

Recurso nº 198/2022
Resolución nº 214/2022

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

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Torofusión Espectáculos, S.L. (en adelante Torofusión) contra los pliegos del contrato privado de “*servicios para la organización de un festejo taurino con motivo de las fiestas patronales 2022*”, expediente nº 7/2022, aprobados por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias, insertado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 25 de abril de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, sin lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 132.150,00 euros y su plazo de duración será de 1 día.

A la presente licitación se presentaron 2 licitadores, entre ellos el recurrente.

En sesión celebrada por la mesa de contratación el día 11 de mayo de 2022 se procedió a la apertura del sobre correspondiente a la documentación administrativa y a su calificación, resultando admitidos ambos licitadores.

Segundo.- El 10 de mayo de 2022 se presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Torofusión, en el que solicita la anulación de las cláusulas del pliego de prescripciones técnicas que regulan el contenido y las condiciones de la prestación por entender que vulneran, respectivamente los principios de libre concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores; así como del Anexo I punto G) del pliego de cláusulas administrativas particulares en lo relativo a la determinación del Presupuesto Base de Licitación que considera el recurrente no ha tenido en cuenta determinados conceptos y requisitos legalmente exigibles.

El 20 de mayo de 2022 el órgano de contratación remitió el recurso interpuesto por Torofusión a este Tribunal, acompañado del 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 transponen 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). El citado informe es desfavorable a la estimación del recurso.

En aplicación del artículo 51.2 de la LCSP se dio plazo de subsanación al recurrente, que cumplimentó, en tiempo y forma, el día 26 de mayo de 2022.

Tercero.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 un potencial licitador y, por tanto, persona jurídica “*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 los pliegos fueron publicados en la Plataforma el 25 de abril de 2022, e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 10 de mayo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP y, con anterioridad a la presentación de su oferta al contrato.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco de un contrato privado 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.a) de la LCSP.

Quinto.- Como cuestión preliminar procede señalar que el órgano de contratación considera erróneamente que el hecho de que el recurrente haya presentado oferta a la licitación acompañada de declaración responsable, con posterioridad a la

presentación del recurso, supondría, de conformidad con lo estipulado en el art. 139.1 de la LCSP, la aceptación, sin condiciones ni reservas de todas y cada una de las cláusulas contenidas en los pliegos de contratación.

Por parte de este Tribunal se estima conveniente recordar que la LCSP recoge en su artículo 50 la inadmisión del recurso contra pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Esta circunstancia no concurre en el recurso que nos ocupa, pues el mismo se ha interpuesto ante el órgano de contratación a las 19:58 horas del día 10 de mayo de 2022, mientras que la oferta se presentó a las 20:58 horas del mismo día, esto es 35 minutos después, como señala el órgano de contratación en su informe.

Sexto.- Resuelto lo anterior, procede entrar en el fondo del recurso, fundamentándose el mismo en los motivos que se exponen a continuación:

1.- La vulneración del principio de libre concurrencia entre los licitadores al exigirse en los pliegos la contratación de profesionales determinados.

2.- La conculcación del principio de igualdad de trato al ser ambigua la definición de las condiciones de la prestación.

3.- La incorrecta determinación del presupuesto base de licitación del contrato.

1.- Entrando en el análisis de los motivos anteriores, alega en primer término el recurrente la **nulidad del punto primero del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT)**, por cuanto que el servicio concreto objeto del expediente viene previsto como una corrida de toros el día 9 de septiembre de 2022 para los siguientes

matadores: Paco Ureña, Juan Ortega y Roca Rey; cuando “en una situación exactamente igual el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ya se manifestó de manera contraria a esta fórmula de exigencia de contratación de determinados profesionales taurinos, concretamente en la Resolución 314/2019”.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que su intención, a la hora de concretar detalladamente los actuantes del festejo, no es otra que la de garantizar la calidad del festejo en interés de elevar el nivel artístico de la Feria taurina local, entendiendo que la exigencia de la participación en el mismo no puede menoscabar el principio de libre competencia e igualdad de trato (como alega el recurrente), ya que los mismos son habitualmente contratados, en cada una de sus actuaciones, por diferentes empresas sin que tengan ninguna exclusividad con alguna de ellas. Considera igualmente que tales matadores de toros son los que, en la temporada actual, satisfacen las necesidades y exigencias de la Feria taurina de San Martín de Valdeiglesias, pudiendo ser contratados, reiteramos, por cualquier empresa que acepte sus condiciones de contratación, sin que haya discriminación alguna.

La cuestión que se discute es, por tanto, la exigencia de contratación, en los pliegos de un procedimiento abierto, de toreros determinados en atención a su valor artístico, cuestión que ha sido resuelta por este Tribunal en su Resolución 314/2019, de 17 de julio, citada por el recurrente y que conviene en este punto traer a colación, pues en la misma se resuelve que para contratar a un torero determinado, la normativa prevé un procedimiento especial distinto del procedimiento abierto, el negociado sin publicidad por razones de exclusividad artística. A este respecto, como ya manifestamos, “el Tribunal de Justicia Europea Sentencia C-368/10, de 10 de mayo de 2012, ha declarado que: “Los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de estas, es decir a la manera de formularlas”. Con el fin de respetar los anteriores principios la Directiva 2014/24/UE ha establecido diversos límites que el órgano de contratación debe respetar y que se encuentran enunciados en el artículo

42.2 de dicha norma. La LCSP ha transpuesto esta normativa en su artículo 126.6 que establece: “*Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofertados por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.* Tal referencia se autoriza, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 en cuyo caso irá acompañada de la mención equivalente”. Según la jurisprudencia europea el hecho de no añadir la mención equivalente después de la designación de un producto o servicio determinado, disuade de participar en la licitación a los potenciales licitadores, por lo que no será viable dicha formulación. En el caso que nos ocupa la referencia está efectuada a personas determinadas, toreros, cuya designación se efectúa en base a su propia naturaleza. No significa lo dicho que no sea posible contratar a un torero determinado en base a su valor artístico y que le hace único y diferente a todos los demás, significa más bien al contrario que para ello la normativa prevé un procedimiento especial que no pasa por la licitación mediante procedimiento abierto, adscripción obligatoria de dichos profesionales o acreditación de cartas de compromiso previas a la clasificación de las ofertas. Este procedimiento es el negociado sin publicidad, establecido en el artículo 168.a. 2º) que permite contratar a un único licitador por razones de exclusividad artística. Este procedimiento específico por el que se anula uno de los principios genéticos de la contratación como es la libre concurrencia se encuentra recogido en el art. 32 de la Directiva 2014/24, la cual al considerar a la exclusividad como un concepto elusivo de la publicidad contractual solo la entiende cuando el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única. La exclusividad de los artistas no ha sido objeto de especiales estudios y ello por es debido a la contundencia del informe 41/1996 de la Junta de Contratación el Estado, el cual pese a su antigüedad sigue plenamente en vigor y motiva por sí mismo la carga probatoria de la exclusividad artística. Dicho informe resalta en su consideración jurídica tercera: “las razones artísticas son

suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor improba de determinar cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica". De lo enunciado hasta el momento, podemos deducir que la contratación de artistas concretos debe efectuarse directamente por el órgano de contratación mediante un procedimiento negociado sin publicidad y a un solo licitador. En el caso de que el órgano contratante pretenda una contratación conjunta de toda la actividad, como es el caso que nos ocupa, deberá elegir entre, contratar por sí mismo a los artistas y promover una licitación ordinaria para el resto de la actividad que constituye el objeto del contrato o bien incluir en dicha contratación general la aportación de los toreros, valorando, que no exigiendo, a determinadas figuras que no serán enunciadas con su nombre sino a través del cumplimiento de determinados méritos".

En virtud de lo expuesto, considera este Tribunal, al igual que ya lo hizo en la resolución citada, que esta cláusula del PPT vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores y, en consecuencia, debe ser anulada o modificada, estimándose el recurso interpuesto en base a este motivo. Sentado lo anterior no procede entrar en la valoración de la aprobación de los carteles a la que alude el recurrente en caso de no anularse la cláusula impugnada.

La nulidad de la citada cláusula conllevaría la anulación de los pliegos, no obstante, por economía procesal, considerando que puede mantenerse la necesidad de la contratación y aprobarse nuevos pliegos, se entra a continuación a analizar los otros dos motivos de impugnación.

2.- Por el recurrente se entiende asimismo vulnerado el principio de igualdad de trato en la definición, a su juicio oscura y ambigua de las condiciones de la prestación, toda vez que en el mismo PPT se dispone en el apartado 1 de la cláusula que regula tales condiciones que "Asimismo, en el caso de que, por causa de fuerza

mayor, hubiera que cambiar algunos de los contenidos: actuantes o ganado, la empresa adjudicataria estará obligada a ofrecer la sustitución por otro matador de la misma categoría, siempre con la conformidad del Ayuntamiento”.

Considera Torofusión que la expresión “*igual categoría*” no aclara los actuantes o ganado que pueden resultar aceptados por el órgano de contratación ante una eventual sustitución por fuerza mayor y que si el órgano de contratación se refiriera a la categoría según clasifica el Convenio Colectivo Nacional Taurino, debería especificarlo así, pues el término “*categoría*” es de una subjetividad que produce indefensión a los licitantes, a la hora de programar sus ofertas y posibles sustitutos.

No comparte esta opinión el órgano de contratación, pues alega en su informe que lo estipulado en dicha cláusula viene a afianzar la libre competencia e igualdad de trato de los ofertantes o licitadores, habida cuenta que, “*en el supuesto de que un matador de los tres indicados no pudiera actuar (por enfermedad, accidente, imposibilidad sobrevenida o cualquier otra causa justificada) el adjudicatario del contrato tiene la posibilidad de sustituirlo por otro de la misma categoría o grupo (tal y como cataloga a los profesionales taurinos el propio Convenio Colectivo Taurino de ámbito nacional, concretamente, en su artículo 6)*”.

Reconoce el órgano de contratación que los pliegos no definen expresamente la categoría, si bien el PCAP indica entre las causas de incumplimiento muy grave la de “*sustituir justificadamente alguno de los tres matadores incluidos en el objeto del contrato por otro que esté en un nivel inferior del escalafón*” y que, por tanto, pueda no cumplir con el número de corridas necesarias que determina la pertenencia al grupo, según la norma convencional. En su opinión, “*esto determina que, a sensu contrario, puede sustituirse los matadores, con causa justificada, por otros que estén en el escalafón en un nivel superior, teniendo en cuenta que el escalafón es público y conocido por todos*”.

No se entiende esta remisión que hace el órgano de contratación a la cláusula de incumplimientos para interpretar lo recogido en el PPT, habida cuenta de que el propio Anexo I del PCAP, al definir el objeto del contrato, recoge en claros términos y sin necesidad de interpretaciones a sensu contrario, que *“la ausencia por causas de fuerza mayor de alguno de los tres matadores incluidos en el objeto del contrato conllevará la sustitución de dicho matador por otro que esté en puesto superior del escalafón”*. A la vista de esta redacción, entiende este Tribunal que la oscuridad y ambigüedad señalada por el recurrente se resuelve mediante la interpretación sistemática de ambos pliegos, pues la sustitución de los matadores debe efectuarse teniendo en cuenta lo establecido en el PCAP, con otros que estén en puesto superior del escalafón.

Se desestima este motivo de impugnación, no obstante, dado que anulada la cláusula anterior procede la redacción de nuevos pliegos, se aconseja tener en cuenta esta circunstancia para no tener que acudir a una interpretación sistemática de cláusulas o a la prevalencia del contenido del PCAP sobre el PPT.

3.- El último motivo de impugnación viene referido a la **incorrecta determinación del presupuesto base de licitación del contrato**, pues a juicio del recurrente no se han tenido en cuenta los costes indirectos de beneficio industrial y gastos generales del 6% y 13%, respectivamente. Se alega asimismo la falta de desagregación de género y categoría profesional de los costes salariales estimados a partir del convenio colectivo correspondiente.

El criterio del órgano de contratación es el del correcto cálculo del presupuesto base de licitación, calculado atendiendo al valor estimado del contrato y al límite máximo de gasto que, en virtud del contrato, esta Administración puede comprometer; entiende que se han calculado, debidamente desglosados, todos los gastos que generan este tipo de contratos de servicios, mayoritariamente de índole personal, se contemplan los honorarios de los actuantes y los costes de la cotización a la Seguridad Social (teniendo en cuenta el Convenio Colectivo Taurino de ámbito nacional), los

costes de ganado, la gestoría de los permisos preceptivos, el personal sanitario y otros gastos generales. Y añade que se ha especificado además que se sumará al precio de la licitación, otros ingresos que pueda obtener el adjudicatario por su cuenta, como la venta de entradas o patrocinadores, y también los importes que pueda generar con la prestación del servicio de bar. Los cálculos estimados efectuados para determinar el valor del contrato han tenido en cuenta el aforo real de la plaza, en las últimas ferias taurinas desarrolladas en la localidad (en torno al 50% del aforo máximo) y el precio de mercado de la venta de entradas de este tipo de espectáculos en el municipio y en otras localidades aledañas de la comarca (precio medio entre 20 y 25 euros). No existe pronunciamiento al respecto de la falta de desagregación de género y categoría profesional.

Vistas las alegaciones de las partes, procede transcribir lo dispuesto en el PCAP en relación al cálculo del valor estimado y del presupuesto base de licitación del contrato. En este sentido, el Anexo I al PCAP recoge en su apartado G lo siguiente:

“G) PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN:

Valor estimado: 132.150,00 €.

Desglose:

Toreros y rejoneadores: 52.400,00 €

Ganado y bueyes: 12.000,00 €.

Permisos, tasas, veterinarios: 5.000,00 €.

Médicos y ambulancias: 1.800,00 €.

Seguridad Social actuantes y trabajadores: 6.000,00 €.

Cuadras de caballos: 1.300,00 €.

Gastos varios: 1.500,00 €.

Presupuesto base de licitación: *el tipo máximo de licitación del contrato asciende a la cantidad de 96.800,00 €, IVA 21% incluido, aportación máxima a entregar al contratista (límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, de acuerdo con el art. 100.1 de la LCSP).*

Desglose:

Base imponible: 80.000,00 €

IVA (21%): 16.800,00 €.

No obstante, el valor estimado del contrato es 128.750,00 €. Existe, pues, una diferencia entre el coste real del evento y el coste de licitación que se considera sufragado con otros ingresos, venta de entradas, realizando dicha acción a riesgo y ventura del contratista.

Financiación del contrato:

80.000,00 + IVA a cargo del Ayuntamiento en la aplicación presupuestaria

48.750,00 € + IVA Recaudación de la entrada a cargo de la empresa concesionaria:

Entrada general (sol): 25 €. Niños menores de 4 años Gratis.

Precio establecido como Precio Privado.

El aforo de la Plaza de Toros es de 3500 entradas haciendo una estimación de venta del 50%. La totalidad de la recaudación de la venta de entradas será para la empresa adjudicataria, debiendo el adjudicatario correr con el riesgo de la gestión”.

Constata este Tribunal de la lectura del apartado transcrita que se recogen dos cifras distintas en relación al valor estimado: una primera que asciende a 132.150,00 euros y otra que resulta de sumar a la cantidad de 80.000,00 euros de presupuesto base de licitación sin IVA, la de 48.750,00 euros de recaudación de entrada a cargo de la empresa concesionaria; ascendiendo la suma de estas dos cantidades al valor de 128.750,00 euros; motivo por el cual el recurrente maneja también dos cifras distintas en su escrito. Este error se plasma igualmente en el documento denominado Memoria Justificativa sobre necesidad e idoneidad de contrato que obra en el expediente, en el que si bien se hace referencia a que para la estimación de la base de licitación, el valor estimado del contrato y su precio se ha tenido en consideración el apartado de estudio de costes directos e indirectos e ingresos, se recogen dos importes diferentes en concepto de valor estimado del contrato, coincidentes con las plasmadas en el PCAP.

Siendo necesaria la corrección de este error, no quiere pasar por alto este Tribunal la oportunidad de recordar que el artículo 100 en su apartado 2 de la LCSP

estipula que el presupuesto base de licitación debe desglosarse indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Y en relación al valor estimado, este deberá tener en cuenta, conforme a lo establecido en el artículo 101.2 de la misma Ley, como mínimo, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

Tratándose el contrato que nos ocupa de un contrato de servicios con significativa presencia de costes de personal en el desglose del presupuesto, el precio vendría marcado en gran medida por el coste salarial estimado a partir de convenio colectivo, por lo que el presupuesto base de licitación debe determinarse de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional en función de dichos costes.

En consecuencia, se considera indispensable en este caso, la determinación del precio base de licitación con desglose de costes directos, indirectos, y beneficio industrial, así como, la referencia al cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales de los distintos agentes que intervendrán en la ejecución, por lo que debe estimarse el recurso en base a este motivo.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Torofusión Espectáculos, S.L., contra los pliegos del contrato privado de “*servicios para la organización de un festejo taurino con motivo de las fiestas patronales 2022*”, del municipio de San Martín de Valdeiglesias, expediente nº 7/2022, anulando los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación, al resultar anuladas las cláusulas que determinan la exigencia de contratación de toreros determinados en atención a su valor artístico, así como el apartado G del Anexo I al PCAP que establece el valor estimado y el presupuesto de licitación del contrato; todo ello en los términos recogidos en el fundamento jurídico sexto.

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.