

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

En Madrid, a 26 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.F.A., actuando en nombre y representación de la sociedad Acciona Facility Services, S.A. contra la Resolución del Consejero Delegado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., por la que se adjudica el contrato de “Servicios de atención e información turística de Madrid Destino”, expediente SP18-01169, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13 y 17 de diciembre de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE y la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 8.689.774,74 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) en el apartado 24 del Anexo I, establece:

“24.- Subcontratación.

Subcontratación: Si. Máximo 60%.

Pago directo a los subcontratistas: No.

Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su importe, y el nombre y perfil empresarial de los subcontratistas: Sí.

Los licitadores que vayan a subcontratar deberán rellenar el Anexo VI del presente pliego que será incluido en el sobre c) de criterios valorables en cifras o porcentajes”.

Por otra parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) en su apartado 13 dispone:

“13. CALIDAD.

(...) Para controlar la consecución de los objetivos de cada uno de los servicios, todos ellos deberán realizar informes escritos periódicos con el fin de recabar información sobre el trabajo que se está realizando, evaluar y valorar los diferentes procedimientos y formar parte de cualquier proceso de certificación de calidad que se crea conveniente. La periodicidad de los informes será mensual.

(...) Cada 6 meses la auditoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores deberá ser realizada por una empresa ajena al adjudicatario, pero a cargo del mismo. Quien realice esta auditoria deberá tener conocimientos acreditables de los procedimientos a aplicar durante la prestación del servicio, así como del modelo de atención al turista establecido por Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. (en adelante MADRID DESTINO). Los informes originales de dicha auditoria deberán ser presentados a MADRID DESTINO en el plazo de 1 mes”.

Tercero.- A la licitación concurren cuatro empresas, entre ellas la recurrente. Finalmente fueron admitidas tres.

Tras la tramitación oportuna con fecha 28 de febrero de 2019, mediante Resolución del Consejero Delegado de MADRID DESTINO se adjudicó el contrato a la empresa Atlas Servicios Empresariales, S.A., (en adelante ATLAS) al haber

resultado clasificada en primer lugar. En segundo lugar se encuentra clasificada Acciona Facility Services, S.A. (en adelante ACCIONA).

El acto se notificó ese mismo día a todos los interesados.

Cuarto.- El 20 de marzo de 2019, tiene entrada en el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de ACCIONA contra la adjudicación del contrato.

El recurso alega que la empresa ATLAS no indicó en su oferta que tuviera la intención de subcontratar ninguna de las prestaciones objeto del Contrato, ni siquiera la realización de las auditorías semestrales que necesariamente tiene que subcontratarse, ni incluyó el anexo VI del PCAP en su oferta, por lo que consideran que debe ser excluida por incumplimiento del Pliego.

MADRID DESTINO remitió copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). En el informe argumenta que no existe subcontratación en las auditorías obligatorias por lo que el recurso debe ser desestimado.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que han sido presentadas por ATLAS de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- MADRID DESTINO es una empresa municipal que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la

consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de MADRID DESTINO tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en la LCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ACCIONA para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*, que ha quedado clasificada en segundo lugar en el procedimiento.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 28 de febrero de 2019, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 20 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.00 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y

2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la cuestión que se plantea es la posible existencia de subcontratación en la realización de las auditorías exigidas en el PPT por empresa ajena al adjudicatario pero a cargo del mismo, debiendo en ese caso haberse indicado en la oferta de la adjudicataria.

Se alega por la recurrente que *“ATLAS ha incumplido los Pliegos del Contrato, en la medida en que no ha declarado en su oferta que vaya a subcontratar la realización de las auditorías de calidad semestrales, que es una prestación cuya subcontratación viene impuesta por el PPT, y tampoco ha incluido en su oferta información alguna sobre esta subcontratación, en contra de lo exigido por el PCAP. Nos encontramos, por lo tanto, con un doble escenario de incumplimiento de los Pliegos por parte de la oferta de ATLAS:*

- i. Incumplimiento en materia de información sobre subcontratación, porque ATLAS sí va a subcontratar la realización de las auditorías semestrales, pero no ha incluido en su oferta los datos necesarios a este respecto.*
- ii. Incumplimiento en materia de subcontratación, porque ATLAS no va a subcontratar la realización de las auditorías semestrales. Esto es lo que cabe inferir, en rigor, de la oferta de ATLAS, que no contempla subcontratación de ninguna clase. En cualquiera de los casos, es evidente que la oferta de ATLAS no resulta conforme a lo establecido en los Pliegos, y por lo tanto no es admisible”.*

El órgano de contratación entiende que en ningún caso se ha dado el supuesto de incumplimiento de información de subcontratación, ya que la subcontratación de los servicios objeto del contrato se refiere a los servicios recogidos en el apartado 7 del PPT que son los siguientes:

- *“Servicio de informador/ra turístico/a.*
- *Atención presencial al visitante.*
- *Atención al visitante.*
- *Organización del entorno.*

- *Encuestas y estudios estadísticos.*
- *Acciones especiales de difusión dirigidas al sector profesional madrileño.*
- *Atención no presencial al visitante.*
- *Atención al visitante.*
- *Funciones de Back Office.*
- *Organización del entorno.*
- *Encuestas y estudios estadísticos.*
- *Servicio de azafato/a turístico/a.*
- *Servicio de auxiliar de información turística.*

La contratación de una tercera empresa independiente para que realice un informe de auditoría no está dentro del objeto del contrato para el cual se ha convocado la licitación de referencia, sino que forma parte de los requisitos mínimos de calidad que se exigen al licitador para una correcta ejecución del contrato”.

ATLAS en su escrito de alegaciones también sostiene que *“la realización de las auditorías de calidad no debe identificarse en la oferta, puesto que no constituyen tareas propias del objeto del servicio adjudicado, que está detalladamente perfilado en el apartado 7 del PPT:*

Descripción de los servicios que ofrece el servicio de atención e información turística y que deben ser cubiertos mediante el presente contrato”.

Según el apartado 2 del PPT; “El objeto del presente pliego es la contratación por parte de MADRID DESTINO de los servicios de atención e información turística para ofrecer un servicio integrado y de calidad para el conocimiento y disfrute de la oferta cultural y de ocio de la ciudad de Madrid. La prestación de este servicio se realizará en los puntos de información permanentes, así como también en puntos de información temporales que dan asistencia en ferias, congresos y otros eventos”.

Por el contrario, las citadas “auditorías de calidad semestrales” vienen previstas en el apartado 13 del PPT, relativo a la comprobación de la “calidad de ejecución del servicio”.

El artículo 215.1 de la LCSP se refiere a la subcontratación, estableciendo:

“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los Pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero”.

Sobre el alcance de la subcontratación y su diferencia respecto a otro tipo de actividades que pudieran realizarse por terceros, se ha pronunciado el Tribunal, entre otras, en su Resolución 133/2018 de 9 de mayo, en la que señala que *“El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como: ‘contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera’. Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.*

En cuanto al alcance y ámbito de esta relación es obvio que la limitación de subcontratación no puede ser omnicomprendensiva de toda la actividad de la empresa relacionada con las prestaciones objeto del contrato, aunque sí debe definirse en torno a las mismas. Así como señala la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi traída a colación por la recurrente dicho límite se encuentra en los “suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal”.

En este caso la interpretación que efectúa la recurrente de la oferta de la adjudicataria no es correcta desde el punto de vista de su literalidad. En efecto parece entender la recurrente que en la oferta se propone la subcontratación de toda la actividad de limpieza de cristales en altura, lo que sería obviamente incompatible con la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP. Sin embargo no es

este el contenido de la oferta. Efectivamente se indica en la misma que dicha limpieza se efectuará mediante pértiga de carbono con sistema de pulverización por spray, que no es sino un medio técnico auxiliar para proceder a la limpieza, luego cuando la oferta hace referencia a 'otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura' debe entenderse que se trata de medios técnicos análogos a dicha pértiga, como podrían ser arneses, andamios, productos de limpieza específicos y otros semejantes.

Lo mismo cabe señalar respecto de la elaboración de un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales que con frecuencia se elaboran por empresas externas especializadas y que no constituyendo una prestación específica del objeto del contrato cabe encomendar a un tercero, sin que ello suponga subcontratación. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo”.

Considera el Tribunal siguiendo el criterio expresado, que en este caso la realización de las auditorias de calidad constituye una prestación semejante a la elaboración de planes de seguridad y a evaluación de riesgos que como se ha señalado, al no formar parte de las prestaciones objeto del contrato no tendrían la consideración de subcontratación, ni respecto del límite legal de la misma ni de la necesaria comunicación previa.

En ambos caso nos encontramos ante actividades externas al objeto del contrato, aunque tengan como es lógico relación con el mismo, relativas a la calidad, la seguridad o el cumplimiento de otras normas.

Resultaría excesivo que este tipo de actuaciones computase a efectos del límite de la subcontratación o se les aplicasen los controles que el artículo 215 de la LCSP impone a la misma, cuando no afectan al desarrollo de la prestación propiamente dicha y además se realizan habitualmente por empresas especializadas.

En consecuencia, debemos concluir que la oferta de la adjudicataria no ha vulnerado lo establecido en el Pliego en materia de subcontratación y que el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.F.A., actuando en nombre y representación de la sociedad Acciona Facility Services, S.A., contra la Resolución del Consejero Delegado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., por la que se adjudica el contrato de “Servicios de atención e información turística de Madrid Destino”, expediente SP18-01169.

Segundo.- 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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento producida en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 de 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 59 de la LCSP.