

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don L.C.L., en nombre y representación de la empresa 014 Loyalia, S.L., contra la Resolución del Director de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., de fecha 15 de noviembre de 2016, por la que se adjudica el Servicio de Gestión y Atención del Programa de Fidelización “Vuelve a Madrid”, número SP16-0515, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, fue publicada en DOUE así como en el perfil de contratante del día 2 de agosto de 2016. El valor estimado del contrato asciende a 355.000 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 13, establece que la solvencia técnica o profesional se acreditará de acuerdo con lo previsto en el artículo 78.1.c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), de la siguiente forma:

“Relación firmada y acreditada documentalmente mediante certificados de buena ejecución, de los principales servicios efectuados en otros programas de fidelización gestionados y operados por el licitador utilizando la plataforma y herramientas propuestas en la oferta, siendo al menos un programa de fidelización de productos de gran consumo con las siguientes características:

- Que sean programas de fidelización que estén operativos actualmente, estén funcionando desde al menos tres años, y sean gestionados por el licitador y operados mediante la plataforma y herramientas propuestas en la oferta del licitador.

- Que tengan al menos 30.000 usuarios registrados”.

Tercero.- A la licitación se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Tras los trámites oportunos el 15 de noviembre de 2016 se procede a la adjudicación del contrato a la empresa Drygital Rocks You, S.L., al haber sido la proposición económicamente más ventosa según los criterios de adjudicación del PCAP. La adjudicación fue notificada a los interesados el 16 de noviembre de 2016.

Cuarto.- El 2 de diciembre de 2016 la mercantil 014 Loyalia, S.L. interpone recurso administrativo especial ante el órgano de contratación, contra la Resolución de adjudicación.

En el escrito de recurso alega respecto de la oferta de la adjudicataria la falta de acreditación de la solvencia técnica o profesional ya que *“Los certificados aportados carecen de efecto alguno para acreditar la existencia de la plataforma sobre la que la entidad adjudicataria del concurso va a prestar los servicios, ya que ambos se refieren a una plataforma ya creada, esto es, una plataforma que nada tiene que ver con la descrita en la Memoria acompaña por DRYGITAL ROCKS YOU, S.L. a crear sobre herramientas “Open Source”.*

Los dos certificados aportados por la entidad adjudicataria, aun entendiendo que fuese sobre dichas plataformas sobre las que se va a prestar el servicio de

fidelización de VUELVE A MADRID, tampoco acreditan la solvencia técnica y profesional exigida en el pliego del contrato, ya que:

Ninguna de las dos entidades que suscriben el certificado - Travel Club (AIR MILES, S.A.) y FACUNDO BLANCO, S.A.- afirman que la plataforma sea propiedad de la entidad licitadora, ni, mucho menos, que autoricen que se sirva de ella para el proyecto objeto del concurso.

Las dos entidades certifican que los servicios de DRYGITAL ROCKS YOU, S.L. se iniciaron en el año 2013 y terminaron en el año 2015, extremo éste que impide afirmar que la plataforma creada esté en funcionamiento en la actualidad, aunque fuese de su propiedad.

El certificado relativo a los trabajos para FACUNDO BLANCO, S.A. carece de cualquier valor de veracidad, al haberse emitido por la propia entidad licitadora, y no el órgano competente de dicha empresa como exige el pliego de condiciones administrativas del concurso”.

Finaliza solicitando la anulación de la referida Resolución por contravenir los pliegos del concurso y el TRLSCP, al no reunir la entidad adjudicataria la solvencia técnica y profesional que requiere el contrato, y por vulnerar los principios de igualdad y transparencia que rigen el procedimiento de contratación pública y por tanto la exclusión de la adjudicataria.

Quinto.- El 9 de diciembre de 2016, Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. remite el recurso, una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, cuyo contenido se analizará posteriormente.

Sexto.- Se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se han recibido alegaciones de la empresa Drygital Rocks You, S.L., de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. es una sociedad mercantil municipal que tiene, entre otros objetivos, la gestión de programas y actividades culturales, formativas y artísticas, la organización, apoyo y difusión de las mismas, la prestación de todos los servicios e infraestructuras integrantes o complementarios de estos programas y actividades, la gestión de cualesquiera centros, espacios, recintos, dependencias y/o servicios culturales, cuya gestión le fuera encomendada temporal o indefinidamente, o cuyo uso le fuera cedido por el Ayuntamiento de Madrid, incluida la contratación y ejecución de las obras, instalaciones, servicios y suministros para los mismos.

A efectos de la aplicación del TRLCSP, Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. tiene la consideración de poder adjudicador.

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

Segundo.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de cuantía superior a 209.000 euros, por tanto susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo a que se refiere artículo 44.2.a) del TRLCSP, dado que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el 16 de noviembre y el recurso se interpuso el 2 de diciembre.

Cuarto.- El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación a *“toda persona física o jurídica cuyos*

derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". La recurrente, 014 Loyalia, S.L. resultó clasificada en segundo lugar, estando legitimada para la interposición del recurso ya que la estimación del mismo la colocaría en situación de poder ser adjudicataria del contrato.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega la falta de acreditación de la solvencia técnica o profesional por la empresa adjudicataria.

Como ya se ha señalado el apartado 13 del Anexo I del PCAP que rige la licitación, establece, en base a lo previsto en el artículo 78.1.a) del TRLCSP, para la acreditación de la solvencia técnica o profesional los siguientes documentos:

"Relación firmada y acreditada documentalmente mediante certificados de buena ejecución, de los principales servicios efectuados en otros programas de fidelización gestionados y operados por el licitador utilizando la plataforma y herramientas propuestas en la oferta, siendo al menos un programa de fidelización de productos de gran consumo con las siguientes características:

Que sean programas de fidelización que estén operativos actualmente, estén funcionando desde al menos tres años, y sean gestionados por el licitador y operados mediante la plataforma y herramientas propuestas en la oferta del licitador.

Que tengan al menos 30.000 usuarios registrados".

De la redacción del apartado del PCAP y en relación con el artículo mencionado del TRLCSP, debemos entender que la acreditación de los trabajos, cuando el destinatario sea un sujeto privado puede hacerse mediante certificado expedido por éste o mediante una declaración del empresario.

En este caso, la empresa ha presentado un certificado de la entidad Travel Club (Air Miles, S.A.) y una declaración relativa los trabajos realizados para la empresa Facundo (Facundo Blanco, S.A.), por lo tanto debe concluirse que los medios de acreditación son correctos y deben admitirse sin que pueda prosperar la

alegación de la recurrente, según la cual la declaración realizada por la propia empresa debía haber sido rechazada pues carecería de valor.

Respecto del contenido de los certificados, el Tribunal comprueba que el de la empresa Travel Club, se refiere a los trabajos realizados en la creación de su programa de fidelización, si bien no se indica qué plataforma se ha utilizado ni que la misma sea la que se propone en la oferta. En trámite de alegaciones la empresa aporta otro certificado de Travel Club que especifica los importes pero nada señala sobre la plataforma utilizada.

En cuanto a la declaración relativa a los trabajos realizados para la empresa Facundo Blanco, S.A., indica que se creó un club de fidelización creando la solución tecnológica y el plan de comunicación pero tampoco se especifica como exige el Pliego que se haya realizado mediante *“la plataforma y herramientas propuestas”*.

El órgano de contratación en su informe alega que el requisito se refiere a un programa de fidelización de determinadas características y que la documentación aportada cumple los requisitos:

- Programas operativo actualmente, www.mundofacundo.com, y www.travelclub.es.

- Funcionando desde al menos tres años (en un caso desde 2002 y en otro caso desde 2012).

- 41.000 usuarios en un caso y 6,8 millones de usuarios activos en la actualidad en el otro.

La empresa Drygital Rock You, S.L., en trámite de alegaciones manifiesta que:

“En febrero de 2002 DRYGITAL creó una plataforma propia desarrollada a medida adaptable para cualquier club de fidelización, dicha adaptación depende de las necesidades del cliente y su presupuesto. Al ser un desarrollo a medida y no licenciado una vez implementada según indica la ley de propiedad intelectual la

propiedad de la plataforma adaptada es del cliente, como en el caso de la licitación la propiedad será del Ayuntamiento de Madrid.

Dicha plataforma sirvió de base para crear distintos clubs de fidelización, entre otros Travel Club, con un total de 12.887.790 usuarios registrados y 6.853.668 activos, superando ampliamente los 30.000 usuarios requeridos en el pliego y Facundo con un total de 41.788 usuarios registrados que a día de hoy sigue en activo y con más de 30.000 usuarios”.

No obstante, es evidente que los certificados no incluyen esa información.

Sin embargo debe interpretarse el requisito exigido para la acreditación de la solvencia de acuerdo con lo dispuesto en el PPT, que establece lo siguiente:

“Vuelve a Madrid es un innovador programa de fidelización de destino, que pretende fomentar la repetición de visitas a la ciudad. Especialmente entre aquellos que vienen por motivos profesionales. Este programa tiene como objetivo aumentar el gasto turístico y dinamizar el consumo en los momentos más bajos de demanda turística.

Para su desarrollo y puesta en marcha se adjudicó un contrato cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional a través del programa Operativo FEDER y por el Ayuntamiento de Madrid que finalizó el 31 de octubre de 2015.

De cara a garantizar la continuidad del programa y para el correcto ejercicio de sus competencias, MADRID DESTINO requiere la contratación de los servicios de Gestión y atención del programa de fidelización Vuelve a Madrid durante un año a partir de la adjudicación del contrato, renovable por otro año, por mutuo acuerdo de las partes”.

Igualmente se indica que “el objeto del presente contrato es la contratación de los servicios de Gestión y atención del programa de fidelización Vuelve a Madrid, que garanticen la continuidad del programa durante un año a partir de la firma del contrato, prorrogable de mutuo acuerdo entre las partes por otro año.

Será necesaria la prestación de los siguientes servicios:

1. *Puesta en marcha de la plataforma y herramientas: implementación de los requerimientos solicitados, personalización de los aplicativos y correctivos. Se incluye la adaptación de la app.*

(...)

3.1 *Puesta en marcha de la plataforma y herramientas*

Para la prestación de los servicios será necesario contar con las herramientas y plataformas tecnológicas que permitan la Presentación oficial del programa Vuelve a Madrid a partir de las seis semanas de comienzo de los trabajos objeto de este pliego.

(...)

3.2.5. *Desarrollo de evolutivos del programa.*

Este desarrollo está incluido en el precio de licitación. Será decisión del adjudicatario si se realiza la evolución de la plataforma en la plataforma Fidelizame o en otra. El proveedor puede utilizar la plataforma Fidelizame al comienzo del proyecto y utilizar otra distinta para la evolución de la web o bien utilizar la misma plataforma para todo el proyecto, ya sea FIDELIZAME u otra.

En el Anexo I se describe la plataforma FIDELIZAME.

(...)

Requerimientos Técnicos Mínimos.

(...)

4.1.1. *Descripción de la Plataforma tecnológica del programa de fidelización*

En caso de utilizar una plataforma diferente de la actual, (FIDELIZAME), se incluirá una descripción tecnológica de la plataforma o plataformas propuestas tanto para la puesta en marcha del programa y su presentación oficial, como para los evolutivos de la misma”.

Por lo tanto cabe entender que puede utilizarse la plataforma existente o proponerse otra distinta, sin que se exija la propiedad de la misma sino únicamente que cumpla determinados requisitos técnicos que se especifican en el Pliego.

La adjudicataria alega que “en el punto 2.1 de la página 8 de la propuesta presentado en el **SOBRE B: CRITERIOS NO VALORABLES EN CIFRAS O**

PORCENTAJES, el primer punto indica que la plataforma es una adaptación a medida de la plataforma de fidelización, basado en tecnologías open source, en este caso hemos seleccionado para la propuesta PHP como servidor web y MySQL como motor de Base de Datos. Tanto el servidor web como el motor de base de datos es imprescindible para la implantación de cualquier herramienta como lo es un sistema operativo en el servidor, dichas tecnologías nunca son programadas por ningún proveedor ya que se utilizan los mas estándar como pueden ser PHP, .NET, cold fusion, MySQL, SQL Server de Microsoft u Oracle, etc. dichas tecnologías son lenguajes de programación independientes a la plataforma de fidelización” y explica que ha creado plataformas pero “la plataforma SI es propiedad de DRYGITAL pero una vez instalada y adaptada es propiedad del cliente, como certifica Travel Club en su carta y certificación”.

Es decir, la propuesta de la adjudicataria es una adaptación a medida de la plataforma existente basada en tecnologías “open source”.

El órgano de contratación en su informe sostiene que *“la propuesta de utilización de una plataforma opensource por parte de DRYGITAL, no implica que esta no exista, y no esté en funcionamiento.*

- Tampoco se puede deducir que en caso de existir, esta plataforma por ser opensource no esté funcionando en los tres últimos años, ni cuente con 30.000 usuarios registrados.*
- Que los certificados aportados no tengan que ver con la plataforma descrita, por el hecho de ser una plataforma opensource.*
- En el PPT no se requiere que las empresas licitadoras tengan que ser propietarias de la plataforma propuesta, sino que las operen y gestionen”.*

El Tribunal considera, a la vista de lo establecido por el PCAP y el PPT, que se puede utilizar la plataforma existente o proponer una plataforma distinta, que no se exige que la misma sea en propiedad, por lo que se admiten plataformas o soluciones “open source” y finalmente que los certificados de solvencia deberían haber incluido una somera referencia sobre las plataformas utilizadas, pero estamos

ante un certificado de solvencia y no ante la oferta técnica por lo que no puede desvelarse ningún aspecto integrante de la oferta técnica.

La explicaciones y aclaraciones sobre los certificados, que debieran haberse solicitado por la Mesa, en trámite de subsanación de la solvencia presentada, se han incorporado en el escrito de alegaciones al recurso, siendo suficientes a juicio de este Tribunal a los efectos de acreditar de la solvencia exigida, por lo que no procede, en aras del principio de economía procesal, retrotraer el procedimiento al momento procedente para que, en definitiva, la adjudicataria realizase las mismas.

Por todo ello, habiéndose acreditado los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 L.C.L., en nombre y representación de la empresa 014 Loyalia, S.L., contra la Resolución del Director de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., de fecha 15 de noviembre de 2016, por la que se adjudica el Servicio de Gestión y Atención del Programa de Fidelización “Vuelve a Madrid”, número SP16-0515.

Segundo.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación mantenida mediante Acuerdo de 14 de diciembre de 2016.

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.