

Recurso 180/2024
Resolución 221/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 24 de mayo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OCIO Y CULTURA LA FÁBRICA, S.L.**, contra los pliegos rectores del contrato denominado “Prestación de los servicios de realización, producción técnica, organización, contratación, desarrollo y programación de las actuaciones artísticas a realizar dentro de las Veladas con motivo de las fiestas patronales de Benalmádena durante el ejercicio 2024 (Feria de San Juan, Veladilla de la Virgen del Carmen y Feria de la Virgen de la Cruz)”, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 2024/16272B-30403620075982), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de abril de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 516.400 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 13 de mayo de 2024, se presentó en el Registro del órgano de contratación escrito denominado “*solicitud de impugnación*” interpuesto por OCIO Y CULTURA LA FÁBRICA, S.L. (OCIO Y CULTURA o la recurrente en adelante) contra los pliegos rectores de la licitación, el citado escrito es calificado por el órgano de contratación como un posible recurso especial en materia de contratación y es remitido a este Órgano teniendo entrada el 14 de mayo de 2024.

Por parte de la Secretaría de este Tribunal se le solicitó al órgano de contratación, el informe sobre el recurso interpuesto, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado ha sido recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado la entidad FORUM T NAZARENO S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora del procedimiento de adjudicación del contrato.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en el informe al recurso que no se aporta por OCIO Y CULTURA documentación acreditativa de la representación suficiente de la persona física representante respecto de la entidad recurrente. Sobre este particular, este Tribunal ha podido comprobar que en el Registro Mercantil figura el representante como actual administrador de la citada entidad por lo que se ha de concluir que no concurre la posible causa de inadmisión mencionada por el órgano de contratación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos rectores de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

Procede señalar que la recurrente no califica el escrito presentado de recurso especial en materia de contratación y que es el órgano de contratación el que lo remite a este Órgano al considerar que esa es su naturaleza; efectivamente, esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: «*El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*», por lo que procede el recurso especial pese a la ausencia de calificación jurídica del escrito que presenta la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.



La recurrente impugna una de las cláusulas del pliego de prescripciones técnicas (PPT). OCIO Y CULTURA se refiere a su cláusula 2 que establece las «condiciones técnicas y particulares, con indicación de las que puedan ser objeto de modificación en las ofertas» y en concreto se opone a la siguiente redacción:

«No se valorará la oferta que no venga debidamente acompañada del preacuerdo con cada uno de los artistas propuestos para la Actuación Principal en cada uno de los lotes en los días propuestos, que incluirá el nombre del grupo o artistas e importe del caché firmado por la empresa y el artista, grupo o su representante.

Si resultara que, a la hora de presentar las ofertas por parte de los licitadores, alguno de los artistas propuestos para la actuación principal no estuviera ya disponible para la fiesta patronal indicada (lo que implica que ningún licitador puede ofertarlo), los licitadores podrán presentar propuesta de sustitución con artistas de similar estilo musical del que se pretende sustituir (pop, rock, flamenco) y caché similar, que deberá ser aceptada por la concejalía de fiestas. En el supuesto de que el importe resultante de la sustitución fuera superior a lo establecido, este importe correrá por cuenta del adjudicatario».

Sobre lo anterior, la recurrente afirma que solo se podrán proponer otros artistas a los principales establecidos si estos no se encuentran disponibles y por lo tanto ningún licitador los puede proponer. En este sentido, afirma *«Ahora bien, no es ante lo que nos encontramos, puesto que algunos de estos artistas cuentan, como ya hemos comentado, con contratos firmados y cerrados con licitadores que participarán en este proceso. Así, no podríamos presentar alternativa y nos restringe y expulsa del proceso incluso antes de poder preparar la oferta, sin cabida a valoración de nuestra oferta».*

Afirma lo siguiente: *«SEGUNDO. Que enterado de los pliegos y su contenido, la empresa contactó con los artistas definidos en los cuadros de cada lote como “ACTUACIÓN PRINCIPAL” a fin de preparar la oferta.*

TERCERO. Que, tras contactar con los mismos, varios pertenecientes a los tres lotes propuestos, cuentan con un contrato firmado y cerrado con otra empresa licitador en particular, por lo que no nos facilitarán los preacuerdos requeridos para poder presentar oferta a la licitación».

Manifiesta, que el expediente de contratación no cumple con el principio de libre concurrencia y que si la prestación debiera ser realizada por un único artista, este proceso debería entonces adjudicarse por un contrato de procedimiento negociado sin publicidad.

En este sentido argumenta que otro órgano de contratación en un supuesto similar desistió del procedimiento de licitación por este motivo y adjunta el citado acuerdo de desistimiento al escrito de impugnación interpuesto.

Por estos motivos solicita al órgano de contratación que se desista del procedimiento de licitación o que se modifiquen los pliegos subsanando esta cuestión con ampliación de plazo de presentación de proposiciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso interpuesto aludiendo a la libertad de la que dispone a la hora de configurar el objeto de los contratos, en este sentido manifiesta que el hecho de que haya elegido a los artistas que quiere que formen parte de las fiestas, no limita la concurrencia, debido a que cualquier empresa intermediaria que se presente a la licitación podría llegar a acuerdos con los artistas y/o representantes previstos en el PPT, favoreciendo así la concurrencia en la presente licitación.

En el PPT, afirma, antes del párrafo que entiende la recurrente que limita la concurrencia, se justifica el motivo de la elección de los artistas principales para dichas fechas: *«Los artistas y orquestas propuestos han sido seleccionados por la Delegación de Festejos tras realizar una búsqueda en el sector contrastando las distintas ofertas de actuaciones, teniendo en cuenta además criterios de calidad artística, caché de los grupos y*



disponibilidad de calendario a la fecha de realización del presente pliego». También, argumenta, se prevé el caso de que algunos de los artistas estén ya contratados en otros lugares permitiendo presentar otro artista con cache similar, siempre y cuando ningún licitador pueda ofertarlos.

Con relación a la solicitud en los pliegos de los preacuerdos indica lo siguiente en su informe: *«Los preacuerdos se solicitan para poder comprobar y tener una garantía que los licitadores presentados van a poder traer a los artistas principales que desea el Ayuntamiento de Benalmádena para que actúen en las diferentes ferias del Municipio conforme a lo previsto en el PPTP y en consecuencia sirva para comprobar que cumplen los pliegos. Añadir que la petición de que los licitadores presenten unos preacuerdos con cada uno de los artistas no pide exclusividad de dichos preacuerdos en caso de ser adjudicataria de la licitación. Los preacuerdos llevados a cabo con los artistas o sus representantes, por parte de los licitadores, es ajeno a este ayuntamiento. Cualquier entidad que quiera presentarse a la licitación debe conseguir los preacuerdos con los artistas y/o sus representantes en función de sus caches y preacuerdos adoptados».*

Con relación al acuerdo de desistimiento de otro órgano de contratación que aporta la recurrente ante, según afirma, un supuesto similar el órgano de contratación manifiesta que del mismo no se desprende claramente los motivos de los que se deriva dado que en el contenido del acuerdo figuran reproducidos únicamente los argumentos de la entidad que en ese supuesto solicitó el citado desistimiento.

Finalmente, sobre las afirmaciones de la recurrente manifiesta: *«Desconocemos los motivos por los que los artistas no le facilitan el preacuerdo, pero entendemos que no es debido a las condiciones establecidas en el Pliego Técnico. De hecho, este tipo de contratos se ha realizado durante años y el motivo de utilizar un procedimiento abierto en lugar de un negociado sin publicidad facilita precisamente la libre concurrencia, con reserva de artista (que no exclusiva ni contrato), como lo acredita el hecho de que en varias ocasiones han licitado varias empresas como puede ser el expediente 2022/16259Y, aportando los licitadores admitidos los mencionados preacuerdos para poder ser tenida en cuenta su oferta».*

Por todo lo anterior, solicita que el recurso sea desestimado.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada FORUM T NAZARENO, S.L. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

En síntesis, manifiesta que no le consta la celebración de los contratos a los que se refiere la recurrente, sobre lo anterior, tras exponer los motivos por los que considera que la configuración de los pliegos no restringe la competencia argumenta lo siguiente: *«considera legítimo y conforme a la legalidad vigente que dicha administración intente asegurarse el buen fin del procedimiento y especialmente la ejecución de contrato, con la debida garantía de que el licitador que resulta adjudicatario efectivamente se encuentra en disposición de su estricto cumplimiento, especialmente en lo que a las que denomina “Actuación Principal” se refiere».*

En este sentido considera que de la redacción de los pliegos se extrae que: *«La única exigencia es la existencia de un preacuerdo o compromiso de disponibilidad en “cada uno de los lotes en los días propuestos” sólo respecto a las actuaciones principales, tal y como textualmente aparece en el Pliego de Prescripciones Técnicas. En ningún caso se exige un documento que su otorgamiento con un licitar excluya la posibilidad de concederlo a otras, tal y como podría ocurrir con un contrato de prestación de servicios sometido a condición resolutoria entre ofertante y artista».*



Alude desde el punto de vista jurisprudencial la definición del preacuerdo en siguiente sentido: «destacamos la definición de establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991 que determina “El contrato preliminar o precontrato, según sentencia de 2 de febrero de 1960, consiste en vincular a las partes en el mismo intervinientes para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el documento privado, y por ello tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a éste, el consentimiento por quienes a ello se obligaron, una vez realizado lo pactado, incumplimiento que si se diera entonces, podría producir el efecto de un resarcimiento de perjuicios.»

Concluye afirmando que cuestión distinta es que determinados artistas o grupos no se encuentren interesados o no consideren adecuado o conveniente comprometerse con un licitador concreto.

En conclusión, solicita la desestimación del recurso interpuesto.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuesto lo alegado por las partes procede examinar ahora el núcleo de la controversia que se centra en la pretensión de la recurrente de anulación de la citada cláusula 2 del PPT por considerar restrictiva de la competencia la obligación de presentar preacuerdos con determinados artistas y que solo en el supuesto de que ningún licitador pueda ofertarlos por no estar disponibles para las fechas previstas se puedan presentar otros similares.

La recurrente argumenta que ha contactado con artistas, manifestando lo siguiente: «tras contactar con los mismos, varios pertenecientes a los tres lotes propuestos, cuentan con un contrato firmado y cerrado con otra empresa licitador en particular, por lo que no nos facilitarán los preacuerdos requeridos para poder presentar oferta a la licitación». Sobre lo anterior, este Órgano debe manifestar que la recurrente ni concreta a que artistas se refiere ni menciona los licitadores con los que tendría suscrito un contrato que le imposibilitaría poder presentar el preacuerdo exigido.

Más adelante, en el escrito de impugnación únicamente se añade lo siguiente: «Ahora bien, no es ante lo que nos encontramos, puesto que algunos de estos artistas cuentan, como ya hemos comentado, con contratos firmados y cerrados con licitadores que participarán en este proceso. Así, no podríamos presentar alternativa y nos restringe y expulsa del proceso incluso antes de poder preparar la oferta, sin cabida a valoración de nuestra oferta». De lo anterior se infiere que no solo la recurrente no concreta su alegación, al no manifestar los artistas y licitadores concretos a los que se refiere que tendrían contratos firmados, sino que tampoco aporta prueba alguna de los supuestos contactos que habría tenido con los citados artistas o de los indicios que de alguna forma pudieran corroborar las manifestaciones que realiza en su escrito de impugnación.

Por otro lado, la recurrente aboga de alguna forma, que la licitación se tendría que realizar por un procedimiento con negociación sin publicidad ante la supuesta imposibilidad de presentar preacuerdos con «determinados» artistas, sin embargo, sería este procedimiento al que se refiere, precisamente, el que restringiría la competencia.

Sobre lo anterior, se ha de considerar que este tipo de preacuerdos que se establecen en el PPT, son relativamente frecuentes en algunos procedimientos de contratación. Por ejemplo, se configuran en ocasiones en los pliegos que regulan procedimientos de contratación en los que parte del objeto del contrato pueda ser el mantenimiento de un suministro de un determinado fabricante o por ejemplo en los contratos cuyo objeto es la publicidad en los medios de información en los que también no resulta infrecuente que se soliciten acuerdos o



compromisos de los medios en los que se requiere por parte del órgano de contratación que se realice la publicación.

En diversas resoluciones se ha tratado esta cuestión, por ejemplo, en la Resolución 359/2021, de 30 de septiembre, en la que se manifiesta lo siguiente: *«la exigencia de la documentación firmada por determinados medios de comunicación para poder ser valorada la oferta para cada uno de ellos, no cabe duda que supone una dificultad para las agencias licitadoras pues exige fundamentalmente que su oferta sea avalada por cada medio, que en principio es un tercero ajeno a su oferta. No obstante, dicha exigencia es una garantía para el poder adjudicador pues permite constatar la seriedad de la oferta, evitando situaciones de incumplimiento futuro por parte de la potencial adjudicataria de su proposición presentada y valorada con unos determinados costes y descuentos que después difieren de los reales, pero es que además es una garantía para la propia entidad adjudicataria pues un incumplimiento por parte del medio de algo que previamente firmó, lo faculta para poder exigirle las responsabilidades a que hubiere lugar. Desde ese punto de vista, entiende este Tribunal que la citada exigencia está justificada.*

Asimismo, teniendo en cuenta que en el presente caso han presentado oferta nueve entidades licitadoras, no parece que la documentación exigida haya distorsionado la concurrencia, ni ninguno de los principios de la contratación alegado por la asociación recurrente».

En el presente procedimiento de licitación se presentan cuatro entidades, entre las que se encuentra precisamente la recurrente, de lo que se desprende que ha existido cierta concurrencia y que por lo tanto cabría presumir que diversas entidades han podido conseguir los citados preacuerdos.

En cualquier caso, en el presente supuesto se da la circunstancia que el motivo real de impugnación no es la exigencia de los preacuerdos en los pliegos sino la supuesta firma de contratos entre algún artista y algún licitador que impediría precisamente que otros licitadores puedan incluir en sus proposiciones los citados preacuerdos, dado que estos artistas no los podrían facilitar al encontrarse ya comprometidos para la presente licitación. Es decir, no estamos ante la impugnación directa del contenido de una cláusula del PPT, sino de la denuncia de los efectos perniciosos derivados de una o varias supuestas licitadoras que habrían aprovechado la configuración del PPT para impedir que otros licitadores pudieran conseguir el preacuerdo exigido. Según fundamenta la recurrente, la limitación de la concurrencia derivaría más que de los preacuerdos de unos supuestos contratos con exclusividad a favor de algún licitador, aunque no facilita ningún dato que sustente las afirmaciones que realiza.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que, en cualquier caso, OCIO Y CULTURA presenta un recurso carente de suficiente fundamentación en tanto que no demuestra ni siquiera indiciariamente las afirmaciones que realiza. Por otro lado, en el supuesto al que alude la recurrente sobre el desistimiento de un órgano de contratación, por un motivo similar, sí se indica el artista concreto que tendría el compromiso y que por lo tanto no podía facilitar preacuerdos a otros licitadores que es precisamente la circunstancia que fundamenta la decisión del órgano de contratación, a diferencia del presente supuesto, en el que no se demuestra ni concreta ninguna de las manifestaciones realizadas.

Se advierte, pues, que el recurso adolece de falta de concreción y de la debida fundamentación o motivación con relación a la pretensión de anulación de la licitación por infracciones de la normativa reguladora en materia de contratación, no pudiendo, como ya hemos indicado, suplir al recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. En nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre ya nos manifestamos al respecto afirmando que *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un*



recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre».

Al respecto, el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone que «Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...)».

No obstante, y como se ha indicado, la recurrente, en lugar de intentar probar los hechos en que funda su pretensión, indicar al menos los artistas a los que se refiere y los licitadores con los que se supone que ya tendría firmado un contrato que impediría al resto de licitadores ofertarlos, se limita simplemente a realizar afirmaciones que a la vista del escrito de impugnación se pueden reconducir a simples suposiciones de la recurrente. Motivos estos por los que procede la desestimación del recurso interpuesto.

Procede, la desestimación del recurso especial, no obstante, la interpretación plausible del pliego que este Tribunal, a fin de no declarar la cláusula como nula, estima que debe realizarse es la siguiente que se expone a continuación. En el supuesto en el que algún licitador pueda acreditar durante el procedimiento de adjudicación la existencia de los mencionados contratos previos de artistas con una sola entidad concreta por tener derechos de exclusividad, que le hubiera impedido presentar el preacuerdo necesario para la valoración de su oferta -en el sentido exigido en la cláusula 2 del PPT-, el órgano de contratación debe interpretarla de una forma amplia en aras a asegurar la concurrencia y evitar una impugnación indirecta de la cláusula del PPT con ocasión de la resolución de adjudicación. Es decir, si un artista no estuviera ya disponible por un acuerdo de exclusividad de servicios que pueda ser demostrado, para el resto de licitadores se debe admitir en el sentido previsto: «propuesta de sustitución con artistas de similar estilo musical del que se pretende sustituir (pop, rock, flamenco) y caché similar, que deberá ser aceptada por la concejalía de fiestas». En este sentido, si efectivamente se produjera una restricción de la competencia por los motivos alegados por la recurrente y ello pudiera ser corroborado por algún medio de prueba, se debería permitir la sustitución.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OCIO Y CULTURA LA FÁBRICA, S.L.**, contra los pliegos rectores del contrato denominado “Prestación de los servicios de realización, producción técnica, organización, contratación, desarrollo y programación de las actuaciones artísticas a realizar dentro de las Veladas con motivo de las fiestas patronales de Benalmádena durante el ejercicio 2024 (Feria de San Juan, Veladilla de la Virgen del Carmen y Feria de la Virgen de la Cruz)”, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 2024/16272B-30403620075982).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

