



EB 2015/140

Resolución 140/2015, de 15 de diciembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por BG TELEVISIÓN EURL, contra la adjudicación del contrato de “Servicio de producción audiovisual de noticias para televisión con base en Paris”, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 29 de octubre 2015 la empresa BG TELEVISION EURL, presentó en el registro del Órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de producción audiovisual de noticias para televisión con base en Paris”, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

SEGUNDO: El recurso, junto con una copia del expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), tuvo entrada en las dependencias del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el 3 de noviembre de 2015.

TERCERO: El día 4 de noviembre de 2015 se dio traslado de una copia del recurso a los interesados en el procedimiento. Dentro del plazo otorgado se han recibido las alegaciones de la empresa ALICE PRODUCTION el 12 de noviembre de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente, en cuanto que ha tomado parte en el procedimiento de adjudicación del contrato, y la representación de Don A. G. que actúa en su nombre

SEGUNDO: El objeto del recurso es un contrato de servicios, de la categoría 14 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) cuyo valor estimado asciende a 806.400 euros, hallándonos, por consiguiente, ante un contrato de servicios sujeto al recurso especial.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores». El acto recurrido es precisamente un acuerdo de adjudicación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, Euskal Telebista S.A.U. (en adelante, ETB) tiene la condición de poder adjudicador que no es administración pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 b) TRLCSP, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna no se halla sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 TRLCSP la adjudicación del contrato estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y con sujeción a las instrucciones, de obligado cumplimiento interno, aprobadas por los órganos competentes, en las que se regularán los procedimientos de contratación de forma que garanticen la efectividad de los principios anteriormente enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presenta la oferta económicamente más ventajosa.



SEXTO: La recurrente solicita acceso a la documentación presentada por ALICE PRODUCTION (en adelante, ALICE), adjudicataria del contrato, pues considera que sin comparar las dos ofertas efectuadas al contrato (la de la adjudicataria y la de la recurrente) y ambas con la resolución del proceso de contratación, no es posible conocer cabalmente todos los hechos relevantes y considera que esta circunstancia afecta directamente a su derecho de defensa.

Como antecedente, se ha de poner de manifiesto que ETB constató que la adjudicataria había declarado con fecha 29 de julio de 2015 individualmente y justificadamente como confidencial determinada documentación contenida en su propuesta y, a la vista de ello y de que consideraba que la resolución de adjudicación estaba motivada en los términos exigidos por el art. 150.4 TRLCSP, con fecha 20 de octubre de 2015 acordó el acceso a la información solicitada por BG Televisión con la única excepción de:

- En relación con el sobre nº 1 (Documentación general), los documentos acreditativos de la solvencia económica, financiera, profesional y técnica.
- En relación con el sobre nº 2 (Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor), al documento de propuesta referente a la gestión del servicio objeto de la contratación, el documento referente a la imagen real significativa, el documento referente a las mejoras del servicio.

TERCERO: Sobre el alcance y límites de la confidencialidad de los documentos del expediente de contratación, este OARC/KEAO ha tenido ocasión de manifestarse en pronunciamientos anteriores. Así, en la Resolución 3/2015 se afirmaba lo siguiente:

«Acerca de la confidencialidad de las ofertas, en la Resolución 60/2014 del OARC / KEAO se citaban la Resolución 62/2012 del TACRC en la que se manifiesta que «en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo



estrictamente necesario», y el Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón donde se afirma que “(...), la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recuso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 del TRLCSP)”. En la propia Resolución 60/2014 de este Órgano Resolutorio se indica que la declaración de confidencialidad tiene repercusión en dos momentos distintos del procedimiento de adjudicación. En un primero, cuando al amparo del artículo 140.1 del TRLCSP se permite a los licitadores que designen confidencial determinada información y, en un segundo momento, cuando la atribución de confidencialidad a determinada documentación tiene su reflejo en la notificación de la adjudicación y en la información sobre el resultado del procedimiento, donde el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas –artículo 151.4 en relación con el artículo 153 del TRLCSP–.»

Sobre la declaración como de confidencial de toda la oferta presentada, este OARC/KEAO en su Resolución 25/2014 ha manifestado lo siguiente:

Por lo que se refiere a la solicitud de acceso al expediente, se trata de una cuestión que el órgano de contratación debe decidir de acuerdo con la normativa aplicable (en especial, el artículo 140.1 TRLCSP), si bien debe recordarse que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario (ver, por ejemplo, la Resolución 62/2012 del TACRC).

Aunque lo anterior es cierto, también lo es que en esta fase del procedimiento de recurso, este OARC / KEAO debe analizar una variable adicional y es la de si resulta necesario el acceso a la documentación solicitada para presentar un recurso fundado en derecho. Este juicio de ponderación ha de ser necesariamente casuístico y requerirá de la colaboración del recurrente que deberá indicar las razones de por qué el acceso a la documentación declarada confidencial es necesario y por qué el razonamiento técnico y/o jurídico que



soporta la decisión impugnada (la motivación), no es suficiente para articular un recurso fundado.

A juicio de este Órgano en el procedimiento de recurso que nos ocupa procede denegar al recurrente el acceso al expediente pues no argumenta las razones por las que se necesita acceder a la totalidad de la oferta técnica de ALICE, más allá de constatar los hechos que sustentan el recurso, pues de los argumentos impugnatorios que constan en éste, basados en la falta de solvencia y en eventuales incumplimientos derivados de la carencia de personal técnico y humano propio del adjudicatario del contrato, los hechos son conocidos y profusamente alegados por el recurrente, con mención a nombres y apellidos concretos de los trabajadores al igual que una detallada descripción de los medios técnicos de la empresa competidora, por lo que el acceso sería, en todo caso, ocioso y únicamente conseguiría dilatar los plazos de resolución del recurso especial al tener que accionar el incidente de acceso al expediente regulado en el art. 29.3 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.

CUARTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

- a) ALICE carece de medios materiales y humanos en París suficientes para prestar adecuadamente el servicio objeto del contrato. No dispone ni de locales, ni de material, ni de personal pues su sede está en Bruselas, que es donde se hallan los medios.
- b) La carencia de medios materiales y humanos en la sede de prestación del contrato obliga a subcontratar en un porcentaje superior al 10% permitido por el Pliego.
- c) ALICE carece de persona responsable del servicio en París que es una obligación exigida por las cláusulas 4.2.1 apartado 5 y cláusula 4.2.2-1.



d) ALICE carece de solvencia, en concreto de la exigida en el apartado H del cuadro de características, pues no puede acreditar que dispone de una cifra global de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato de al menos 168.000 € en París porque no tiene medios en la ciudad.

e) Se discrepa de las valoraciones efectuadas por el poder adjudicador en el apartado de metodología cuando se indica que presenta un escaso desarrollo metodológico, ya que la oferta menciona y concreta todas las facilidades puestas a disposición de la corresponsalía de EITB. Además, las implementaciones de las posiciones de directo son de BG, el personal de la oferta de BG es propio, no contratado, no se presenta modelo de informe semanal porque en 15 años prestando el servicio nunca se ha solicitado, no se ha tenido en cuenta que las posiciones de directo ofertadas por ALICE no son propias sino de Actua Paris y se ha cometido un error en lo referente a la oferta de DSNG.

f) Se remite copia del documento enviado por el corresponsal en Paris de EITB a la Jefa de Producción de informativos en el que, a su juicio, se corrobora lo expuesto en el recurso.

QUINTO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La adjudicataria ha acreditado antes de la adjudicación disponer de todos los medios técnicos y humanos previstos como mínimo para la prestación del servicio pues aporta contrato de arrendamiento por el que se acredita la disposición del espacio de trabajo en París, documentación acreditativa del vehículo (Equipo ENG) e inventario de dotación técnica y documentación acreditativa de disposición del equipo personal que ofertó en su propuesta.

b) Las referencias a que la entidad adjudicataria mantenga su sede en Bruselas supondría hacer valer un criterio de arraigo territorial e impedir el libre acceso de las empresas a las licitaciones.



c) Los argumentos impugnatorios centrados en la disconformidad con las valoraciones efectuadas obedecen a su propia percepción subjetiva de los hechos y a un intento de resultar adjudicataria del contrato.

QUINTO: ALICE, empresa adjudicataria del contrato, efectúa las siguientes alegaciones:

a) ALICE está en disposición de todos los medios, materiales, humanos y técnicos necesarios para la ejecución del contrato. Así, dispone de un local arrendado en París que cumple con todos los requisitos exigidos en el pliego, y consta en el expediente que los medios materiales, equipos ENG con dotación técnica y DSNG son de su propiedad y lo mismo cabe indicar del equipo humano.

b) La adjudicación se ha ceñido a los criterios de valoración establecidos en el pliego y no se aprecia arbitrariedad.

SEXTO: El primero de los motivos impugnatorios se basa en la falta de solvencia profesional y técnica de la empresa adjudicataria del contrato. El análisis de esta cuestión precisa el examen de los criterios de solvencia exigidos en el pliego del contrato, en concreto, en el apartado H del cuadro de características del Pliego de cláusulas jurídicas (en adelante, PCJ), que dice lo siguiente:

«H. SOLVENCIA

(...)

La solvencia profesional y técnica requerida a los licitadores:

Requisitos

- Haber realizado en los últimos años (2010, 2011, 2012, 2013 y 2014), al menos, **UN (1) contrato** de iguales características, es decir, un contrato de servicios de Producción audiovisual de noticias y/o producciones audiovisuales de corte informativo, por un importe anual de al menos **168.000 euros**.
- Acreditar la disposición en la empresa, de los medios técnicos y humanos requeridos como mínimos en el PCT.



Medios de acreditación

- Declaración responsable de haber realizado en los cinco últimos años (2010,2011, 2012, 2013 y 2014), al menos, **UN (1) contrato** de iguales características, es decir, un contrato de servicio de producción audiovisual de noticias y producciones audiovisuales de corte informativo, por un importe anual de al menos **168.000 euros**. **Dicha declaración deberá ser conformado según el Anexo I del presente PCJ y necesariamente deberá señalar la descripción del servicio, el importe, la fecha y destinatario de los trabajos realizados.**
- Declaración adquiriendo el compromiso, para el caso de resultar adjudicataria, de puesta y disposición de los medios (técnicos y humanos) requeridos como mínimos en el PCT para la ejecución del servicio. **Dicha declaración responsable deberá ser conformada según el Anexo I del presente PCJ.**

Dos son los incumplimientos que se denuncian: el primero, el que la adjudicataria no puede acreditar la realización de un contrato similar en París, pues su sede radica en Bruselas. Este argumento debe ser desestimado de plano pues el requisito de solvencia exigido en el PCJ, de forma correcta y respetuosa con los principios que inspiran las Directivas sobre contratación pública y, tras su transposición, la normativa interna, no limita la experiencia de las licitadoras a un ámbito territorial concreto, por lo que difícilmente se le puede oponer a la adjudicataria este argumento. El segundo de los incumplimientos denunciados es el que los medios técnicos y humanos a aportar para la ejecución del contrato no son propios de la empresa adjudicataria. Este argumento igualmente debe ser desestimado pues el PCJ, de forma correcta, no exige que los medios sean propiedad de la adjudicataria sino que se disponga de ellos, cuestión diferente pues la disponibilidad puede ser a títulos diferentes a los de la propiedad, como el arrendamiento. Lo mismo cabe indicar en lo que respecta a los medios humanos. El apartado H del cuadro de características lo que exige es que, de resultar adjudicataria, se tenga disponibilidad de los ofertados y, en este sentido, figuran los compromisos de los profesionales propuestos de ponerse a disposición de ALICE.



SÉPTIMO: El recurrente disiente de la valoración que se le ha otorgado en los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor pero antes de entrar en el análisis de las razones invocadas se precisa reiterar la doctrina de este OARC/KEAO plasmada en varias de sus resoluciones (por todas, la Resolución 86/2015), en relación a la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes técnicos:

«(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Delimitado el alcance y contenido que el control de este Órgano puede ejercer, este OARC/KEAO considera que el recurso no puede ser estimado en lo que a este motivo se refiere, por las siguientes razones:

a) El recurso califica como errores del evaluador lo que en realidad ha sido un error de la propia oferta del recurrente que en el criterio referente a «servicio de DSNNG por un importe menor a 450 euros para el servicio de directos de 10 minutos de duración» manifiesta que «se recogió por error que sería de 450 €, cuando lo que se deseó decir era que el precio sería inferior a 450 €» y lo que pretende el recurrente



es efectuar en fase de recurso una nueva oferta en lo que a este precio se refiere, lo cual debe ser inadmitido de plano.

b) El resto de cuestiones alegadas en el recurso son discrepancias con la valoración que ha realizado el evaluador, pretendiendo sustituir ésta por la valoración del recurrente.

c) No se observa arbitrariedad en el actuar del poder adjudicador pues consta una argumentación suficientemente explicativa de las puntuaciones atribuidas a cada oferta y por cada criterio de adjudicación, no se ha probado la emisión de un juicio sobre una base fáctica manifiestamente errónea y no se observa quiebra del principio de igualdad.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso en materia de contratación interpuesto por BG TELEVISIÓN EURL, contra la adjudicación del contrato de “Servicio de producción audiovisual de noticias para televisión con base en Paris”, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U., cuya adjudicación ha sido objeto de recurso.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko abenduaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de diciembre de 2015