

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.R.B., en representación de la empresa Arte Taurino de la Mancha S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Organización de la feria taurina con motivo de las fiestas patronales de Nuestra Señora de la Consolación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, número de expediente 2019/PA012 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del sector Público publicado el 17 de abril de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 599.434 euros. Su plazo de duración alcanzará la organización de la feria taurina de 2019, con posibilidad de prórroga para la organización de la correspondiente a 2020.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso la cláusula sexta apartado B del Pliego de Prescripciones Técnicas que hace referencia a las características técnicas de los recortadores que serán puntuados una vez ofertados por los licitantes.

“Concurso de Recortadores:

El concurso de recortadores se realizará en la modalidad de 4 toros con cuatro grupos de cuatro recortadores que intervendrán en cada uno de ellos, en 4 fases clasificatorias de las que pasará a la final un recortador de cada grupo. Es decir, que el número de recortadores será de 16, de los cuales, 8 de los recortadores obtendrán puntuación en el concurso si son elegidos de entre los que figuran en el listado elaborado por el Ayuntamiento, cuyas características profesionales posibilitan y son puntuables para su participación en la Plaza de Toros de Pozuelo de Alarcón.

Recortadores de toros de la clasificación determinada como A:

- *Eusebio Sacristán 'Use' Campeón de España de recortadores 2016,2017 Y 2018 Campeón de Bilbao, Fallas y Madrid 2018*
- *Pablo Martín 'Guindi' Campeón de la Liga del Corte Puro 2017 y 2018 Campeón de Zaragoza 2018 Campeón de Vista legre 2019*
- *Javier Pradanas Mejor saltador 2018 Campeón de Torrejón de Ardoz, Alba de Tormes, Zuera Fitero y Cenicientos 2018*
- *Jonatan Estébanez 'Peta' Bicampeón de España 2011 y 2012 Subcampeón de España 2018 Campeón de la segunda eliminatoria del Campeonato de España en Las Ventas 2018 Campeón de Recortadores de élite en Las Ventas 2017*
- *David Ramírez 'Peque' Campeón de Recortadores de élite en Las Ventas 2018 Cristian Moras Campeón de la Liga del Corte Puro 2013 y 2016. Campeón de Ciudad Rodrigo, Benavente, Toro, Madrigal de las Altas Torres, Fresno el Viejo 2018*
- *Jorge Gómez Campeón de Fuentelapeña, Navalmanzano, Canta leja, Alaejos, Carbonero el Mayor y Mayorga 2018.*
- *Sergio García 'Tarara' 4º en la final del Campeonato de España 2018 Campeón de La Bóveda de Toro 2018*

Recortadores de toros de la clasificación determinada como B).

- *Ángel Pitarque Campeón de Valencia 2018*
- *Javi Manso 'Balotelli' Finalista de la Liga del Corte Puro y el Campeonato de España 2018 Campeón de Morata de Tajuña, Cervera del Río Alhama y Nava de la Asunción 2018*
- *Oliver García Campeón de Corrales del Vino, Astorga y Barrio de San Lorenzo 2018 Finalista de la Liga del Corte Puro 2018*
- *José María Carreras 'Misu' Finalista del Campeonato de España 2018 Campeón de Castellón 2018*
- *Javier Daganzo Finalista del Campeonato de España 2018 Campeón de Val de lecha 2018*
- *David Roderó Semifinalista del Campeonato de España 2018*
- *David Mingo Campeón de Algete y Colmenar de Arroyo 2018*
- *Cesar Grasa. Campeón El Pilar 2018.*

*Los licitadores deberán proponer **un** cartel cerrado de recortado.*

Igualmente, deberán aportar adjunto a dicha proposición, el pre-contrato del recortador con la empresa licitadora, así como la reserva de la fecha”.

Igualmente interesa destacar el apartado 15.1 del anexo 1 al pliego de condiciones administrativas, sobre la puntuación por mejora de la oferta:

“OFERTA RECORTADORES: hasta 8 puntos

Se comprende de dos listas de 8 recortadores de contrastada categoría, indicadas en el pliego de prescripciones técnicas. Por cada recortador escogido de la lista A el licitador obtendrá 1 punto y por cada uno elegido de la lista B, 0,5 puntos,

El máximo de puntos a obtener será de 8. El resto de recortadores que hay que tener hasta cumplir los necesarios para la realización del concurso podrán ser elegidos libremente por el licitador.

El licitador deberá presentar el precontrato o carta de compromiso para dicha feria de los recortadores ofertados”.

El plazo para presentación de ofertas concluyó el día 3 de mayo del corriente, habiéndose registrado 4 propuestas entre las que no se encuentra la del recurrente.

Tercero.- 3 de mayo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, presentado por la representación de Arte Taurino La Mancha S.L., en el que solicita la anulación del anuncio de licitación y del PCAP y concretamente basado en el la desigualdad entre licitadores al ser pre contratados todos los rejoneadores por una empresa con anterioridad al anuncio del contrato, lo que conlleva a inevitable ventaja de 8 puntos para la oferta de dicha mercantil.

El 7 de mayo de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y 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 (LCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de 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.

Con fecha 23 de mayo se recibe en este Tribunal escrito de alegaciones de la licitadora Gestiones y Producciones Loyjor S.L. y el 26 de mayo el correspondiente a Huracán producciones artísticas S.L., ambos solicitan la desestimación del recurso.

El resto de licitadores no han presentado alegaciones a este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 17 de abril e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 30 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 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, el recurso se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad entre licitadores consagrado en el artículo 132 de LCSP, al ofrecer hasta ocho puntos por incluir en la oferta la participación de determinados recortadores.

Según manifiesta el recurrente estos artistas han firmado contrato de exclusividad con la mercantil Toropasión S.L., (Toropasión) siendo esta última la única

que podrá aportar dichos certificados o precontratos y en consecuencia optar a los ya referidos ocho puntos.

Refiere que en el momento de preparación de la oferta contacta con uno de los recortadores nombrados en el PPT para su inclusión en la programación de los festejos de referencia, indicando este que ya tiene contrato de exclusividad para las fechas de la Feria de Pozuelo de Alarcón con la empresa Toropasión desde febrero de 2019.

El órgano de contratación manifiesta que: *“El pliego al que hace referencia el recurrente (sic PCAP) ha sido redactado y tramitado sin tener conocimiento en ningún momento de que la empresa Toropasión tenga los derechos de exclusiva de los recortadores incluidos en el, como el recurrente manifiesta en su escrito.*

De hecho los recortadores incluidos en la lista del pliego se encuentran la mayoría de ellos entre los primeros puestos del ranking o escalafón “oficioso” que existe sobre ellos, existiendo otros recortadores que están en esos primeros puestos y que no se encuentran en nuestra lista.

Este Ayuntamiento acudió a buscar asesoramiento al Centro de Estudios Taurinos de la Comunidad de Madrid y de la lista de recortadores que se nos sugirió, comprobamos- en la página web www.solorecortadores.com- que efectivamente la mayoría de ellos figuraban entre los primeros de dicho escalafón y que por tanto eran de calidad contrastada.

Por lo tanto, estimamos que los argumentos esgrimidos por el recurrente no están demostrados, pero aun así, si el Tribunal estima lo contrario, no tendremos inconveniente en modificar el pliego”.

De las manifestaciones del recurrente, del órgano de contratación y del resto de licitadores que han presentado alegaciones podemos centrar el motivo del recurso en la inclusión de un criterio de valoración que puede ser cumplido solo por una empresa.

El recurrente denuncia pero no prueba en el recurso que Toropasión ha

obtenido información privilegiada y en consecuencia ha contratado a todos los recortadores designados en el PPT. Es más anuncia la incorporación de un pantallazo de conversación por mensajes telefónicos con un recortador que le informa de su situación contractual, ya mencionada, que no adjunta a su recurso.

Es necesario destacar que el artículo 126.6 de la LCSP establece la que *“las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o procedencia determinada o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado (...).”*; razón por la cual la inclusión en el PPT de determinados toreros no se ajusta a lo establecido en el referido precepto. Si bien este precepto se refiere a la determinación del objeto del contrato y no a la valoración de las ofertas, debemos aplicar sus reglas por analogía.

El artículo 145 en su apartado 2.3º, considera objeto de valoración la experiencia profesional del personal adscrito a la ejecución del contrato, pero su determinación deberá efectuarse mediante la calificación objetiva de méritos y no bajo la designación concreta del profesional. Valga como ejemplo en este caso otorgar puntuación a aquellos recortadores que hayan obtenido un primer puesto en concurso, distinta puntuación para segundo puesto, etc.

Se ha de advertir que no se pretende que el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón contrate a un torero que no consideren idóneo, para evitar esta posibilidad que derivaría de la resolución de un procedimiento abierto, la legislación habilita un procedimiento específico, el procedimiento negociado por exclusividad por razones artísticas que se encuentra regulado en el artículo 168.a) 2.

Conviene recordar que en la contratación de un artista pueden aparecer distintos intermediarios que son utilizados para diversificar e intensificar su trabajo. También se ha de advertir que las contrataciones se cierran meses antes del inicio de la temporada, por lo que en fecha 3 de mayo o bien todos tienen contratos cerrados o bien sus promotores están cerrando fechas, por lo que es muy difícil poder contratar directamente con el artista.

Así junto con la contratación directa o a través de representante aparecen la figura de los promotores. Estos son empresarios que negocian con la oficina del artista, adquieren el servicio del artista en una fecha concreta para después comerciar ofreciéndose a nivel local al cliente o la gestiona por sí mismo asumiendo el riesgo y gestionando la venta de entradas, todo parece indicar que es el papel que juega Toropasión en el presente caso.

El órgano de contratación ha pretendido contar con un cartel de recortadores atractivo, incluyendo un criterio de valoración que otorgara puntos a la calidad de este. Su consideración como criterio no sujeto a juicio de valor conlleva a la formulación tal y como consta en el PCAP. No obstante el Ayuntamiento no ha considerado la forma de actuación en el mercado de los artistas en general y de los taurinos en particular.

Si bien es cierto que Toropasión podría haber sido licitadora y que contar previamente a la convocatoria de la licitación con la exclusividad de los toreros le hubiera dado una ventaja de ocho puntos frente a cualquier otro licitador, la realidad ha demostrado que no es esta la situación, relegándose a un papel de promotor.

Como promotor cualquier empresa puede solicitar la actuación de determinado artista y por tanto ningún licitador obtiene ventaja sobre otro.

En el presente recurso hay dos datos fundamentales para determinar su resolución, por un lado que Toropasión no ha presentado oferta y por otro lado que la recurrente tampoco ha presentado oferta. La pugna de ocho puntos sobre cien no es motivo suficiente para no concurrir a la licitación, máxime cuando entre los criterios de valoración se recoge la misma mejora para los carteles de matadores y de rejoneadores junto con criterios sujetos a juicio de valor y por supuesto el precio.

Distinto hubiera sido el sentido de esta resolución si Toropasión hubiera participado en la licitación, en ese caso, al estar contratados todos los recortadores por dicha empresa antes de iniciarse el procedimiento de adjudicación, estaríamos

ante una práctica abusiva y vulneradora de los derechos de igualdad entre licitadores, que conllevaría la nulidad de las actuaciones.

Conviene para la resolución de este recurso acudir a la doctrina unánimemente admitida de considerar la nulidad de actuaciones de manera prudente y cautelosa. De esta forma y en atención a las condiciones de hecho anteriormente enumeradas, se desestima el recurso por vulneración del principio de igualdad entre licitadores.

Se recomienda al órgano de contratación que en posteriores licitaciones no acuda a esta fórmula tan arriesgada de puntuar la participación de determinados toreros, pues esa preferencia en contratación pública se alcanza con un contrato privado tramitado mediante procedimiento negociado por razón de exclusividad artística y no a través de considerarlo mejoras de la oferta, que podrían vulnerar principios fundamentales de la contratación pública.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 doña M.R.B., en representación de la empresa Arte Taurino de la Mancha S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Organización de la feria taurina con motivo de las fiestas patronales de Nuestra Señora de la Consolación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, número de expediente 2019/PA012.

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 de la LCSP.

Tercero.- 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.