

Recurso nº 167/2022
Resolución nº 177/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 6 de mayo de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Gestión Taurolidia S.L. contra el anuncio de la licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente A/CSP-047834/2021 relativo a la contratación del contrato de *“concesión de servicio público de explotación de la plaza de toros de Las Ventas”* (Consejería de Presidencia, Justicia e Interior), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas de 18 de febrero y 24 de febrero de 2022 se publica en el perfil del contratante del Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid respectivamente, el anuncio de licitación del contrato indicado anteriormente, estableciéndose un plazo de recepción de ofertas hasta el 15 de marzo de 2022. El valor estimado del contrato es de 38.807.406,00 euros, según los pliegos y el anuncio de licitación en el DOUE.

El plazo de duración del contrato es de 4 años, desde el 6 de junio de 2022 o desde el día siguiente a la formalización del contrato si esta fuera posterior.

Segundo.- En 28 de febrero de 2022 se interpone recurso especial en materia de contratación por la empresa Gestion de Toros la Mancha S.L. Los motivos son los siguientes:

- Existen tres prestaciones en el contrato, encontrándonos ante un contrato mixto que mezcla concesiones de servicios con contratos de servicios, y no ante una concesión de servicios, como se ha definido en el pliego.
- Tanto el presupuesto como el valor estimado del contrato están mal establecidos y calculados.
- Se ha omitido el año 2021 en la solvencia económica.
- El mismo argumento respecto de la solvencia técnica.
- Se impugna considerar solo a las plazas de primera y segunda categoría como trabajos similares.
- Se impugnan los criterios de adjudicación del contrato.
- Se solicita que sean declaradas nulas las cláusulas impugnadas y por consiguiente el pliego en su totalidad. Y dado que las mismas producen indefensión y limitan la concurrencia, situaciones de imposible o muy difícil reparación, se solicita como medida cautelar, la suspensión del procedimiento.

Tercero.- El 4 de marzo de 2022 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.- Con fecha 18 de marzo de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dicta la Resolución 110/2022 por la que estima parcialmente el recurso interpuesto.

Quinto.- En fecha 22 de marzo se presenta solicitud de aclaración por el recurrente, resuelta mediante Acuerdo del tribunal de 24 de marzo, no procediendo la aclaración solicitada.

Sexto.- Con fecha 31 de marzo de 2022 se dicta Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior por la que se da cumplimiento a la Resolución 110/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y se ordena retrotraer las actuaciones administrativas al momento previo a la aprobación de los pliegos para realizar los cambios ordenados por el Tribunal y se acuerda la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas que deberá anunciarse en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en los boletines correspondientes.

Séptimo.- Con fechas de 6 y 12 de abril de 2022 se publicó en el perfil del contratante del Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid respectivamente, el nuevo anuncio de licitación del contrato indicado anteriormente, estableciéndose un plazo de recepción de ofertas hasta el 3 de mayo de 2022.

Octavo.- Con fecha 26 de abril de 2022 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid recibe escrito de en nombre y representación de Gestión Taurolidia S.L. por el que interpone recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato indicado anteriormente. En dicho escrito alega, en síntesis, lo siguiente:

- Que el expediente no cuenta con la realización y aprobación del correspondiente estudio de viabilidad económica del contrato, que no se ha

publicado en el Portal de Contratación y que los datos económicos aportados en los pliegos no son fiables y olvidan partidas importantes.

- Que el objeto del contrato se ajusta a lo que la Ley entiende en su artículo 18 como contrato mixto.
- Que la solvencia establecida, además de no respetar el período establecido por la Ley para la acreditación de la solvencia, interpreta lo que debe ser considerado como contratos de igual o similar naturaleza, cuando ya ha sido determinado por el legislador “*de manera incuestionable*”.
- Que en el pliego de prescripciones técnicas particulares incluye la gestión de la escuela taurina José Cubero Yiyo de Madrid entre las obligaciones del adjudicatario del contrato cuando son propias del Centro de Asuntos Taurinos.
- Que en el criterio cuya cuantificación depende de un juicio de valor se utilizan términos ambiguos y oscuros y que la posibilidad de que la Gerencia del Centro de Asuntos Taurinos emita informes técnicos a la mesa de contratación en el caso de que esta los solicite, supone una vulneración del artículo 326.5 de la Ley de Contratos.
- Finalmente, solicita que se suspenda de manera cautelar el procedimiento por poderse producir daños a los licitadores de imposible o muy difícil reparación.

Noveno.- El 28 de abril de 2022 se recibe el informe y expediente de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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).

Según sus estatutos su objeto social comprende la organización de espectáculos taurinos.

La solicitud tiene la firma digital del representante.

Asimismo, se acredita la representación de este último.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el marco de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000,00 de euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial es extemporáneo, el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 18 de febrero de 2022 e interpuesto el recurso el 26 de abril se encuentra fuera del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Admitir el recurso interpuesto contra los nuevos pliegos no modificados a resultas de la resolución del recurso anterior por este Tribunal haría prácticamente inviable la contratación administrativa, sometida a sucesivos recursos contractuales contra los mismos pliegos. Como hemos dicho, entre otras, en Resolución 364/2019, de 29 de agosto:

“Respecto al plazo de presentación del recurso especial hay que considerar que los Pliegos fueron publicados el 3 de junio de 2019, siendo objeto de recurso especial en los términos mencionados anteriormente.

El órgano de contratación procedió, en base a la Resolución de este Tribunal a su modificación adaptándolos al contenido de la misma, publicándose el día 6 de agosto. A partir de esta fecha, el recurrente presenta un nuevo recurso contra los Pliegos.

Procede comprobar, por tanto, si los motivos del recurso están relacionados con las modificaciones introducidas por el órgano de contratación o si por el contrario afecta a cláusulas contenidas en los Pliegos que no han sido objeto de modificación.

Los motivos del recurso se refieren al apartado 2.1 del PPT “Características Técnicas, aspectos generales” y el segundo a Apartado 5 del Anexo I del PCAP en relación con el Apartado 6.1 del PPT.

Las cláusulas objeto recurso no han sido objeto de modificación alguna por la modificación realizada por el órgano de contratación para adaptarlo a la Resolución de este Tribunal.

La doctrina de este Tribunal respecto al cómputo de los plazos quedó reflejada en su Resolución 55/2017, de 15 de septiembre “Por otro lado entiende este Tribunal que no es obstáculo para la consideración del recurso como extemporáneo el hecho de que con posterioridad a la publicación inicial se publicara una corrección de errores de los pliegos pues dicha modificación en nada altera el contenido de los pliegos en cuanto al objeto del recurso, tal y como ya señaló en la Resolución más arriba citada. Cabe traer a colación asimismo la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 541/2015, que considera extemporáneo el recurso respecto de tres de los motivos hechos valer por la recurrente puesto que <los defectos que las entidades recurrentes imputan a los pliegos en ellos ser refieren a aspectos que no fueron modificados por el órgano de contratación en su resolución de (...) , por lo tanto debe tomarse como diez a quo, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días hábiles para interponer el recurso especial (...) la fecha de la publicación inicial del anuncio en el DOUE y en el Perfil de contratante>.

Por todo lo anterior, debe tomarse como dies a quo la fecha de publicación del anuncio inicial de licitación, esto es 3 de junio y no la fecha de publicación de la modificación. Por lo que debe mantenerse la extemporaneidad del recurso”.

No solo es extemporáneo, sino que reproduce los motivos del anterior recurso interpuesto a nombre de Gestión de Toros la Mancha, S.L. La Resolución 101/22 constituye cosa juzgada administrativa, que vincula a este Tribunal y no puede revisarla, como hemos manifestado reiteradamente.

En este sentido este Tribunal, ya desde su Resolución 31/2011, considera que este efecto es de plena aplicación al ámbito administrativo, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995 y 12 de junio de 1997, cuando afirma que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos”.*

El recurso precedente estimó tres motivos: el cálculo del valor estimado del contrato, la exclusión del año 2021 de la solvencia económica y financiera y de la técnica, entendiendo posible la consideración de los últimos cinco años (punto 7, cláusula primera), y el criterio de adjudicación relativo a la promoción de las ganaderías de la Comunidad de Madrid (epígrafe 5 del apartado 12 de la cláusula primera). Ninguno de ellos se encuentra concernido por el actual recurso. Y los que se desestimaron coinciden con los motivos del nuevo recurso.

Alega en primer término, la omisión del estudio de viabilidad del contrato. Esta alegación es completamente extemporánea, porque no ha cambiado respecto de la publicación del pliego y documentación anexa en fecha 24 de febrero de 2022.

Se impugna la definición del contrato como de concesión de servicios, por entender que es un contrato mixto, alegación no solo extemporánea, sino que se resolvió expresamente en la Resolución 110/2022.

Se impugna el criterio de selección de la solvencia técnica, por entenderlo desproporcionado, tema ya resuelto en la resolución anterior. Igualmente, respecto del período considerado.

Respecto a la alegación relativa a la escuela de tauromaquia ya se manifestó el Tribunal en anterior resolución.

Respecto a la alegación quinta, relativa al criterio cuya cuantificación depende de un juicio de valor en el que se utilizan términos ambiguos y oscuros, como son la calidad y el prestigio, el Tribunal ya se ha manifestado en la citada Resolución (página 25) manifestando al respecto que este criterio *“está perfectamente definido en los Pliegos”*. Y respecto a la posibilidad de que la mesa de contratación solicite informe a la Gerencia del Centro de Asuntos Taurinos, la citada Resolución (página 24) desestimó este motivo de impugnación, tratándose una cuestión ya planteada por el Servicio Jurídico y que dio lugar a la rectificación de los pliegos. En efecto, como ya indicó el Servicio Jurídico, de conformidad con el artículo 157.5 de la LCSP, *“cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos”*. A ello debe añadirse que el artículo 326.5 de la LCSP que el recurrente dice que se vulnera flagrantemente, no es legislación básica según la disposición final primera de la propia Ley y, en consecuencia, no es de aplicación en la Comunidad de Madrid por disponer de normativa propia a este respecto.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

Solicita el órgano de contratación la imposición de la multa prevista en la

LCSP, por importe de 10.000 euros:

“De conformidad con el artículo 58.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, esta División aprecia evidente mala fe en el actuar del recurrente, que se ha limitado a reproducir los argumentos esgrimidos por el anterior recurrente y ya desestimados por el Tribunal, y, en consecuencia, solicita la imposición de una multa de 10.000 euros, por los perjuicios ocasionados al órgano de contratación y a los restantes licitadores. En este sentido, el daño para la reputación de la Administración de la Comunidad de Madrid es evidente, al tratarse de un expediente muy mediático y, aunque este tipo de daños no se pueden cuantificar, si deben tratar de evitarse y, como en el presente caso, aplicar una sanción importante cuando el recurso carece de fundamento al haber sido ya resueltas por este mismo tribunal, y evidencia la mala fe de quien lo interpone, buscando en última instancia retrasar la tramitación del expediente de contratación sin otro fundamento que retrasar la ejecución del contrato en la plaza de toros de Las Ventas y causar un claro perjuicio a la Comunidad de Madrid y al resto de los licitadores interesados”.

A juicio de este Tribunal concurren las circunstancias de temeridad y mala fe, que hacen merecedora de la multa a la empresa recurrente.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales

de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“la contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo (temeridad) tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente*

diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Por otra parte, esta multa no tiene carácter sancionador, no siendo necesaria la tramitación de un expediente contradictorio, tal y como informa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 11/2022, de 22 de enero, recurso 290/2020, contra Resolución de este Tribunal Administrativo, en:

“Por último alega la actora la improcedencia de la sanción impuesta. Se nos dice que el TACPCM le impone una multa de 3.000 euros en virtud del art. 58.2 LCSP porque aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

La actora no admite ni temeridad ni mala fe en la interposición de recurso, y asimismo apunta a que el TCAP no ha respetado los principios básicos del procedimiento sancionador puesto que no ha incoado procedimiento sancionador alguno, no ha concedido trámite de audiencia a la imputada, imponiéndose directamente la sanción a mi representada sin que esta compañía haya podido defenderse.

Tales alegaciones se descartan, no estamos ante sanción alguna.

El Artículo 58 de LCSP establece:

< 2 . En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la

interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos >

La resolución recurrida motiva explícitamente la concurrencia de temeridad y mala fe en este caso, al folio 16 de la misma:

<Considerando que las recurrentes han formulado en conjunto seis recursos por los mismos motivos e iguales alegaciones en distintos años y todos ellos han sido desestimados por los mismos fundamentos, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha ratificado los pronunciamientos, que no ha cambiado la normativa ni se alega, este Tribunal aprecia mala fe y temeridad en su actuación. Los recurrentes incluso solicitaron la adopción de la medida cautelar de suspensión de la licitación que ha sido combatida por extenso por el órgano de contratación>.

Es por ello, que ajustándose el mismo a la realidad, no cabe sino confirmar la resolución impugnada también en este extremo”.

Este Tribunal aprecia temeridad y mala fe en la interposición del presente recurso que pretende voltear una resolución previa del propio Tribunal, fijando la cuantía de la multa en 3.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 Gestión Taurolidia S.L. contra el anuncio de la licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente A/CSP-047834/2021 relativo a la

contratación del “*contrato de concesión de servicio público de explotación de la plaza de toros de Las Ventas*” (Consejería de Presidencia, Justicia e Interior)

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en la LCSP, por importe de 3.000 euros.

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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022.05.06 14:10