgación contraria al interés público, perjudicar intereses comerciales legítimos....) y la debida justificación al respecto en el expediente administrativo.

Examinado el expediente administrativo, la denegación de comunicación, se produce en el correo de D^a P.T., refiriéndose genéricamente al artículo 153 TRLCSP sin añadir motivación sobre cuál de los supuestos legales concurre ni las razones para considerar aplicable el precepto a la petición planteada. Tan sólo se añade en dicho correo la necesidad de consentimiento de la empresa adjudicataria para mostrar su oferta a otro licitador, consentimiento que no consta que se haya recabado.

En el informe emitido por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones a petición de este Tribunal, con motivo de la tramitación de este

recurso, no se haya tampoco motivación suficiente sobre la denegación de la solicitud de ABACANTO DIGITAL, S.A. En el escrito de recurso especial esta cuestión se trata en el punto 11, y en referencia al punto 11, el informe de la citada Subdirección indica lo siguiente: “La respuesta de la funcionaria citada en el escrito es acorde con el criterio que emplea la Mesa de Contratación en casos similares, en los actos preparatorios de cualquier recurso, a efectos de no lesionar posibles derechos de los demás licitadores en el procedimiento de contratación. Asimismo, hay que señalar que la Mesa no dispone, en ningún momento, de la documentación técnica que sirve de preparación del expediente, ni de las ofertas técnicas contenidas en el sobre no 2, que entrega, en el mismo acto público de apertura al Centro gestor. Igualmente, tampoco ha tenido acceso en este procedimiento ni en cualquier otro, a las muestras entregadas que, en su caso, se hayan podido presentar”. Como se puede comprobar, de este informe no se puede obtener motivación suficiente que permita deducir cuál o cuáles de las circunstancias legales son las que fundamentan, tras la adjudicación, denegar el acceso a la información requerida por ABACANTO DIGITAL, S.A.

La empresa adjudicataria, PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. en su escrito de alegaciones al recurso, sobre la cuestión de acceso de la recurrente al contenido de su oferta, señala lo siguiente: “Asimismo, de lo afirmado por la recurrente en su recurso se constata la soterrada intención que pueda tener la recurrente de obtener cierta información tecnológica, industrial o comercial de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., la cual, por otro lado, y ante la insistencia de la recurrente, ya le ha sido denegada por la propia Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, conforme a lo establecido en el artículo 153 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”. Como se puede comprobar, no aporta ninguna explicación la empresa adjudicataria que motive que el conocimiento de su oferta pueda afectar a sus intereses comerciales legítimos o a la competencia entre empresas, ni, evidentemente tampoco, a ninguno de los otros supuestos del artículo 153 (ser la divulgación contraria al interés público, ejecución acompañada de medidas de seguridad, etc.).

El artículo 145.2 del TRLCSP dispone que “Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...)” El legislador, de esta manera, garantiza el secreto de las proposiciones hasta el

momento de la licitación pública; ahora bien, una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los casos expresamente previstos en el artículo 153 y, en particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1, al que luego nos referiremos.

Ninguna de estas circunstancias se ha acreditado que concurran por el órgano de contratación, observándose, por tanto, una falta absoluta de motivación en el correo electrónico que se remitió al licitador.

Por otra parte, la denegación de acceso a la documentación debería haberse acordado, en su caso, por el órgano de contratación, no constando en el expediente resolución alguna en este sentido de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información.

El incumplimiento de la debida obligación de motivación de la negativa de acceso a la documentación, así como la adopción de esta decisión por quien no tenía competencia para ello, determinan que este Tribunal deba declarar la nulidad de esta decisión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 54 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Séptimo. Constatada la nulidad de la actuación que ha impedido el acceso a la oferta del adjudicatario, procede examinar si concurre causa legal de fondo para limitar al recurrente el acceso a la información que pretende.

Ya hemos visto que, ni el informe emitido por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, ni el escrito de alegaciones de la adjudicataria, ofrecen justificación a esta limitación de acceso.

Examinada por este Tribunal la oferta técnica del adjudicatario, debe señalarse que no se encuentra en el contenido de la misma ningún aspecto que justifique la confidencialidad de la oferta por razón de secreto comercial o técnico.

El artículo 140 del TRLCSP, al regular la confidencialidad como disposición directiva de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, establece lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.”

El legislador veda así a los órganos de contratación la divulgación de la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial. El legislador exige, pues, un doble requisito para no divulgar la información facilitada por los licitadores: que lo acuerde el órgano de contratación y que lo haya así designado el empresario.

Examinada la oferta de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., no consta que dicha empresa haya designado como confidencial ningún aspecto de su oferta al presentar la misma. Y, como hemos dicho, en su escrito de alegaciones ningún razonamiento se ofrece sobre cómo podría afectar esta divulgación a un secreto técnico o comercial.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 TRLCSP) ha dictaminado lo siguiente:

“Este precepto hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

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

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

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

Tras esta afirmación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa trae a colación la obligación de adecuada notificación de la adjudicación, a los efectos de que los interesados puedan conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación. Y, en relación con ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirma que “la exigencia de motivación de la resolución de adjudicación, incluso en la forma más amplia que prevé el artículo 137.1, cuando lo soliciten los interesados, sólo puede ser interpretada en el sentido de que, si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él (...)” .Finaliza el dictamen con las siguientes conclusiones:

“1. La obligación de confidencialidad regulada en el artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público sólo puede ser exigida respecto de aquellos extremos que hayan sido expresamente indicados por el licitador.

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

Este Tribunal tiene declarado (resolución 62/2012), sobre la obligación de confidencialidad, que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. Así, en el artículo 140.1 se impone al órgano de contratación la obligación de no divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial.

Como hemos señalado anteriormente, no se hizo tal indicación por PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. al presentar su oferta, por lo que, siguiendo el criterio de este Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no procede ahora alegar una genérica confidencialidad para impedir el conocimiento de su oferta técnica por un licitador legitimado para impugnar la adjudicación. Debe de nuevo recordarse que en sus alegaciones al recurso ninguna justificación ofrece PROMAX ELECTRÓNICA, S.L. sobre cómo pudieran quedar afectados sus secretos comerciales o técnicos por el conocimiento de su oferta técnica por parte del recurrente. La actual disconformidad de PROMAX ELECTRÓNICA, S.L., en sede de recurso especial de contratación, con la puesta a disposición de su oferta técnica, no resulta admisible, siendo constitutiva de fraude de ley en los términos previstos por el artículo 6.4 del Código Civil, infringiendo tanto el artículo 140.1 en su regulación de la confidencialidad, como los principios de publicidad y transparencia consagrados en el TRLCSP.

Procede, por lo tanto, ordenar la retroacción de la tramitación de este recurso, al objeto de que el órgano de contratación dé vista al recurrente del expediente de contratación, incluida la oferta técnica del adjudicatario, al objeto de que el recurrente pueda fundar adecuadamente su recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación."

Examinado el supuesto que nos ocupa, es dable concluir, con naturalidad, en la pertinente traslación al caso de tal doctrina.

En efecto, aquí, al igual que en el supuesto allí examinado, se da la circunstancia de que el acuerdo denegatorio del acceso a la documentación interesada no emana del órgano de contratación como tal, a saber, la Dirección General de Tráfico, sino que ha sido adoptada por un subordinado, como lo es el Jefe del Servicio de Patrimonio. En segundo lugar, dicho acuerdo no invoca como fundamento ninguna de las concretas circunstancias previstas en los artículos 140 y 153 TRLCSP, siendo lo cierto que, examinada la oferta de DRIVING ACADEMY CONSULTING, S.L., no consta que dicha empresa haya designado como confidencial ningún aspecto de su oferta al presentar la misma, sin que, como se ha expuesto, en el acuerdo de denegación se explicita (ni sea dable inferir con su simple examen) de qué modo su conocimiento por un tercero podría afectar a un secreto técnico o comercial.

Por otro lado, si bien es cierto que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, consagra en su artículo 11, como principio general, la exigencia del consentimiento del interesado para la comunicación de datos de carácter personal, no cabe obviar que también establece, como una de las excepciones a tal principio, el supuesto de que la cesión esté autorizada en una Ley (artículo 11.2.c), supuesto que cabría tener por aplicable al presente supuesto, en el que, sensu contrario, dicha comunicación vendría a ser autorizada por el artículo 153 TRLCSP salvo en los supuestos en él expresamente contemplados.

Y todo ello sin perjuicio de recordar que nada impediría que dicha comunicación se realizase, si necesario fuera, previa la oportuna disociación de los datos eventualmente protegidos (a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.6, en relación con el artículo 3.f), del meritado texto legal), especialmente si se tiene en cuenta que, atendida la descripción de los criterios de adjudicación que figura como anexo del pliego de cláusulas administrativas de aplicación, no cabe inferir que los datos personales que, hipotéticamente, puedan contener las distintas ofertas resulten relevantes a la hora de enjuiciar su aplicación.

Por tanto, procedería, con estimación del alegato de la actora y en la misma línea apuntada en la citada resolución 45/2013, anular la notificación de la resolución de adjudicación a fin de que por el órgano de contratación se dé vista a la recurrente de la totalidad del expediente, incluida la oferta de la adjudicataria, en los términos expresados.

Séptimo. Sin perjuicio de todo lo hasta ahora dicho, es lo cierto que la actora alega, igualmente, que el acuerdo de adjudicación del contrato no resulta debidamente motivado. Señala, en efecto, que la oferta de la adjudicataria y la suya propia (en rigor, la de casi la totalidad de los licitadores) obtuvieron la misma puntuación en todos los criterios de valoración, excepto en el apartado 4.1, relativo a la mejora por incremento del número de aulas dedicadas a la enseñanza efectiva, en el que, ciertamente, la adjudicataria ve asignados 15 puntos, mientras que los restantes licitadores oscilan entre los 4 y los 0 puntos que ha obtenido la recurrente.

La motivación que a tal fin se ofrece en el informe técnico que opera como fundamento “in aliunde” del acuerdo de adjudicación es del siguiente tenor:

“Este extremo ha sido comprobado por los servicios técnicos de este Organismo, obteniendo una puntuación de 0 puntos en este apartado las ofertas cuyos planos no cumplieran los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas o aquéllas proposiciones que, cumpliendo la escala requerida, alcanzan como máximo, el mínimo de aulas necesario para impartir la formación en la localidad correspondiente, no aportando, por tanto, ninguna mejora.

Para establecer el número mínimo de aulas necesarias para el desarrollo de cada proyecto, se han tenido en cuenta, las dimensiones de la mismas, precisándose un mayor número de aulas si las dimensiones de éstas son inferiores a los 45 m² (resultado de multiplicar 30 alumnos como máximo por 1,5 metro requerido por alumno) ya que su capacidad efectiva disminuye”.

Sobre el adecuado cumplimiento de la obligación de motivación, este Tribunal ha declarado, en numerosísimas resoluciones (valga por todas la resolución 214/2011) que el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada, pues, de lo contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, generándole una indefensión y provocando reclamaciones indebidamente. En esta línea, ha señalado que del artículo 151.4 del TRLCSP cabe deducir, de una parte, que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados la información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso.

En el caso analizado, pese a la aparente suficiencia formal que, en una primera y preliminar consideración, podría inferirse de las consideraciones antes transcritas, lo cierto es que, en una consideración más detallada, se apercibe que el órgano de contratación se ha limitado a reiterar, si bien expresándolas en forma negativa, las exigencias genéricas contenidas en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas, en la que, efectivamente, se indica:

“Cada uno de los Centros que vaya a ser destinado para impartir las enseñanzas teóricas deberá contar con las aulas, mobiliario, material didáctico y las dependencias necesarias,

adecuadas al servicio que se pretende, en número y dimensiones tales que permitan la enseñanza simultánea a un número de alumnos no superior a 30 en cada aula y con una superficie de, al menos, metro y medio cuadrado por alumno.

A efectos de comprobar que los locales reúnen los requisitos exigidos, los licitadores deberán adjuntar planos de los mismos a escala mínima de 1:50, y fotografías del exterior y del interior de aquéllos.

Los locales deberán cumplir las normas legalmente establecidas sobre accesibilidad universal”.

En efecto, como puede comprobarse, la motivación antes transcrita se contrae, en esencia, a la afirmación genérica de que no se han valorado las mejoras ofertadas que no se ajustaban a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas.

Pero tal indicación adolece de una evidente falta de concreción e impide, decisivamente, a cualquier licitador llegar a conocer (especialmente si, como es el caso, se le niega el acceso a la documentación que integra la oferta del adjudicatario, que ha obtenido la máxima puntuación en dicho concepto) cuales son, siquiera sea mediante su sucinta expresión, las concretas y circunstanciadas razones por las que su oferta adicional de aulas ha merecido la puntuación en cada caso asignada, dejándole únicamente la posibilidad de conjeturar o dar por supuestos los defectos que puedan haber sido apreciados en su documentación. De hecho, salvo error u omisión, ni siquiera se explicita con claridad cual es el número mínimo de aulas que opera como umbral para la ponderación de toda eventual mejora. Este conjunto de circunstancias se ofrece como especialmente relevante si se tiene en cuenta que éste ha sido el fiel sobre el que ha girado, de forma determinante, la adjudicación del contrato.

Por esta razón, sin perjuicio de lo señalado en el fundamento precedente, debe también estimarse este segundo alegato de la actora, con anulación del acuerdo impugnado y retroacción de actuaciones al momento anterior a su adopción, a fin de que pueda ser dictado nuevo acuerdo de adjudicación en el que sea debidamente observada dicha exigencia de motivación, procediéndose luego a su nueva notificación con indicación del pie de recursos correcto a tenor de lo expuesto en el fundamento jurídico cuarto de esta

resolución y ulterior puesta a disposición de los licitadores, si así fuese solicitada, del expediente de contratación en los términos definidos en el fundamento inmediatamente anterior.

No procede, sin embargo, precisamente por razón de tal falta de motivación, entrar a conocer del siguiente motivo de recurso esgrimido por la actora, a saber, la supuestamente inadecuada valoración de su oferta en dicho particular extremo, en tanto ésta es cuestión que, en su caso, sólo podrá ser debidamente valorada una vez se haya dictado nueva resolución de adjudicación suficientemente motivada en los términos antes indicados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.J.R.P., en representación de EDITORIAL TRÁFICO VIAL, S.A.U. (ETRASA), contra el acuerdo de adjudicación del contrato de "Servicios para impartir las acciones formativas de la fase de presencia de los cursos para la obtención del certificado de aptitud de profesor de formación vial", Expediente 0100DGT21898, convocado por la Dirección General de Tráfico, anulándolo y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su adopción, a fin de que pueda dictarse nuevo acuerdo debidamente motivado en los términos expuestos en el fundamento sexto de esta resolución, procediéndose luego a su nueva notificación con indicación del pie de recursos correcto a tenor de lo expuesto en el fundamento cuarto de esta resolución y ulterior puesta a disposición de los licitadores, si así fuese solicitada, del expediente de contratación en los términos definidos en el fundamento quinto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación producida de conformidad con el artículo 45 TRLCSP.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.