

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

En Madrid, a 14 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de EULEN, S.A. y EULEN SEGURIDAD, S.A., contra la Orden número 25013/2014, de la Viceconsejera de Turismo y Cultura, de fecha 9 de diciembre de 2014, por la que se adjudica el contrato de “Gestión y Explotación del Teatro Auditorio de San Lorenzo del Escorial y los Teatros del Canal de Madrid”, expte. C-803/006-14, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de octubre 2014, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato calificado como administrativo especial y con un valor estimado de 46.179.691,77 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por el que se ha de regir el contrato establece como objeto del mismo la “*Gestión y explotación del conjunto de espacios escénicos y no escénicos, integrantes del Teatro Auditorio y de los Teatros del Canal, situados en San Lorenzo de El Escorial y la Villa de Madrid, de acuerdo con*

las estipulaciones previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares” que a su vez en su cláusula tercera bajo la rúbrica de las características de los servicios que se desean contratar, contempla el servicio de limpieza, y el de seguridad, junto con la propia explotación de los teatros y el servicio de bar/cafetería y restaurante.

Asimismo la cláusula 29 del PCAP, previene que “El adjudicatario del contrato podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 227 del TRLCSP quedando obligado al cumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en los artículos 228 y 228 bis del mismo texto legal. En todo caso, el contratista asumirá la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración.”

A la licitación convocada se presentaron dos ofertas, una conformada en compromiso de UTE entre las empresas Eulen, S.A, Eulen Seguridad (ambas recurrentes) y Plural Mutimedia y Ocio, S.L. y otra por Clece, S.A.

Consta en el expediente que con fecha 21 de noviembre de 2014, la empresa Clece remitió un escrito al órgano de contratación en el que, citando la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales sobre la necesidad de que en el caso de licitación en UTE es preciso que todos los requisitos de solvencia se cumplan por todas las empresas que la forman, aduce que la UTE formada por Eulen, S.A, Eulen Seguridad y Plural Mutimedia y Ocio, S.L., no cumple los requisitos de solvencia exigidos por lo que debería ser excluida, mientras que Clece ha optado por licitar como empresa individual y en el caso de resultar adjudicataria procederá a subcontratar con una empresa de seguridad debidamente habilitada con la Administración.

Dicha reclamación fue desestimada mediante Orden de 27 de noviembre de 2014, en la que se decide no excluir a la UTE al considerar que cumple con los requisitos de solvencia exigibles, de acuerdo con un informe suscrito por la Mesa de contratación en el que además, se señala que *“Es más siguiendo el criterio de la*

empresa Clece, el cual no compartimos, observamos que en su propio objeto social no se encuentra la vigilancia y protección de bienes, por lo que no abarcaría la totalidad de las prestaciones del contrato, si bien, la Mesa de contratación, entiende que sustancialmente sí lo cumple, pudiendo ser esa parte de la prestación objeto de subcontratación, tal y como afirma que hará”.

Una vez tramitado el expediente de licitación, el contrato se adjudicó a Clece, S.A., mediante Orden de 9 de diciembre de 2014, de la Viceconsejera de Turismo y Cultura, que se notificó a la recurrente el 12 de diciembre de 2014, publicándose asimismo en el perfil de contratante de la Comunidad de Madrid en dicha fecha.

Tercero.- Con fecha 26 de diciembre de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), Eulen S.A y Eulen Seguridad, S.A, presentan recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación el envío del expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, que tuvieron entrada en este Tribunal el 30 de diciembre de 2014.

En el recurso se solicita, después de hacer valer la admisibilidad del mismo, que se anule la adjudicación efectuada al carecer la adjudicataria de capacidad de obrar en relación con el contrato, pues su objeto social no comprende las prestaciones objeto del mismo, indicando que el objeto social de la adjudicataria excluye expresamente la posibilidad de prestar servicios de seguridad y vigilancia, actividades que se encuentran reservadas por el artículos 5 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, a las empresas de seguridad, no constándole, según se aduce, que Clece, S.A. haya incluido en su oferta una propuesta para subcontratar los servicios de seguridad.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, después de sostener que no cabe recurso contra la adjudicación de este contrato calificado como

administrativo especial, señala que la interpretación de la recurrente es errónea porque en ningún caso CLECE, S.A. manifiesta que vaya a prestar directamente el servicio de seguridad. Será una vez iniciada la ejecución del contrato, cuando la Administración verifique que dicho servicio se realiza por una empresa debidamente autorizada para ello. De hecho informan que actualmente, CLECE, S.A. está prestando este contrato, refiriéndose asimismo al escrito de 21 de noviembre de 2014, en que así lo manifiesta expresamente. Añade que nada obsta para que la prestación de seguridad pueda ser subcontratada de acuerdo con la cláusula 29 del PCAP.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia el 5 de enero de 2015, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria el 13 de enero, en las que después de afirmar la falta de legitimación activa de las recurrentes al interponer el recurso solo dos de las empresas licitadoras en compromiso de UTE, sostiene que el contrato objeto del recurso es un contrato de gestión integral que implica ejecutar diferentes servicios, pero no como una suma individual de servicios independientes, sino como una explotación integral que implica el riesgo y ventura del contratista, para cuya ejecución el PCAP permite acudir a la subcontratación, con un límite del 60% del contrato, incluyendo las actividades relativas a la seguridad y vigilancia. De esta forma entiende que si bien Clece no tiene entre su objeto social dicha actividad, nada obsta para su subcontratación, en cumplimiento de una previsión establecida en los pliegos, sin que la Ley de Seguridad Privada, obligue como sostiene la recurrente a acudir a la contratación en forma de UTE. Para acreditar dichas aseveraciones cita diversas Resoluciones del TCRC, y Resoluciones de adjudicación de contratos semejantes que incluyen la prestación de seguridad bajo la modalidad de subcontratación parcial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación en relación con el presente contrato, ya que el órgano de

contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre, tiene la calificación de contrato administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Debe señalarse con carácter previo que esta cuestión fue puesta de manifiesto como consideración de carácter esencial en el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos a los pliegos del contrato, fechado el 1 de agosto de 2014, y por la Intervención General que considera que la calificación jurídica del contrato no se encontraba suficientemente justificada. En atención a esta observación de la Intervención General, con fecha 6 de octubre se emite un informe por el Director General de Gestión y Promoción Cultural en el que se indica que, siendo un contrato mixto con pluralidad de prestaciones y siendo la principal de ellas, la explotación de los dos teatros (65% del contrato) que a la postre se traduce en la actividad de programación teatral y no pudiendo encajar este contrato en ninguno de los servicios típicos previstos legalmente, analizando los grupos y subgrupos de clasificación de los contratos del RGLCAP, solo cabía calificarlo como contrato administrativo especial.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado en el PCAP como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Sentado lo anterior, debemos entrar en el análisis de si las características que configuran las prestaciones del contrato objeto del presente recurso, permiten mantener la calificación atribuida por el pliego como contrato administrativo especial o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene asimismo tener en cuenta que la entrada en vigor de la LCSP ha alterado el ámbito de utilización de este tipo de contratos que se ha visto *“enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en que una ley así lo establezca”*, como señala el Informe 9/2009, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

De acuerdo con el artículo 19.b del TRLCSP *“Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.”*

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), sin que sea la intensidad del interés público presente en la actividad objeto del contrato, como se afirma en la respuesta al contenido del informe de intervención de 7 de agosto de 2014, el elemento determinante de dicha calificación.

En el caso que nos ocupa, la prestación objeto del contrato, en principio, bien podría ser configurada a través del contrato administrativo especial, como a través de un contrato de servicios definido en el artículo 10 del TRLCSP como *“(…) 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”.

El elemento caracterizador de la definición, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y por el contrario donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial.

En este caso el indicado Anexo II contempla con el número 26 los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, con la única exclusión de los contratos para la compra, desarrollo, producción o coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión; excepciones que no encajan con el contrato que ahora nos ocupa.

De acuerdo con ello y con todo lo anterior, este Tribunal considera que el contrato debió ser calificado como de servicios, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

En todo caso, debe ponerse de manifiesto habida cuenta de lo alegado por el órgano de contratación, que el hecho de que el recurrente haya concurrido a la licitación, -vinculado obviamente por los pliegos -, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, *“La circunstancia de que, para evitar la*

pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal, (...), como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web”.

De esta forma queda claro que se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio por el propio Tribunal sin necesidad de ser invocada, por lo que ninguna eficacia respecto de su apreciación puede tener que el recurrente haya licitado aceptando el PCAP en todos sus términos.

Segundo.- Eulen, S.A. y Eulen Seguridad, S.A., ostentan la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP), al ser la única empresa además de la adjudicataria presente en la licitación.

Aunque la oferta se presentó en compromiso de UTE con una tercera empresa no recurrente, este Tribunal ya ha destacado en diversas ocasiones (vid Resolución 13/2011, de 1 de junio) que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación, trayendo a colación asimismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la Sentencia de 13 mayo 2008, RJ 2008\5040, cuando señala al respecto “abordando así tan sólo la estricta cuestión sobre la que se pronunció

aquella Sala, nuestra jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil (LEG 1889, 27), en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes(...).”

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la notificación a las recurrentes de la adjudicación del contrato se produjo el 12 de diciembre de 2014, habiéndose presentado el recurso ante el órgano de contratación el día 26 del mismo mes.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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 presente recurso.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la falta de capacidad de la adjudicataria para contratar al no tener la consideración de empresa de seguridad.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (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, cuando señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, la presentación de proposiciones supone, por parte del

empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

El artículo 54.1 TRLCSP, dispone que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

El requisito de capacidad específico para las personas jurídicas que desean contratar con la Administración aparece regulado en el artículo 57.1 del TRLCSP:

“1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.” El régimen jurídico de la capacidad no se regula en la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

Para la acreditación de esta capacidad de obrar dispone el artículo 72.1 del TRLCSP: *“la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.”*

La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre competencia.

Es cierto que este Tribunal ha manifestado en diferentes ocasiones, entre otras en la Resolución 114/2013, de 24 de julio, que cuando dos o más empresas concurren con el compromiso de constituirse en UTE, la capacidad de obrar debe

exigirse a cada una de las empresas que la forman, dado que la misma carece de personalidad jurídica y los requisitos de capacidad para que sean susceptibles de acumulación se han de definir por referencia al objeto del contrato, siquiera sea de forma parcial, tal y como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 46/1999, de 21 de diciembre, debiendo entenderse en el caso de contratos con pluralidad de prestaciones que al estar permitida la subcontratación de actividades auxiliares no es exigible a las licitadoras la correspondencia íntegra de su objeto social, con el objeto del contrato.

Esta cuestión tiene especial incidencia cuando el objeto del contrato implica la realización de actividades sujetas a autorización o habilitación administrativa, y más aún en el caso de que se trate de la actividad de seguridad privada, puesto que las empresas autorizadas para ello, tienen prohibido por Ley la realización de cualquier otro tipo de actividad. Por ello en los contratos en que una de las prestaciones acumuladas sea la de seguridad es admisible su subcontratación, si así lo previenen los pliegos y se trata de una actividad auxiliar de la prestación principal que constituye el objeto del contrato, lo que lógicamente excluye la exigencia de coincidencia total en una licitadora de la totalidad del objeto del contrato, porque no es posible que una misma empresa en su objeto social incluya la seguridad privada junto a otras actividades, ni es obligatorio, como se desprendería de la interpretación contraria, que las ofertas en tales casos se presenten en UTE.

A mayor abundamiento en el mismo sentido el artículo 65 del TRLCSP permite la sustitución de la clasificación del contratista por la del subcontratista y el artículo 227 la subcontratación para suplir la clasificación o una determinada habilitación profesional, lo que nos lleva a considerar que el licitador al que se le permite tales sustituciones carece de tales requisitos de habilitación. En este sentido el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha admitido esta posibilidad diversas resoluciones, como la 299/2011, 627/2013 y 370/2013. Cabe citar expresamente la Resolución 169/2012, cuando afirma *“cabe que se adjudique a una empresa de seguridad un contrato que, además de comprender prestaciones propias de su objeto social, incluya otras auxiliares distintas a las previstas en el artículo 5 de la*

Ley 23/1992, siempre que éstas sean objeto de subcontratación”, sin que nada autorice pensar que esta conclusión no puede ser aplicada en sentido contrario, esto es que cuando la prestación accesoria sea la seguridad, la misma no pueda ser objeto de subcontratación.

En este caso la subcontratación está permitida de acuerdo con lo establecido en la cláusula 29 del PCAP, siendo como más arriba se ha indicado la prestación de seguridad, junto con la de limpieza y mantenimiento y la de bar/cafetería, accesoria, respecto de la principal de programación teatral que supone el 65% del contrato.

Consta asimismo en el expediente que la empresa Clece ha manifestado su intención de subcontratar la prestación de seguridad, sin que por parte de la recurrente se haya apuntado incumplimiento alguno de los requisitos del artículo 227 del TRLCSP, para la procedencia de la subcontratación, que en todo caso son exigibles, de acuerdo con dicho artículo al adjudicatario del contrato y cuyo control corresponde al órgano de contratación, momento en el que deberá verificar si la empresa subcontratista de la prestación de seguridad se encomienda a una empresa de seguridad privada, debidamente autorizada en los términos de la 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de EULEN, S.A. y EULEN SEGURIDAD, S.A., contra la Orden número 25013/2014, de la Viceconsejera de Turismo y Cultura, de fecha 9 de

diciembre de 2014, por la que se adjudica el contrato de “Gestión y Explotación del Teatro Auditorio de San Lorenzo del Escorial y los Teatros del Canal de Madrid”, expte. C-803/006-14.

Segundo.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal en Acuerdo de 9 de enero de 2015.

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.- 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 49 del TRLCSP.