

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

En Madrid, a 14 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Espectáculos Montauro, S.L. (en adelante Montauro) contra Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexo I que complementa el pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contratación del “Servicio de organización de la feria taurina Fiestas Patronales de San Blas”, aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemorillo, Expediente 2373/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fecha 10 de agosto de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 930.704,00 euros, con un plazo de ejecución de 4 años.

Segundo.- El 16 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Montauro contra los pliegos del contrato de referencia.

Tercero.- El 14 de septiembre del 2021, 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 7 de octubre de 2021.

Quinto.- 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 una empresa cuyos intereses legítimos se pueden ver afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra los pliegos 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.b) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 10 de agosto de 2021, interponiéndose el recurso el 16 de agosto de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- Nulidad del apartado B del anexo I, relativo al régimen económico del contrato y aplicación presupuestaria.
- 2- Nulidad apartado C del anexo I, relativo a la habilitación empresarial o profesional para la ejecución del contrato.
- 3- Nulidad apartado D del anexo I, relativo a la solvencia del empresario y punto 3 (licitadores) del PPT.
- 4- Nulidad apartado E del anexo I, criterios de adjudicación del contrato y punto 5 del PPT.
- 5- Nulidad apartado F del anexo I, referido al plazo de garantía.
- 6- Nulidad apartado K del anexo I, referido a la subcontratación.

5.1 Respecto al primer motivo alega que no existe desglose alguno de costes directos e indirectos, ni desglose de los salarios y categoría de los trabajadores, ni referencia al convenio colectivo de aplicación, por lo que la cláusula es nula por no ceñirse a lo que dispone al respecto el artículo 100.2 de la LCSP.

Por todo ello, considera que 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 es indispensable y preceptiva, de conformidad con el artículo 100.2 de la LCSP, por lo que debe estimarse el recurso en base a este motivo.

Respecto al valor estimado, al final del apartado B del PPT se dice que el plazo de ejecución es para la realización de las 3 ferias en los ejercicios 2022 y 2023. “Prórroga: No” y “Duración total del contrato: 2 años”, y que en el PCAP habla exclusivamente, en el propio título, de los ejercicios 2022 y 2023. Sin embargo, en el PPT, apartado 2, se dice que el plazo de ejecución es de 4 años. Nos encontramos ante una cláusula nula, por no respetar el procedimiento legalmente establecido para calcular el valor estimado del contrato, tal y como marca el artículo 101 LCSP, sin concretar cuál ha sido el método utilizado para calcular el valor estimado del mismo y, por tanto, la invalidez del cálculo, concretamente su punto 2 y 5.

Por su parte, el órgano de contratación alega que respecto a la determinación de los costes de personal, al tratarse de un contrato donde los costes de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forma parte del precio total del mismo , conforme a lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP , en el presente expediente quedan desglosados los costes salariales de conformidad al texto del Acuerdo de Revisión Salarial y las correspondientes tablas del Convenio Colectivo Nacional Taurino, suscrito con fecha 17 de diciembre de 2019 de una parte por las organizaciones empresariales ANOET y ASOJET , en representación de las empresas del sector y de otra por las organizaciones sindicales de la Unión de Toreros UGT , Unión Nacional de Picadores y Banderilleros (UNPB) y Asociación Nacional de Mozos de Espadas (ASNAME), en representación de los trabajadores afectados.

Respecto a la determinación de los gastos generales, señala que en el informe que contiene la Memoria que forma parte del expediente, tanto en lo que se refiere a las dos corridas de toros como a la novillada, objeto del presente contrato, se determinan de forma detallada la estimación de los gastos generales necesarios

para la realización de dicho servicio. Para el cálculo de los mismos se ha tenido en cuenta la liquidación realizada de la anterior feria, de donde se deducen los gastos generales propios de la ejecución del contrato, los cuales fueron calculados en su momento conforme a precios de mercado.

De la suma de ambos conceptos, queda determinado el importe correspondiente al Presupuesto Base de Licitación, que se recoge con posterioridad en el apartado B del Anexo I que forma parte del PCAP.

En cuanto al valor estimado del contrato, señala que según indica el Apartado B del Anexo I y de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSP, en aras de determinar el procedimiento de contratación, el valor estimado debe recoger el precio del contrato más el precio de sus posibles prórrogas y modificaciones, todo ello sin tener en cuenta el IVA. En el presente expediente, tanto la Memoria de Organización, como el PPT en su punto 2 y el apartado B del Anexo I del PCAP, determinan que la duración inicial del contrato es de dos años, más otros dos de posible prórroga. Así la cifra que se recoge como valor estimado asciende a 930.704,00.-€ como suma del precio inicial del contrato más, el valor de otros posibles dos años de prórroga, IVA excluido. Manifiesta que cuando se dice en el mismo apartado que no procede prórroga, lo que se está produciendo claramente es un simple error material, el cual hubiera sido resuelto al recurrente por el órgano de contratación con una sencilla consulta a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si se ha producido un cálculo correcto del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato.

A este respecto, el artículo 100.2 de la LCSP establece *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará 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”.

En el apartado B del Anexo I del PCAP “Régimen económico del contrato y aplicación presupuestaria”, se señala “*Presupuesto base o tipo de licitación: 549.287,20 € IVA incluido por los dos años del contrato, debiendo el contratista licitar únicamente por la parte que aporta el Ayuntamiento, por un total de 411.400,00.-€ (CUATROCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS EUROS) siendo 340.000,00.-€ de base imponible más 71.400,00 de IVA.*

Tipo de presupuesto: Máximo determinado

Gastos de primer establecimiento: Sin gastos de 1er establecimiento.

Se entiende que el presupuesto base de licitación se adecua a los precios del mercado en base a lo señalado en el PPT”.

Consta en el expediente Memoria de la organización de la Feria Taurina de fecha 5 de agosto de 2021, en cuyo apartado 7, se recoge el desglose del presupuesto. En primer lugar, se señala que para determinar el cálculo de los costes de personal se ha tomado como referencia el texto del acuerdo de revisión salarial y las correspondientes tablas para el año 2020 del Convenio colectivo nacional taurino, que fueron suscritos, con fecha 17 de diciembre de 2019, tal como señaló el órgano de contratación en su informe, haciendo constar los honorarios a percibir por los participantes, según sus respectivas categorías. Así mismo, se determinan las bases de cotización a la Seguridad Social de los profesionales taurinos.

A continuación, se desglosan los costes de una novillada y dos corridas de toros, desagregando los conceptos de novilleros y matadores, ganadería y gastos generales, entre los que se incluye Veterinarios, Equipo médico, UVI y quirófano

móvil, Banda de música, Cuadra de caballos, Mulillas de arrastre, banderillas y divisas, Póliza RC, Póliza de suspensión, Certificados, visados y tasas, Gestoría, Gastos COVID, Personal plaza.

En base a todo lo anterior, a juicio de este Tribunal, se considera que la información que consta en la memoria justificativa del contrato referida al cálculo del presupuesto base de licitación, satisface suficientemente las exigencias contenidas en el artículo 100.2 de la LCSP, por lo que procede la desestimación del presente motivo, ya que ha suministrado información suficiente a los licitadores de los costes del servicio en aras a presentar sus ofertas.

Respecto al valor estimado del contrato, el artículo 101 de la LCSP establece respecto al valor estimado del contrato “1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue:

a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones.

b) En el caso de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de 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. Asimismo, deberán tenerse en cuenta:

a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.

c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

En el apartado B del Anexo I se dice: “Valor estimado del contrato. A los efectos de determinar el valor estimado del contrato, conforme dispone el artículo 101 LCSP, y en consecuencia, el procedimiento de licitación a seguir y el órgano de contratación competente, se consideran los siguientes parámetros (sin IVA) calculado para los dos más las dos de posible prórroga, siendo el total de 930.704,00.-€ (NOVECIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS CUATRO EUROS)”.

En el apartado B del Anexo I del PCAP se dice “PLAZO DE EJECUCIÓN.

Período inicial: El contrato se ejecutará con la celebración de las tres ferias objeto del presente contrato en los ejercicios 2022 y 2023

Prórroga: NO.

Duración total del contrato: 2 años”.

De la simple lectura de este apartado se aprecia contradicción en los propios términos de la cláusula. No obstante, de una interpretación conjunta de los Pliegos y de la memoria justificativa de contrato, se puede concluir que se trataría de un error material, ya que el plazo de ejecución de dos años más dos de prórroga consta, además de en el apartado B del PCAP transcrito, en la cláusula 2 del PPT y en la propia memoria de la organización de la feria taurina. Por tanto, considerando ese plazo de ejecución del contrato, el cálculo del valor estimado es correcto.

Este error material no tiene entidad suficiente para la anulación de la cláusula, por lo que procede su corrección de errores.

5.2 Respecto al segundo motivo del recurso, alega que, en contra de lo previsto el PCAP, donde no se exige habilitación profesional o empresarial, en base a lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la LCSP, debería exigirse, debiendo ser declarada nula esta cláusula.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la habilitación empresarial o profesional, hace referencia a la exigencia o no de la clasificación del empresario como requisito imprescindible para la ejecución del contrato. El artículo 77 de la LCSP impone la clasificación empresarial como requisito indispensable para contratar con las Administraciones Públicas, en la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual a superior a 500.000.- €, si bien para los de valor inferior, mientras que para los contratos de servicios no exige dicha clasificación. Por tanto y debido a que nos encontramos ante un contrato de servicios, no se requiere clasificación alguna del empresario para la ejecución del contrato.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 65 Condiciones de aptitud, en su apartado 2 de la LCSP que establece *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

La habilitación empresarial o profesional es uno de requisitos que una empresa tiene, en determinados casos, que cumplir para tener capacidad o aptitud para licitar. En los procedimientos de contratación de servicios, cuando los licitadores deban poseer una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar el servicio de que se trate, el órgano de contratación podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.

Estas circunstancias no se dan en el caso que nos ocupa, ni tampoco el recurrente plantea qué habilitación empresarial debería ser exigida, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

5.3 Respecto al tercer motivo del recurso, se fundamenta en que una vez dado por sentado que la forma elegida por el órgano de contratación es la recogida en el artículo 87.1.a) de la LCSP (volumen de negocio), nos encontramos con una exigencia de acreditación que contraviene lo marcado en dicho artículo, ya que el volumen anual de negocio exigido y que se debe acreditar para justificar la suficiente solvencia financiera, debe cumplirse en el mejor ejercicio de los últimos tres años y no en los tres últimos años de manera consecutiva como marca este apartado del Anexo I del pliego. Esto, además de contravenir la norma aplicable, produciría una limitación de la concurrencia contraria a todo el espíritu de las directivas europeas de contratación pública.

Señala que, analizando los medios para acreditar solvencia técnica en esta licitación, vemos primero que el artículo al que se hace referencia, en base al cual se elige el medio de acreditación de solvencia (89.1.a)) no es el que resulta de aplicación pues el artículo 89 se refiere a la acreditación de solvencia técnica en los contratos de suministros.

A su juicio, los Pliegos no se ciñen en lo más mínimo a las distintas formas de acreditar solvencia técnica que marca el artículo 90 de la ley 9/2017 a determinar por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica los licitadores, produciéndose una arbitrariedad a la hora de plasmar los requisitos mínimos que deja en indefensión y discrimina a potenciales licitadores que perfectamente podrían acreditar solvencia técnica mediante los medios legalmente establecidos y no mediante los plasmados en el pliego. La cláusula impugnada refiere, como forma de acreditar solvencia técnica, acreditar, mediante copia compulsada del Impuesto de Sociedades, cuentas anuales, informe de auditoría externa o documento equivalente, la cifra de negocios anual de los tres últimos ejercicios (2017, 2018 y 2019), que no podrá ser inferior a 1.500.000 € en cada uno de ellos, en el ámbito de

actividad al que se refiere el presente pliego. Una, situación que además de apartarse de los criterios plasmados en el artículo 90 de la LCSP resulta de una incongruencia absoluta pues hablar de cuentas auditadas y cifras económicas en un punto referente a la solvencia técnica de un empresario, resulta absurdo en términos técnicos y jurídico.

También considera que esta cláusula debe ser anulada pues es desproporcionada en el sentido de que se exige acreditar haber celebrado 120 festejos (corridas de toros o novilladas) en los años 2017, 2018 y 2019 (40 cada año) para acreditar solvencia técnica para organizar una novillada picada y 2 corridas de toros, situación que resulta de una desproporción desmedida como se puede desprender haciendo uso de una lógica elemental.

Por otro lado, entiende que al limitar a que “sean o hayan sido propietarios, adjudicatarios o gestores de la explotación de cosos taurinos en España en los tres últimos años”, vulnera también los principios de proporcionalidad, libre concurrencia e igualdad de trato de los licitadores, dado que tienen capacidad para contratar las empresas no españolas de estados miembros de la unión europea habilitadas para realizar la prestación objeto del presente contrato, así como las empresas extranjeras no comunitarias que reúnan los requisitos del art. 68 de la LCSP, que habían podido ser propietarios, adjudicatarios o gestores de cosos en el sur de Francia, Portugal o incluso de los países iberoamericanos en los que se celebran festejos taurinos.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la interpretación que del apartado D del Anexo I hace el recurrente , no es obedece al contenido del mismo , ya que en cuanto a la solvencia financiera , el mencionado apartado deja claro que la misma se acreditará con el volumen de negocio referido al mejor de los de los tres últimos años , conforme a lo dispuesto en el artículo 87.1 de la LCSP , determinándose a continuación el importe de dicho volumen al que deberán referenciarse dichos años , y que no es otro que el uno y medio del valor estimado del contrato , como cuantía máxima exigible según determina la LCSP.

En cuanto a la solvencia profesional, en la redacción de los Pliegos se ha intentado, en contra de lo que expresa el recurrente, ofrecer a los licitadores tres posibilidades para su acreditación, en un intento claro por parte del órgano de contratación de fomentar la libre concurrencia. Considera que las dos formas de acreditación recogidas en el Pliego y a las que alude el recurrente, cumplen con lo dispuesto en el artículo 90.1.a) de la LCSP. Si atendemos a los medios de acreditación, bien mediante el volumen de negocio de cada uno de los años 2017, 2018 y 2019 no inferior a 1.500.000,00.-€ o bien mediante documentos de buen hacer emitido por el técnico competente de 40 festejos mayores, como puede observarse no nos estamos refiriendo a los tres últimos años sino que el órgano de contratación decide extender el periodo de tiempo más allá, debido a que dentro de los tres últimos años se encontrarían el 2020 y el 2021, puesto que la ejecución del contrato se inicia en el 2022. La inclusión de estos años haría muy difícil la acreditación de la solvencia necesaria para la ejecución del contrato por parte de los licitadores, todo ello debido a las consecuencias sanitarias del COVID-19, las cuales han imposibilitado la celebración normal de festejos taurinos. Y en este caso el órgano de contratación considera que la solvencia en estos años podrá acreditarse tanto por los certificados pertinentes de buena ejecución, como por un volumen de negocio determinado en esos tres años, que a juicio del órgano de contratación acredita que la organización de festejos similares realizada por el licitador, demuestra suficiente solvencia profesional para ejecutar correctamente el objeto del contrato en cuestión, abriendo así el abanico de la libre concurrencia.

Así mismo, considera que no es cierto que los requisitos de solvencia recogidos en el Pliego vulneren la proporcionalidad y libre concurrencia de aquellas empresas no españolas de estados miembros de la Unión Europea o empresas extranjeras no comunitarias. Así todos aquellos licitadores nacionales o extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en el PCAP y sean competentes para concurrir podrán hacerlo en igualdad de condiciones.

Finalmente, señala que la recurrente para determinar el concepto recogido por la LCSP referido a determinar que trabajos o servicios pueden considerarse de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, acude a la consideración que la misma hace sobre el denominado CPV, así en defecto de previsión en el Pliego se atenderá para la determinación de la igualdad o similitud de los trabajos o servicios ejecutados, a los tres primeros dígitos de los CPV de los contratos. No obstante, el recurrente pretende que los contratos ejecutados con el CPV 79952100-3, podrán considerarse iguales o similares al presente contrato. Pero si atendemos a la clasificación de presente expediente recogida en el PCAP la misma es CPV- 92000000-1. Como puede comprobarse no existe coincidencia alguna, por lo que en este tema se hace imposible la pretensión del recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes, resulta de interés destacar el contenido del PCAP:

APARTADO D SOLVENCIA DEL EMPRESARIO.

1. Solvencia Económica y financiera.

Medio de acreditación.

Volumen anual de negocios en el ámbito del contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos años disponibles por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o el establecido Reglamentariamente. Se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil si el empresario debiera estar en él inscrito, y en caso contrario en el registro que debiera estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, acreditarán su volumen anual de negocios mediante su libro de inventarios y cuentas anuales legalizadas en el Registro Mercantil. El volumen de negocio mínimo anual no excederá de una vez y media el Valor Estimado del Contrato, conforme lo dispuesto en el artículo 87.1.a) de la LCSP.

En lo referente al presente contrato el volumen anual de negocio de los tres últimos disponibles, deberá ser igual o superior a: 1.396.056,00.-€.

2. Solvencia técnica o profesional.

Medio de acreditación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.1.a) LCSP, se acreditará, reunir al menos una de las condiciones que se detallan en este apartado y que sean o hayan sido propietarios, adjudicatarios o gestores de la explotación de cosos taurinos en España en los tres últimos años. Los requisitos exigibles serán los siguientes:

- 1. Acreditar la correcta realización en plazas de primera, segunda y tercera categoría, mediante documento de buen hacer emitido por el técnico competente, de cuarenta (40) festejos mayores (corridas de toros y novilladas picadas), en cada uno de los siguientes años: 2017, 2018 y 2019.*
- 2. Asimismo, los licitadores deberán acreditar, mediante copia compulsada del Impuesto de Sociedades, cuentas anuales, informe de auditoría externa o documento equivalente, la cifra de negocios anual de los tres últimos ejercicios (2017, 2018 y 2019), que no podrá ser inferior a 1.500.000 € en cada uno de ellos, en el ámbito de actividad al que se refiere el presente pliego.*
- 3. En el año 2022, fecha de inicio de la vigencia del contrato, debido a las consecuencias de la crisis sanitaria del Coronavirus que ha imposibilitado la celebración normal de festejos taurinos en España durante los años 2020 y 2021, se valorarán los datos estadísticos y contables de las tres temporadas inmediatamente anteriores, es decir, 2017, 2018 y 2019”.*

El artículo 90.1 de la LCSP establece que “En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del

contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación”.

Del análisis de los Pliegos transcritos anteriormente, a la luz del citado precepto, se comprueba que únicamente el primer medio de acreditación permitido, referido a principales trabajos o servicios realizados, encaja en su literalidad, no así el referente a la cifra de negocio exigido de 1.500.000 euros. Por tanto, este medio de acreditación, recogido en el punto 2 debe anularse y tenido por no puesto.

Ahora bien, esta circunstancia supone que la acreditación de la solvencia técnica deba realizarse únicamente por el siguiente medio: Acreditar la correcta realización en plazas de primera, segunda y tercera categoría, mediante documento de buen hacer emitido por el técnico competente, de cuarenta (40) festejos mayores (corridas de toros y novilladas picadas), en cada uno de los siguientes años: 2017, 2018 y 2019.

Además de este requisito de solvencia, se añade el de *“sean o hayan sido propietarios, adjudicatarios o gestores de la explotación de cosos taurinos en España en los tres últimos años”*. Este requisito de solvencia no es alternativo al anterior, sino acumulativo.

El órgano de contratación está facultado para exigir, sin que el licitador tenga facultades de elección en este extremo, la justificación de la solvencia técnica por uno o varios medios, incluyendo todos, si bien debe advertirse que es obligación del órgano de contratación el precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus características.

Como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones, los requisitos de solvencia establecidos por el órgano de contratación tienen que ser objetivamente proporcionados a la finalidad en aras de la cual se establecen. Los mismos no pueden suponer una restricción indebida o desproporcionada de los principios de libre competencia e igualdad entre licitadores, con un impacto potencialmente

negativo en los de eficiente utilización de los fondos públicos en un marco de estabilidad presupuestaria y control del gasto. En este sentido es necesario observar en primer lugar que la determinación de los niveles mínimos de solvencia deberá ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y además que se incluya en alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LCSP, en este caso en su artículo 90.

Pues bien, a juicio de este Tribunal la exigencia de acreditar 40 corridas por año, un total de 120, para la ejecución de un contrato cuyo objeto es la celebración de 1 novillada y dos corridas de toros por año, se antoja excesiva y claramente limitadora de la concurrencia. Tal como pone de manifiesto el recurrente *“está pidiendo como requisito de solvencia técnica acreditar haber realizado cuanto menos en equivalencia al servicio licitado, 40 servicios como el que resulta objeto del contrato, y por otro lado se cierra la puerta a acreditar solvencia con otro tipo de servicios de igual o similar naturaleza del contrato como permite el ya nombrado artículo 90, tales como festejos de rejones, novilladas sin picadores, encierros o festivales taurinos(otro tipo de festejos taurinos regidos en el Reglamento nacional taurino todos ellos)”*.

Por todo ello, no cabe sino acoger plenamente las alegaciones del recurrente a este respecto, debiendo declararse la nulidad de la cláusula impugnada.

La misma suerte de correr la exigencia como criterio de solvencia de que, *“sean o hayan sido propietarios, adjudicatarios o gestores de la explotación de cosos taurinos en España en los tres últimos años”*, ya que establece un criterio de arraigo territorial incompatible con las normas comunitarias, en cuanto supone una limitación de la libre concurrencia.

Respecto a la acreditación de la solvencia económica financiera, el artículo 87 de la LCSP establece en su apartado 1 que *“La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.

El Pliego establece como forma de acreditación el volumen anual de negocios en el ámbito del contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos años disponibles, cifrando su importe en 1.396.056,00 euros, que se encuentra dentro del margen de una vez y media el valor estimado del contrato.

Se plantea la circunstancia de que dicho volumen se exige para el mejor de los años 3, se refiere a los años 2017, 2018 y 2019, haciendo constar: *“En el año 2022, fecha de inicio de la vigencia del contrato, debido a las consecuencias de la crisis sanitaria del Coronavirus que ha imposibilitado la celebración normal de festejos taurinos en España durante los años 2020 y 2021, se valorarán los datos estadísticos y contables de las tres temporadas inmediatamente anteriores, es decir, 2017, 2018 y 2019”.*

A este respecto, hay que, señalar que si bien es cierto que la LCSP se refiere a los tres ejercicios anteriores, no cabe duda que la imposibilidad de celebrar festejos taurinos como consecuencia de las limitaciones establecidas por la pandemia, hacen aconsejable extender el periodo a acreditación a los años anteriores en los que se celebraban dichos festejos con normalidad, por lo que criterio establecido se considera ajustado derecho.

5.4 Respecto al cuarto motivo de impugnación el recurrente lo fundamenta en la nulidad del Apartado E del Anexo I, referido a criterios de adjudicación del contrato.

Se refiere e n concreto a *“MEJORAS SUBJETIVAS B.- Criterios que dependen de un juicio de valor: Hasta 25 puntos*

1.- Se valorará con un máximo de hasta 25 puntos la Memoria presentada donde se recogerán las propuestas de comercialización, difusión y promoción de la Feria y la Tauromaquia”.

A su juicio, con esta cláusula contenida en el pliego se infringen los principios de transparencia e igualdad de trato, denunciando que la definición del criterio es genérica, vaga, abstracta e imprecisa, pues no establece las reglas que se utilizarán en la posterior valoración, ni tampoco aporta concepto que permita distinguir entre los diferentes grupos de ventajas, utilizando de manera surrealista la terminología “comercialización”, así como que se valorará la “difusión y promoción” en un criterio de valoración subjetivo que necesita de manera imperiosa que sea de una transparencia y concreción máxima.

Por último, señala que, en las mejoras objetivas reflejadas en el punto 5 del PPT, se señala que se valorará con un máximo de 60 puntos tanto las acciones orientadas a la promoción de la feria como las mejoras en la oferta económica, cuando la suma de dichas mejoras en realidad, suponen 35 puntos en las primeras y 40 puntos en las segundas, como también aparece en el apartado E del Anexo I, no correspondiéndose ninguna de ellas con los 60 puntos de valoración máxima establecidos en el PPT.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la valoración de la memoria no se ha dejado por el órgano de contratación de una forma absolutamente abierta y subjetiva, sino que se han determinado una serie de subcriterios como son: la comercialización, la difusión y la promoción de la feria y la tauromaquia. Dicho concepto supone centrar la valoración de la memoria presentada por los licitadores, en todas aquellas acciones destinadas a posicionar el servicio en el mercado para que los consumidores lo conozcan y lo consuman, por lo que la valoración se centrará en la descripción de cómo utilizarán los distintos medios de difusión existentes en el mercado para dar a conocer la feria y la tauromaquia, encaminada a conseguir la mayor afluencia posible de aficionados. No obstante, la Mesa de Contratación podrá en el propio acto de valoración de las ofertas, dar una ponderación objetiva a cada una de las acciones encaminadas al cumplimiento de los mencionados subcriterios y presentados por cada uno de los licitadores en sus respectivas memorias, aunque dicha puntuación no haya sido expresamente recogida en el pliego.

Vistas las alegaciones de las partes, conviene transcribir la cláusula objeto de controversia. **“MEJORAS SUBJETIVAS**

B.- Criterios que dependen de un juicio de valor: Hasta 25 puntos

1.- Se valorará con un máximo de hasta 25 puntos la Memoria presentada donde se recogerán las propuestas de comercialización, difusión y promoción de la Feria y la Tauromaquia”.

El artículo 145.5 de la LCSP establece *“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible a los Pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los Pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

El criterio de valoración controvertido se limita a señalar que se valorará *“Memoria presentada donde se recogerán las propuestas de comercialización, difusión y promoción de la Feria y la Tauromaquia”*. A juicio de este Tribunal, considerando que supone el 25% de la valoración, resulta excesivamente genérico, sin un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al

órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. En este sentido, debería determinar qué aspectos concretos de cada apartado (comercialización, difusión y promoción) serán considerados, dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, para su valoración, facilitando de ese modo la elaboración de las ofertas por los licitadores, en aras de conseguir la adjudicación del contrato a la oferta más ventajosa.

Por todo ello, procede la estimación del presente motivo, anulándose la cláusula recurrida.

5.5 Respecto del quinto motivo del recurso se fundamenta en la nulidad del apartado F del Anexo I, referido al plazo de garantía. En dicho apartado se dice que “No procede”. No obstante, la cláusula 17 del PCAP establece la obligación de prestar una garantía definitiva, aunque hace referencia a los anexos IX y X, sin que ninguno de estos anexos conste en la documentación publicada en el anuncio de los pliegos. No obstante lo señalado, no existe garantía alguna reflejada en los pliegos ni el importe de la misma ni, claro está, el plazo para constituirla.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que, a su juicio, el recurrente confunde la constitución de garantía definitiva por parte del adjudicatario, como condición indispensable previa a la formalización del contrato, con el concepto de plazo de garantía, que es el que en el Pliego se manifiesta no procedente. El plazo de garantía hace referencia a la responsabilidad del empresario por aquellos defectos que puedan surgir entre la finalización de la ejecución del contrato y la finalización del plazo de garantía y de los cuales deberá hacerse responsable. En este caso se considera improcedente la determinación de dicho plazo puesto que por el tipo de contrato de que se trata, la pervivencia del servicio se agota una vez finalizado la ejecución del contrato.

Vista las alegaciones de las partes y la documentación obrante en el expediente, se comprueba que en la cláusula 17 de PCAP se exige la presentación de fianza definitiva de un 5% del precio de adjudicación. Circunstancia que no tiene

necesariamente relación con que se establezca un plazo de garantía, por lo que la cláusula objeto de recurso es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

5.6 Respecto al sexto motivo del recurso, se fundamenta en la nulidad del apartado K del Anexo I, referido a la subcontratación, donde se hace constar que “No procede”. Sin embargo, la cláusula 28 del PCAP, establece que el adjudicatario podrá contratar con terceros la realización parcial del mismo, siempre que cumplan los requisitos del artículo 215 LCSP, quedando obligado al cumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en este precepto, así como en el art. 216 y 217 del mismo texto legal. Existe, por tanto, discordancia en lo establecido al respecto en el pliego de cláusulas administrativas y lo establecido en el apartado K del Anexo I.

Por su parte, el órgano de contratación señala que el Clausulado del PCAP tiene un carácter genérico en donde se recogen los distintos aspectos de la LCSP que pueden ser aplicables a cada tipo de contrato, mientras que en el Anexo I del PCAP se determinan las condiciones propias del contrato concreto que se licita. Así la Cláusula 28 habla de la posibilidad que da la ley para la subcontratación para los contratos de servicios, pero el Anexo I respecto a este contrato en concreto, no contempla la subcontratación de su objeto. No obstante, si la redacción del PCAP puede resultar confusa, el recurrente a través de una simple consulta al órgano de contratación, podría haber solventado sin más problema la misma.

De la lectura del PCAP, se constata que la cláusula 28 permite la subcontratación, mientras que, en el Anexo I, en su apartado K, señala que no procede. Si bien es cierto que el clausulado del PCAP puede tener un carácter más genérico, que se concreta en el Anexo I, no pueden existir contradicciones entre ambos, por lo que, dado la necesidad de redactar unos nuevos Pliegos, es necesario eliminar esta discrepancia.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Espectáculos Montauro, S.L. contra Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexo I que complementa el pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contratación del “Servicio de organización de la feria taurina Fiestas Patronales de San Blas”, aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemorillo, Expediente 2373/2021, anulándose los Pliegos que rigen la convocatoria, en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto, lo que lleva aparejado la anulación del procedimiento de licitación.

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.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal con fecha 7 de octubre de 2021.

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.