



EB 2020/186

Resolución 035/2021, de 3 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SORMEN KOMUNIKAZIOA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio del gabinete de comunicación”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de diciembre de 2020, la empresa SORMEN KOMUNIKAZIOA, S.L. (en adelante, SORMEN) interpuso en el registro del poder adjudicador un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “Servicio de atención socioeducativa y psicosocial de menores en situación de riesgo”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y el informe al 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 transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (en adelante, LCSP), se remitieron a este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 29 de diciembre de 2020.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 5 de enero de 2021, se han recibido las alegaciones de la empresa COMUNICA MEDIATRADER, S.L. (en adelante, COMUNICA) el día 12 del mismo mes.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T2MJB-M4V0 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T2MJB-M4V0 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de I.T.G., que actúan en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Sopela tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Sobre el incumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal y la admisión del recurso

Alega la adjudicataria impugnada, COMUNICA, que el recurso especial debe ser inadmitido porque se basa en datos obtenidos con infracción de la normativa sobre protección de datos de carácter especial. Se refiere a que la recurrente ha obtenido una copia de toda la memoria técnica de la adjudicataria (facilitada por el Decreto de Alcaldía número 1317/2019, de 3 de julio, de la Junta de Gobierno Local), la cual contiene los datos identificativos de las personas a adscribir a la ejecución del contrato junto a su curriculum. Esta alegación debe ser desestimada, ya que, con independencia de la posible infracción en materia de datos en la que se haya podido incurrir en la tramitación del procedimiento de contratación, la cual puede ser denunciada, en su caso, ante la Agencia Vasca de Protección de Datos, lo cierto es que la alegada por COMUNICA no figura entre las causas tasadas de inadmisión del recurso especial que se relacionan en el artículo 55 de la LCSP. Consecuentemente, se debe entrar a analizar el fondo del recurso.

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

Los argumentos de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

a) La memoria técnica de la adjudicataria es más extensa de las 25 hojas permitidas en las bases de la licitación, por lo que los curriculum de las dos personas referidas en los folios 26 y 27 no pueden tenerse en cuenta. Consecuentemente, procede la exclusión de COMUNICA porque el personal a adscribir a la ejecución del contrato, así como la persona designada como representante o coordinadora, incumplen dos de los tres requisitos mínimos exigidos. En concreto, (i) carecen de los conocimientos de euskera requeridos y (ii) carecen de la experiencia mínima requerida.



b) La memoria técnica de COMUNICA no especifica los medios materiales, por lo que se solicita la asignación de la mitad de los puntos en este apartado. Así, la suma total de su valoración ascendería a 24 puntos y, consiguientemente, debería de haber sido excluida de la licitación por no alcanzar el umbral mínimo exigido en los pliegos para continuar en el procedimiento.

c) Finalmente, la pretensión del recurso consiste en la anulación de la adjudicación del contrato excluyendo a COMUNICA y procediendo a una nueva adjudicación a la siguiente empresa según el orden de valoración.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación de la impugnación con los argumentos que a continuación se resumen:

a) SORMEN concluye que el equipo humano descrito por COMUNICA en las páginas 23, 24 y 25 no cumple con los requisitos exigidos en el epígrafe IV del Pliego de cláusulas técnicas (en adelante, PCT). No obstante, confunde los criterios sujetos a valoración subjetiva (cláusula F de la carátula) con los requisitos relativos al personal a adscribir a la ejecución del contrato (apartado 4 C del PCT) y, cuando menos, el momento de su exigencia y su acreditación. Sin embargo, la cláusula F de la carátula lo que señala es que se va a valorar el equipo humano, aunque parte del mismo no cumpla con los requisitos de titulación y experiencia señalados, ya que éstos deberán ser cumplidos como mínimo por una persona del equipo humano a adscribir, pero no todo el personal propuesto. Además, el equipo humano puede estar compuesto por una persona o más. En cuanto al momento de acreditación, es el propuesto como adjudicatario quien tendrá que justificar este extremo.

b) En lo concerniente a la persona propuesta como responsable del contrato, el PCT no exige que esté en posesión de EGA. No obstante, si se llegara a entender que ello es así, bastaría con que la Administración, en uso de la



potestad que le confiere la cláusula 13 del PCA, requiriera a la adjudicataria para que otorgara la condición de responsable a cualquiera de las personas propuestas que cumplen dicho requisito.

c) COMUNICA es con diferencia la entidad que menor puntuación recibe en el criterio de adjudicación de “Medios humanos y materiales”. La consecuencia de sobrepasar el número de páginas no podría ser la exclusión del procedimiento por aplicación de los principios de tipicidad y proporcionalidad, sino la del abandono de la lectura del documento una vez sobrepasada la extensión máxima fijada en los pliegos. En cualquier caso, no resulta proporcionado que la oferta de COMUNICA, valorado con 5 puntos y que propone un equipo profesional idéntico en número y similar en cualificación al de SORMEN, sea valorado con 0 puntos en este criterio cuando SORMEN ha obtenido 9 puntos por haber sido leída íntegramente su oferta.

NOVENO: Alegaciones del COMUNICA

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por las siguientes alegaciones:

a) SORMEN ha gozado de datos confidenciales que, por aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en ningún caso se le deberían haber facilitado. Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado al estar viciado desde su raíz, por sustentarse en información facilitada ilegítimamente.

b) La propuesta técnica de COMUNICA no supera las 25 páginas, ya que las dos primeras páginas son una portada y un índice y, adicionalmente, el documento cuenta con siete páginas con imágenes / fotografías a página completa.



c) Al margen de la información consignada en la oferta técnica, COMUNICA, a requerimiento del órgano de contratación, presentó un escrito con fecha 27 de noviembre de 2020 en el que se definen y acreditan las titulaciones y experiencia exigidas.

d) Los medios técnicos y materiales que se dice que no se ofertan se mencionan a lo largo de la oferta técnica (plataformas de escucha activa, analítica y herramientas informáticas de seguimiento de la huella digital, documentos de comunicación).

e) Solicita los siguientes medios de prueba: documental consistente en la acreditación de la notificación de la adjudicación y los documentos obrantes en el expediente.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones de este Órgano deben partir de la información contenida en los pliegos del contrato y relevante para el análisis del recurso. Dicho contenido es el siguiente:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

F. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

2. CRITERIOS SUBJETIVOS

MEMORIA O PROYECTO DESCRIPTIVO DE LOS SERVICIOS..... Hasta 45 puntos

Dentro de dicho proyecto se valorarán los siguientes aspectos:

(...)

- **B) Medios humanos y materiales propuestos (hasta 10 puntos):** cumpliendo con los requisitos mínimos que en relación a la titulación y experiencia, así como de los medios materiales necesarios, recoge el pliego técnico, se valorará la propuesta realizada.

(...)

Los licitadores deberán presentar la propuesta técnica a valorar con información esquemática explicativa de los seis aspectos a valorar (A, B, C, D, E y F). La propuesta técnica constará de un documento de máximo 25 páginas numeradas, incluyendo anexos. El incumplimiento de este



requisito de extensión máxima de la propuesta técnica, dará lugar a que se abandone la lectura más allá del límite señalado (vigésimosexta página), no puntuándose lo que se encuentre más allá.

Las empresas licitadoras habrán de obtener un mínimo de 25 puntos (de un total de 45) en la valoración de su memoria técnica, quedando en caso contrario excluidas del proceso licitador.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

11.- PROPOSICIONES, DOCUMENTACION Y PLAZO DE PRESENTACION

(...)

11.4.- Documentación exigida.

(...)

ARCHIVO C : CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR

El archivo C contendrá la Memoria o proyecto descriptivo de los servicios con los apartados y contenido concreto que se señala en el apartado “F” de la carátula de este pliego

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE GABINETE DE COMUNICACIÓN

(...)

4.- RECURSOS HUMANOS

La entidad adjudicataria deberá disponer de los medios humanos y materiales necesarios para ejecutar todas las funciones especificadas en el apartado anterior. La/s persona/s adscrita/s a la ejecución del contrato deberá/n tener el siguiente perfil profesional:

- Grado en Periodismo, en Comunicación Audiovisual, o equivalente.
- Título C1 en euskera, EGA o equivalente.
- Experiencia mínima de dos años realizando funciones similares en otra entidad pública.

Así mismo, la entidad adjudicataria designará para la ejecución del contrato a una persona responsable del servicio –que podrá ser a la vez una de las personas designadas para ejecutar las funciones del contrato-, que además de responsabilizarse de la correcta ejecución de las funciones detalladas en el epígrafe segundo, se encargará de la coordinación con el Ayuntamiento. Los requisitos de titulación y experiencia son los mismos que los requeridos para desarrollar las funciones del epígrafe segundo. Esta persona responsable podrá ser contactada de forma permanente a través de teléfono móvil en caso de que se recabe ayuda para ejecutar la función denominada “apoyo en comunicación de crisis”.

La pretensión de la recurrente es la de la exclusión de la adjudicataria por entender que en el personal a adscribir a la ejecución del contrato incumple los requerimientos mínimos exigidos en el PCT y, subsidiariamente, que se



modifique a la baja la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor por hacerse un uso indebido de la discrecionalidad técnica. A continuación, se exponen las consideraciones del OARC/KEAO al respecto:

a) Sobre la petición de exclusión de la adjudicataria

Se solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por la ausencia en su oferta de mención a los medios materiales de los que dispone y porque el curriculum de las dos personas a adscribir a la ejecución del contrato incumple con los requisitos exigidos en el PCT. Esta petición de la recurrente se basa en (i) una mención que se efectúa en el informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor de que la adjudicataria no ha especificado los medios materiales con los que va a realizar la prestación y (ii) en que la Mesa de contratación, en cumplimiento de lo previsto en el apartado F.2 de la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), abandonó la lectura de la oferta contenida en la Memoria técnica en la página 25, por lo que el contenido valorado de la oferta contiene personal a adscribir a la ejecución del contrato que no cumple con los requisitos exigidos en el PCT.

Este motivo impugnatorio ha de ser desestimado. La recurrente confunde la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación especificados en el PCAP, que tiene por objeto identificar a la oferta económicamente más ventajosa, con las obligaciones que son propias del adjudicatario, que se verificarán en la fase de ejecución del contrato, una vez éste haya sido adjudicado y formalizado. Por un lado, la cláusula 4 del PCT dispone claramente que será la entidad adjudicataria quien deba disponer de los medios materiales y humanos con los requerimientos especificados en el PCT y, por otro, las bases del contrato no piden, bajo pena de exclusión, que el licitador especifique en su oferta los medios materiales o humanos con los que va a ejecutar el trabajo, por lo que su omisión o falta de concreción únicamente puede conllevar la no valoración de la oferta en el criterio de adjudicación debatido (“Medios materiales y humanos propuestos”). A este respecto, es doctrina reiterada de este OARC / KEAO



que, dado que la presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos y el compromiso de cumplirlos si se obtiene la adjudicación (artículo 139.1 de la LCSP), no es necesario que los licitadores acrediten exhaustivamente el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas, por lo que dicha falta de acreditación no puede implicar la exclusión de la proposición, salvo que ésta incluya contenidos frontalmente contradictorios con las obligaciones señaladas en la documentación contractual, o que los pliegos exijan una justificación expresa de la solución técnica propuesta para materializar el citado cumplimiento (ver, por todas, su Resolución 177/2020), no hallándonos en este procedimiento ante ninguno de estos dos supuestos.

Finalmente, señalar que, según lo dispuesto en el apartado F.2 de la carátula del PCAP, la consecuencia de la no lectura de la parte de la oferta en lo que exceda de la extensión máxima establecida es la no valoración de dicha parte no leída, no la de la exclusión de la oferta. Consecuentemente, la oferta de la licitadora no puede ser excluida por deficiencias en la información facilitada que afectan única y exclusivamente a su valoración.

b) Sobre el ejercicio de la discrecionalidad en la valoración de los criterios de adjudicación

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para



hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad en el criterio de adjudicación “Medios humanos y materiales”. Frente a ello, no se ha acreditado que la valoración se haya producido en perjuicio de la igualdad de trato ni que la evaluación no haya respetado el contenido de los criterios de adjudicación previamente fijados, lo cual conduce a la desestimación de este motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:

- 1) La oferta de medios humanos que efectúa COMUNICA, contenida en la página 23 del documento “Memoria técnica”, consiste en asignar a la ejecución del contrato cuatro perfiles de puestos de trabajo (un perfil director de cuenta y estrategia, un perfil de ejecutivo de cuentas, un perfil de community manager y un director de arte y diseñador) con la correspondiente descripción de funciones encomendadas a cada uno de ellos y, conforme consta en el informe de valoración (página 11), es esta propuesta la que se valora. El fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación exige que se valore la propuesta, no los concretos medios humanos a asignar al contrato, por lo que a juicio de este OARC / KEAO, carece de importancia que los curriculums de las personas que figuran en las páginas 24 y 25 de la oferta no especifiquen su nivel de euskera, ya que, en todo caso, la oferta sí acredita el cumplimiento dicho requisito (en los dos últimos curriculum que figuran en las páginas 26 y 27 de la “Memoria técnica” que no son valorados).
- 2) La alegación de que se debe minorar la valoración de la oferta de COMUNICA porque no especifica en su oferta los medios materiales con



los que ejecutará el contrato debe ser desestimada, pues el evaluador ha tenido en cuenta esta circunstancia en la valoración global otorgada a la empresa, tal y como se desprende de la motivación del criterio de adjudicación “Medios humanos y materiales”, de lo que se desprende que no existe un error en la valoración de la oferta y no se observa, ni se alega, infracción de algún otro límite de la potestad discrecional que le asiste al poder adjudicador.

- 3) Finalmente, procede señalar que la designación de la persona representante o coordinadora de la empresa con el Ayuntamiento la debe realizar la adjudicataria del contrato, no la licitadora (cláusula 4 del PCT), por lo que la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos a esta persona por el PCT se efectuará en la fase de ejecución del contrato (ver, en este sentido la Resolución 107/2020 del OARC / KEAO).

c) Sobre la prueba solicitada

La recurrente solicita, como medio de prueba, que se remitan a este OARC / KEAO el justificante de la práctica de la notificación de la adjudicación, así como el expediente de contratación. A este respecto, cabe indicar a la recurrente que es la propia LCSP (artículos 44 y siguientes) y el procedimiento de recurso especial desarrollado en la misma la que impone dicha obligación al poder adjudicador que, como no podía ser de otra forma, ha sido debidamente satisfecha.

d) Conclusión

A la vista de las razones expuestas, el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma



de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por SORMEN KOMUNIKAZIOA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio del gabinete de comunicación”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko martxoaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de marzo de 2021