

Recurso nº 81/2022
Resolución nº 110/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 17 de marzo 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 la empresa Gestion de Toros La Mancha, S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del expediente nº 36/2022 relativo a la contratación del contrato “Concesión de servicio público de explotación de la Plaza de toros de Las Ventas”, (Consejería de Presidencia, Justicia e Interior), Expediente A/CSP-047834/202 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 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 el recurso especial en materia de contratación. 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)

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 su objeto social su finalidad principal es la organización de espectáculos taurinos de forma habitual, sin que en ningún caso pueda considerarse que organiza espectáculos taurinos de forma ocasional y no profesional.

La solicitud tiene la firma digital de la representante.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

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 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 temporáneo: el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 18 de febrero de 2022, e interpuesto el recurso el 28 de febrero se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

El recurso es temporáneo y por ello admisible.

Quinto.- El recurrente impugna la calificación del contrato: es un contrato mixto, parte concesión de servicios y parte contrato de servicios. El contrato comprende tres objetos:

- Concesión de servicio de la plaza de toros de Las Ventas.
- Realización de las visitas guiadas a la plaza de toros de las ventas.
- La gestión de las Escuelas de Tauromaquia de la Comunidad.

La naturaleza de los 3 objetos del contrato son distintas claramente. El primer objeto, tal y como marca el pliego tiene código CPV 79952100-3, Servicios de organización de eventos culturales, el segundo objeto del pliego tiene CPV 63514000-5, Servicios de guías de turismo, y el tercer objeto del contrato se ciñe al CPV: 80510000-2 Servicios de formación especializada.

Es un contrato mixto del artículo 18 de la LCSP.

De las tres actividades, solo las dos primeras pueden fusionarse en el mismo contrato, conforme al artículo 34.2 de la LCSP:

“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”.

Sin embargo, la docencia de los interesados en aprender a ejecutar el arte del toreo, no guarda relación alguna con el objeto del contrato y por tanto invalida cualquier posibilidad de conformar un contrato mixto con la concesión del servicio de la plaza de toros de Las Ventas.

Afirma el órgano de contratación que la cláusula primera del PCAP establece como objeto del contrato *“la explotación, mediante concesión de servicios, la gestión de las Escuelas de Tauromaquia de la Comunidad y la realización de las visitas guiadas a la plaza de toros de Las Ventas, con sometimiento a todas las prescripciones establecidas en este Pliego, en el Pliego de prescripciones técnicas particulares y demás normativa que resulte de aplicación, durante la ejecución del contrato”.*

Se configura como un contrato de concesión de servicios, conforme al artículo 15 de la LCSP:

“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar

los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

Lo característico del contrato de concesión de servicios es la transferencia del riesgo operacional, en el sentido del artículo 14 de la LCSP:

“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Tanto en la explotación de la Plaza de Toros de las Ventas, en la gestión de las Escuelas de Tauromaquia de la Comunidad y en la realización de las visitas guiadas a la plaza de toros de Las Ventas, concluiremos entendiendo que existe de manera inequívoca esta transferencia del riesgo operacional por parte de la Administración al adjudicatario del contrato, al no poder presumir este último cual será la demanda que va a existir en la gestión del objeto contractual sobre el que versa el contrato que nos ocupa y que por lo tanto nos hace concluir que nos encontramos ante un contrato de Concesión de Servicio Público.

Tal y como informa el Servicio Jurídico:

“A la vista de lo expuesto, debe analizarse si en el contrato proyectado existen notas propias de una concesión de servicios y de la traslación del riesgo operacional.

Así, cabe significar que además de la tradicional cláusula de asunción del riesgo y ventura, en la cláusula 1, apartado 1, se hace constar expresamente que '(...) el riesgo operacional del contrato de concesión corresponde, en todo caso, al contratista'.

En el referido apartado se establece, igualmente, la obligación del contratista de asumir todos los gastos inherentes al mantenimiento de su propia organización y actividad empresarial, así como los de la explotación objeto del contrato, en los términos definidos en su apartado 4.3.B).

Por otra parte, se observa que en el contrato no se fija un precio a favor del adjudicatario, sino que este se obliga a pagar una contraprestación anual a la Administración. En este sentido, se indica en el apartado 8 de la cláusula 1, que 'se establece como canon mínimo de explotación el importe de 675.000 € con carácter anual (...). De la misma manera se establece como canon máximo de explotación anual la cuantía de 975.000 €'.

A la vista de los términos en que aparece redactado el pliego proyectado, parece que existe una transferencia del riesgo operacional, puesto que la retribución a percibir por el adjudicatario deriva de la explotación del servicio, es decir, de los precios abonados por los usuarios, sin que el número de personas que acuden a los eventos organizados en la plaza de toros de Las Ventas pueda quedar asegurado, sino que, por el contrario, dicha cifra puede variar en función de las concretas circunstancias que concurren en cada momento, lo que pone de manifiesto que la cifra de potenciales clientes es incierta y que no están garantizados los previsibles ingresos para el pago del canon y para la explotación de la plaza, estando la entidad contratista obligada a la prestación del servicio aun cuando no le resulte rentable.

Igualmente, el adjudicatario ostenta potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación, como se deduce del objeto del contrato definido en la cláusula 1 y asume los riesgos derivados de dicha explotación.

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que el contrato proyectado de explotación de la plaza de toros de Las Ventas participa de los elementos característicos de los contratos de concesión de servicios”.

Las tres actividades son competencia del mismo Centro de Asuntos Taurinos de la Comunidad de Madrid.

No existe contrato mixto, porque no se integran prestaciones propias de diversos tipos contractuales, todas forman parte de una concesión de servicios.

A juicio de este Tribunal es un contrato único con una pluralidad de objeto, definido en el artículo 2.1. del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: *“Podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás”.*

Las tres actividades que se prestan para los usuarios de la Plaza, explotación de la misma, visitas guiadas y escuela de tauromaquia, confluyen sobre el mismo objeto de explotación de la Plaza de Toros, generando ingresos para el concesionario de la explotación, tal y como se consigna en la cláusula 1.4 del PCAP.

El Pliego solamente contempla el código CPV 79952100-3 Servicios de organización de eventos culturales.

La gestión de la Plaza de Toros de las Ventas es una competencia asumida como propia por la Administración, que le corresponde al Centro de Asuntos Taurinos. La explotación de la plaza de toros de Las Ventas corresponde a la Comunidad de Madrid, a través del Centro de Asuntos Taurinos, en consonancia con

lo señalado en el Decreto 226/1995, de 17 de agosto, por el que se establece la dependencia orgánica y se definen la estructura y las funciones del Centro de Asuntos Taurinos de la Comunidad de Madrid, y se aprueban las normas de organización y funcionamiento. En particular, el artículo 2, apartado a), de la referida norma enumera, entre las funciones del Centro de Asuntos Taurinos la relativa a *“la explotación, por medio de cualquier fórmula sujeta al Derecho Administrativo, de la Plaza de Toros de las Ventas, ejerciendo la vigilancia, coordinación y control de los eventuales adjudicatarios del coso taurino a través de lo que establezca el pliego de condiciones y mediante los órganos ejecutivos que procedan”*.

El Centro de Asuntos Taurinos (CAT) es un órgano de gestión sin personalidad jurídica adscrito a la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, de conformidad con lo señalado en la Disposición Adicional primera del Decreto 191/2021, de 3 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior.

Por tanto, cabe concluir que la explotación de la plaza de toros de Las Ventas forma parte de las competencias atribuidas a la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, siendo susceptible de explotación económica, lo que se verifica a través de este contrato de concesión de servicios, conforme al artículo 284 de la LCSP, habiendo determinado el ámbito de la misma:

“1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. 2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la

actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. 3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial”.

La unidad funcional de las tres actividades es que conciernen a la explotación de la Plaza de Toros y a las competencias que gestiona indirectamente el Centro de Asuntos Taurinos a través de este contrato de concesión de servicios.

En ejercicio de sus atribuciones la Administración ha optado por agrupar las tres actividades en un solo contrato, correspondiendo al órgano de contratación determinar con precisión *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas”*, dejando constancia en el expediente (artículo 28.1 LCSP).

Y así consta en la memoria justificativa de no división en lotes:

“En el presente contrato se ha decidido la inclusión de la gestión de las visitas guiadas que se prestaban en otro contrato razones de eficacia en la gestión de la plaza de toros, por dos cuestiones fundamentales. Por una parte, por razones de eficacia en la gestión de la plaza de toros por aquel que resulte como adjudicatario del contrato de tal manera que gestionando las dos prestaciones pueda organizar de manera más adecuada los servicios que se prestan en la plaza; y por otra parte al resultar una prestación más a explotar por el concesionario se consigue de esta forma aumentar la previsión de ingresos por parte del anterior fomentando así la concurrencia de los licitadores y por lo tanto mejorando en última instancia la condiciones de explotación del servicio.

Por esta razón se considera que la existencia de un único lote, redundará en un mayor beneficio de control y seguimiento de los medios personales y materiales y en una mejor coordinación de las diferentes prestaciones que engloba el servicio”.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

En segundo lugar se alega que tanto el presupuesto como el valor estimado del contrato están mal establecidos. Se afirma que no se recoge el beneficio industrial y el porcentaje de gastos generales. En cuanto al valor estimado del contrato, se ha vulnerado el artículo 100.1.b) de la LCSP:

“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”.

Calculado el importe neto de la cifra de negocios conforme al RD 1514/2007 de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, alcanza el valor estimado el importe de 157.912.482 euros, según el recurrente, en vez de los 38.807.406 euros recogidos en los Pliegos.

Afirma el órgano de contratación que entiende no necesario fijar un porcentaje de beneficio industrial y gastos generales en este tipo de contrato, pues se encuentra ya recogidos en el desglose de ingresos y gastos elaborado por la Administración, para llegar al resultado de explotación, entendiendo que todos los gastos generales se encuentran recogidos en cada una de las distintas partidas del presupuesto de gastos de este contrato y que de la misma manera ocurre con el

concepto de beneficio industrial, pues se recoge el mismo en cada una de las partidas de ingresos. El resultado de explotación está recogido en el punto 4 de la cláusula primera. Los ingresos menos los gastos que se han calculado en este contrato ofrecen un total de 7.120.401 euros que al deducirle el canon mínimo de explotación establecido en el PCAP es decir 675.000 euros ofrecen un total de 6.445.401,00 euros. No obstante, este total que podría ser entendido como el beneficio que puede obtener aquel que resulte como adjudicatario de la plaza es meramente indicativo pues dependerá en cualquier caso de las ofertas que puedan ser presentadas por los distintos licitadores a este contrato. En cuanto a la omisión de partidas importantes alegada, las previsiones se han basado en el informe confidencial elaborado sobre los gastos e ingresos del anterior concesionario. En cuanto al cálculo del importe neto de la cifra de negocios se ha realizado conforme al Real Decreto 1514/2007, que hace referencia que para el cálculo del importe neto de la cifra de negocios no podrán tenerse en cuenta ningún tipo de descuento, del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados. Para el cálculo del importe de la cifra de negocios no se ha tenido en cuenta ninguna de los mencionados como así se recoge en la cláusula 4 del PCAP.

La Resolución 313/2020 de 19 de noviembre de este Tribunal señala que para el cálculo del valor estimado de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios debe tomarse el importe total de los ingresos obtenidos, sin deducción de los gastos:

“El importe neto de la cifra de negocios viene descrito en el artículo 101 de la LCSP como determinante del valor estimado del contrato de concesión de servicios en los siguientes términos: ‘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’.

El ‘importe neto de la cifra de negocios’ no es el beneficio (facturación menos costes), sino la cantidad percibida de la Administración por la ejecución del contrato de modo similar a otros tipos contractuales donde el valor estimado es el importe total a percibir de la Administración: ‘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’.

El concepto de “importe neto de la cifra de negocios” refiere a la facturación a la Administración por el contrato.

La dicción del artículo 101.2 de la LCSP transcrita no supone que haya que deducir como coste esos gastos, sino que el valor estimado no puede ser inferior a la suma de todos esos costes”.

El informe 25/12, de 20 de noviembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, titulado “Explotación de inmuebles de servicio público, propiedad del Ayto. mediante la instalación de bares-cafeterías: calificación del contrato, forma de adjudicación y valor estimado del contrato”, establece la forma de calcular el valor estimado en un contrato de concesión de servicios:

“Siendo de aplicación, como ya se ha dicho, las reglas establecidas en el TRLCSP, y no existiendo disposición especial aplicable a estos contratos, resulta de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 88, apartados 1 y 2, del mismo. La aplicación de los citados artículos debe realizarse atendiendo al peculiar sistema de retribución previsto para este contrato, consistente, no en un pago por parte de la Administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación de un servicio, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio.

En su virtud, para el cálculo del valor, debería computarse el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego”.

Y tal y como fija el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión:

“2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios”.

A tenor de los Pliegos, el valor estimado del contrato no se ha calculado correctamente. Se afirma que es el resultado de multiplicar la cifra de negocios de 6.445.401 euros por 4 años de duración, más 12.890.802 euros de posibles prórrogas, más 135.000 euros de posibles modificaciones del canon.

La cifra de negocios se ha obtenido restando al resultado de explotación (ingresos – gastos: total: 7.120.401 euros) el canon mínimo de 675.000 euros.

El resultado de explotación es la diferencia entre unos ingresos totales de 26.296.247 euros (ingresos por venta de localidades y otros ingresos, subdivididos

en 13 partidas en total) y unos gastos totales (directos e indirectos, subdivididos en 8 partidas) de 19.175.846 euros.

La cifra neta de negocios no es la diferencia entre ingresos y gastos (el resultado de explotación) sino solo la cifra de ingresos, tal y como recoge también la norma 11ª del RD 1514/2007 de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad:

“El importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión”.

El órgano de contratación ha entendido el artículo 101.2 de la LCSP (*“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 costos que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”*), en el sentido procede deducir de los ingresos, los costes, cuando lo que afirma es que no puede ser inferior el valor estimado a esos costes.

A semejanza de otro tipo de contratos solo comprende los ingresos:

“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”.

El valor estimado, incluidas prórrogas, ronda la cantidad que señala el recurrente.

Procede estimar esta alegación.

En cuanto a la indicación del beneficio industrial o de los gastos generales se encuentra ya embebido en la precisa indicación de ingresos y gastos del contrato, no existiendo elemento de juicio alguno para revisar estos, establecidos correctamente según los costes del actual concesionario.

El propio Pliego explica detalladamente la forma de determinación del valor estimado, deduciéndose de la mera lectura, el error en el mismo:

“Valor Estimado:

Resultado del importe neto de la cifra de negocios (6.445.401,00 €) por una duración de 4 años: 25.781.604 €

Posibles prórrogas con una duración de 2 años: 12.890.802 €

Modificaciones contractuales previstas en el contrato de un 20% sobre el canon mínimo de explotación anual (675.000 €): 135.000 €.

Valor estimado total del contrato: 38.807.406 €.

Método de cálculo aplicado para calcular el valor estimado: según lo establecido en el artículo 101.1.b) de la LCSP, se ha obtenido teniendo en cuenta una estimación de los conceptos económicos más significativos de la prestación de los servicios de explotación. Los datos a tener en cuenta son los ingresos y gastos que a continuación se detallan, IVA excluido (...).

INGRESOS (1.a + 1.b) 26.296.247 €

(...)

1. GASTOS (2.a + 2.b) 19.175.846 €

(...)

RESULTADO DE LA EXPLOTACIÓN (INGRESOS - GASTOS) Total: 7.120.401 €
RESULTADO NETO DE LA CIFRA DE NEGOCIOS DE LA EXPLOTACIÓN
(INGRESOS-GASTOS) (incluyendo canon mínimo establecido por importe
675.000€): 7.120.401€ - 675.000 =Total: 6.445.401,00 €”.

Sobre estos datos el valor estimado real es:

Ingresos: 26.296.247 € x 4 años: 105.184.988 €

Posibles prorrogas con una duración de 2 años: 26.296.247 € x 2 años:
52.592.494 €.

Modificaciones contractuales previstas en el contrato de un 20% sobre el
canon mínimo explotación anual (675.000 euros): 135.000 euros

Total valor estimado del contrato: 157.912.482 euros

En tercer lugar, se afirma que la exigencia de solvencia técnica y financiera de
los años 2018 a 2020 infringe la LCSP. Se impugna la cláusula primera, punto 7 del
PCAP:

*“A efectos de acreditar la cifra anual global de negocios por parte de las
empresas licitadoras, se entenderán como las tres últimas anualidades las
correspondientes a las anualidades 2018, 2019 y 2020”.*

Y de la solvencia técnica:

*“A efectos de acreditar los trabajos realizados por parte de las empresas
licitadoras, se entenderán como las tres últimas anualidades las correspondientes a
las anualidades 2018, 2019 y 2020”.*

Justifica el órgano de contratación y, consta en el expediente, que esto se debe a la casi inexistencia de actividad taurina en el año 2021.

Se afirma por el recurrente que al prescindir del año 2021 entre aquellos a seleccionar con más capacidad económica se perjudica a los licitadores que tengan este como el mejor año.

Según la memoria firmada por el Centro de Asuntos Taurinos:

“Desde la dirección del Centro de Asuntos Taurinos de la Comunidad de Madrid, consideramos que los tres años exigibles para la solvencia técnica del Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares, según marca la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 90.1, deben ser los años 2018, 2019 y 2020. Todo ello es debido a que en los años 2018 y 2019 fueron años en los que se ejecutaron gran cantidad de espectáculos taurinos a lo largo de toda la geografía española y europea. Sin embargo, los años 2020 y 2021 estuvieron afectados por la pandemia Covid-19 y como consecuencia se produjo una paralización y disminución de la actividad taurina en todo el sector. De tal manera que si se exigiera a las distintas empresas licitadoras que acreditaran su solvencia recurriendo a esas dos anualidades correríamos el riesgo de que este contrato quede desierto al no existir licitador que se pudiera presentar.

Para asegurar que se presenten ofertas por el mayor número de licitadores y se cumplan con los criterios de solvencia técnica y económica en el próximo concurso público relativo al contrato de explotación, debemos facilitar a las empresas concurrentes que efectivamente sean contemplados los años de mayor actividad taurina. Por consiguiente, los años 2018, 2019 y 2020 serán los tres años tenidos en cuenta en el próximo pliego de cláusulas administrativas particulares para la gestión y explotación de la Plaza de Toros de Las Ventas”.

Según afirma el recurrente esta cuestión se decidió en Resolución 856/2021 de 8 de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se afirma que:

“En cuanto a la primera crítica del recurso, siendo cierta y totalmente pertinente la preocupación del órgano de contratación, relativa a la suspensión de eventos culturales durante el año 2020, la solución a este problema no puede consistir en excluir los servicios prestados en dicho año como forma de acreditación de la solvencia, puesto que no es ese el sentido de este requisito. Si se han prestado esos servicios, en el año más cercano a la presente licitación, no pueden dejar de tenerse en cuenta, puesto que el objeto de este requisito es precisamente la demostración de la capacidad técnica para ejecutar el contrato.

De hecho, el propio artículo 90.1.a) de la LCSP contiene la solución a este problema, cuando manifiesta que “cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes’.

En suma, la Ley permite ampliar el espectro de años a considerar a efectos de aumentar la concurrencia, como podría hacerse precisamente en el presente caso dada la restricción de servicios del año de 2020, pero lo que no tiene sentido alguno es excluir de la competencia a un año concreto, perjudicando a los licitadores que, por el motivo que sea, sí que hayan prestado servicios que permitan acreditar su solvencia técnica”.

Con independencia no sea el mismo supuesto, porque la solvencia requerida en el recurso del TACRC era de 150.000 euros y el recurrente tenía actividad acreditada en el año 2020, es lo cierto que la Memoria del CAT es contradictoria. Admitido que el 2020, a semejanza del 2021, es año de baja actividad taurina, no es comprensible se tomen por referencia los años 2018 a 2020. Según la Estadística de

Asuntos Taurinos del Plan Estadístico Nacional en 2020, decayeron los festejos taurinos en un 90,9% interanual, se celebraron 129.

Tal y como afirma el TACRC, la LCSP proporciona una solución a estos supuestos cuando afirma en su artículo 90. 1. a) que *“cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes”*.

Ampliando el número de años a considerar y no restringiéndolo, se alcanza el objetivo de ampliar la concurrencia y posibilitar que acredite esa solvencia quien *“hipotéticamente”* la tenga en 2020 o 2021. Que es lo que figura en los Pliegos que aporta el órgano de contratación de la Diputación de Valencia para objeto similar en los años 2022 a 2025: solvencia económica de volumen anual de negocios de los cinco últimos años, dado que la actividad se ha reducido a mínimos en 2020 y 2021; solvencia técnica de celebración de espectáculos en plazas de primera categoría en al menos uno de los cinco últimos años.

Procede estimar este motivo.

Se impugna también el criterio de selección de la solvencia técnica siguiente:

“A efectos de determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se entenderán como tales los principales servicios realizados en los tres últimos años en plazas europeas de primera o primera y segunda categoría (según clasificación establecida en el RD 145/1996, de 2 de febrero por el que se modifica y se da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos y Convenio Colectivo Nacional Taurino de 2015)”.

Expresa el recurrente que la dicción de primera o de primera y segunda categoría obliga a incluir siempre al menos una plaza de primera categoría, siendo discriminatorio que un empresario de una serie de plazas de segunda categoría según RD 145/1996 como Albacete, Soria, Toledo, Alicante, Salamanca, o el mismísimo coso taurino de Vistalegre en Madrid, que lleve organizando festejos taurinos de manera continuada en dichas localidades durante más de 10 años, no se le considere con solvencia técnica suficiente .

Según señala el órgano de contratación corresponde al mismo fijar la solvencia requerida, artículo 74 LCSP:

“Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el Órgano de contratación”.

Cierto es que *“La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas”* (artículo 87.4 LCSP).

A juicio de este Tribunal no es desproporcionada la exigencia, que concreta el órgano de contratación en plazas de primera y segunda categoría, estableciéndose como único requisito que al menos uno de ellos sea de una plaza de primera categoría, dado el objeto del contrato, que comprende las tres obligaciones arriba consignadas, la entidad del coso de Las Ventas, y el valor estimado del contrato, que el propio recurrente corrige al alza hasta 157 millones de euros.

Procede desestimar este motivo del recurso.

Se impugna también el criterio cualitativo de valoración del epígrafe 5 del apartado 12 de la cláusula primera, que reza:

“PUNTO 5 CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR.

Promoción de la tauromaquia que vertebral el mundo rural vinculado a la ganadería brava de la comunidad de Madrid e impulso de otros sectores económicos a través de la PLAZA DE TOROS DE LAS VENTAS..... 10 puntos.

Las ofertas deberán contener un proyecto que detalle pormenorizadamente la promoción de la tauromaquia que vertebral el mundo rural vinculado a la ganadería brava de la CAM con otros sectores a través de la Plaza de Toros de Las Ventas. En el mismo se valorará:

-Medios destinados a la promoción de las ganaderías de la CAM.....5 puntos.

La presentación de la documentación se realizará mediante un Dossier donde se incluirá los medios destinados a la promoción con un máximo de 5 páginas tamaño A4.

-Programación de los medios destinados a la promoción de las ganaderías de la CAM, medios de comercialización y precio la venta al público teniendo en cuenta el proyecto global que se presenta.....5 puntos.

La presentación de la documentación de la programación de los medios destinados a la promoción de las ganaderías de la CAM, medios de comercialización y precio la venta al público se realizará mediante un Dossier con un máximo de 15 páginas tamaño A4”.

Afirma el recurrente que estos criterios no guardan relación con el objeto del contrato, y son nulos de pleno derecho. No guarda relación con el objeto arriba transcrito y además pone a cargo del adjudicatario la promoción de una actividad ajena, de alguien que no participa en el contrato.

Por el contrario, afirma el órgano de contratación que sí guarda relación con el objeto del contrato y que mediante *“la configuración como criterio de adjudicación de la promoción de la tauromaquia que vertebré el mundo rural vinculado a la ganadería brava de la Comunidad de Madrid, se persigue por parte de esta Administración el impulso de otros sectores económicos a través de la plaza de toros de las Ventas, que resultan fundamentales para el sostenimiento del mundo taurino”*.

A juicio de este Tribunal, la promoción de las ganaderías de la CAM es un objetivo plausible, que puede formar parte de una acción de fomento de una Administración, pero no guarda relación con el objeto del contrato, que es la explotación de la Plaza de Las Ventas, del Museo y de la Escuela de Tauromaquia. En sentido genérico, *“se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos”* (artículo 145.6 LCSP). Esta promoción de las ganaderías de la CAM no forma parte de la pluralidad de actividades del contrato en ninguno de sus factores y en ninguna fase de la ejecución del contrato. Es simplemente el desplazamiento al contratista del ejercicio de competencias de fomento propias del CAT (artículo 2 Decreto 226/1995, de 17 de agosto, por el que se establece la dependencia orgánica y se definen la estructura y las funciones del Centro de Asuntos Taurinos de la Comunidad de Madrid, y se aprueban las normas de organización y funcionamiento).

Procede estimar este motivo del recurso.

Se impugna también el último párrafo del epígrafe sobre criterios de valoración: *“La valoración de este apartado será como máximo de 25 puntos y será*

efectuada mediante evaluación ponderada global de las diferentes programaciones ofertadas. La propuesta corresponderá a la Mesa de Contratación si bien podrá recabar los correspondientes informes Técnicos a la Gerencia del Centro de Asuntos Taurinos”.

Se afirma que el encargo a la Gerencia de Asuntos Taurinos vulnera el artículo 326.5 de la LCSP, porque es un cargo político:

“En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”.

Se contesta por el órgano de contratación que en ningún caso la propuesta de adjudicación será realizada por la gerencia, sino por la Mesa, que podrá solicitar los informes técnicos precisos, siendo una cuestión ya planteada por el servicio Jurídico y que dio lugar a la rectificación de los Pliegos.

Se desestima este motivo.

Por último se impugnan, por entenderlos indefinidos, los criterios de adjudicación del punto 6 de la cláusula 12, citando como referencia Resolución 856/2021 del TACRC, de 8 de julio ya citada, en la que se afirma:

“En efecto, el criterio de adjudicación en cuestión consiste simplemente en “la valoración del proyecto para la realización del festejo taurino”, sin que pueda

considerarse que se define de forma objetiva y concreta cuando lo único que se indica es que 'se valorará la calidad general del desarrollo de los festejos ofertados (actividades complementarias, promoción del festejo... etc.)'".

El grado de indefinición es tal que, teniendo en cuenta lo concreto que es la prestación objeto del contrato (una novillada sin picadores, una corrida de toros, encierros y suelta popular de reses), no llega a entender este Tribunal qué es "el proyecto para la realización del evento taurino", pareciendo más bien una invitación a la arbitrariedad del órgano de contratación en la valoración de las ofertas, especialmente si se tiene en cuenta la gran importancia de este criterio (30 puntos).

Semejante indefinición no puede resultar salvada invocando la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la valoración de las ofertas, ni en la posibilidad de establecer posteriormente una valoración desglosada por parte de la Mesa de Contratación".

Concuerda este Tribunal con el órgano de contratación que el criterio "Programación y distribución estratégica de cada temporada taurina en la Plaza de toros de "Las Ventas" con hasta 25 puntos, está perfectamente definido en los Pliegos y no tiene nada que ver con el supuesto de hecho de la resolución del TACRC. Allí la programación valorada con hasta 30 puntos era sobre "una novillada sin picadores, una corrida de toros, encierros y suelta popular de reses". Aquí, "el adjudicatario deberá programar y distribuir para cada temporada taurina anual la organización de un máximo de 60 festejos taurinos, 2 concursos de recortes incluyendo posteriores sueltas y 2 espectáculos cómico-aurino, haciendo un total de 64 festejos máximos, tal y como se establece en el Título II del Pliego de prescripciones técnicas particulares". Es tan complejo el objeto del contrato de explotación de los festejos taurinos que la "programación y distribución estratégica" de la temporada taurina se estima un elemento fundamental para la valoración de

las ofertas. Además se distribuyen los 25 puntos, según los diversos festejos o ferias taurinas. En este contexto, la referencia a la Resolución meritada del TACRC para fundamentar su impugnación por GESTION DE TOROS LA MANCHA, S.L., es absurda.

Procede la desestimación de este motivo.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Gestión de Toros La Mancha, S.L., contra el anuncio de la licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente nº 36/2022 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), Expediente A/CSP-047834/202, anulando los Pliegos en los términos del fundamento de derecho quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022 03 18 09:08