Recurso 397/2024
Resolución 444/2024
Sección tercera.

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

Sevilla, 18 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDIAPLUS EQUMEDIA, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 11 de septiembre de 2024 del contrato denominado "Creatividad, planificación y ejecución de una campaña de publicidad internacional en el ecosistema Amazon 2024" Expediente C101-13MR-0624-0055), convocado por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A., ente a su vez adscrito a la Consejería de Turismo y Andalucía Exterior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de julio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y un día antes en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 661.157,03 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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.

Manifiesta la entidad recurrente que conoce la publicación de la resolución de adjudicación desde el día 15 de septiembre, y que se le notificó la puntuación recibida y su justificación el día anterior.

SEGUNDO. El 1 de octubre de 2024, la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del órgano de contratación. (En adelante también MPE).

El mencionado escrito de recurso fue remitido el día 2 de octubre de 2024 por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su

tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano. Fue necesario reiterar la petición ante el incumplimiento de remitir la documentación en el plazo de 2 días. La documentación llegó al Tribunal el día 7 de octubre de 2024.

Hubo que esperar hasta ese momento para que la Secretaría del Tribunal pudiera conceder el plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose presentado alegaciones de la entidad adjudicataria.

TERCERO. Respecto del expediente remitido al Tribunal, se traslada de forma sesgada, pues no constan ni siquiera las notificaciones practicadas a los interesados del acto recurrido, a fin de computar el plazo de interposición del recurso. El índice no está siquiera numerado, ni ordenado en la forma que ha prescrito el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, conforme la interpretación de la Sala tercera del Tribunal Supremo realizada en la Sentencia de 14 de diciembre de 2021 (rec. 112/2020), la cual expone:

"El artículo 70 de la Ley 39/2015, nos dice lo que se entiende por expediente administrativo, esto es un conjunto ordenado de documentos que sirven de antecedente a la resolución Administrativa o en el caso de impugnación de disposiciones generales los antecedentes de aquellas. El mismo precepto nos indica en su apartado segundo que tendrá formato electrónico con un índice de todos los documentos en línea con las previsiones de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 32. Añade que, cuando en virtud de una norma- en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa concierne el artículo 48 de la LJCA -, sea preciso remitir el expediente electrónico se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y acompañado de un índice que garantiza su integridad e inmutabilidad. El artículo 48 de la LJCA en su apartado cuarto exige también un índice, lo que resulta razonable a la hora de permitir una consulta ordenada de toda la documentación obrante. Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas

En lugar del modo presentación, que facilita la consulta por razón de la digitalización efectuada al transformar la información original en papel en información digital con su adecuada clasificación que comporte una búsqueda ágil para su recuperación, se ha confeccionado con el modo amontonamiento, es decir un simple escaneado de las hojas de papel del expediente administrativo original. Se impide así la búsqueda ágil que es el objetivo último de la Administración digital, obligando, en cambio, a visualizar todas y cada una de las hojas en la pantalla del ordenador cada vez que se consulta un documento".

El poder adjudicador además de remitir el expediente sesgado, lo remite a través de ese amontonamiento de hojas, sin orden ninguno intuitivo, lo que dista de la forma legal preceptiva, lo cual supone una infracción procedimental.

Si bien el expediente, el informe al recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución ha sido remitido por el órgano de contratación en plazo, no ha sido necesario tener en cuenta la ulterior tramitación del recurso dado el contenido del recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Dado que existe una distancia en la puntuación final con la entidad adjudicataria de 15 puntos, y dado el motivo del recurso, la puesta en duda de la discrecionalidad del órgano de contratación en su informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, habiendo obtenido 29 puntos de un total de 50, hace posible que pudiera haber sido adjudicatario de prosperar el recurso. Por ello, debe considerarse que ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por "FEDER" con una tasa de cofinanciación del 85 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 58.2 del Real Decreto- ley 36/2020, y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *"se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos"*.

QUINTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el plazo de interposición, a pesar de ser un contrato con una tasa de financiación del 85 % de fondos FEDER, será de 15 días, también desde la adjudicación.

Es decir, ni el anuncio de licitación ni el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su cláusula 3, hacen alusión a que de conformidad con la previsión legal de que estos expedientes tengan una tramitación más ágil, el poder adjudicador olvida de fijar el plazo de 10 días naturales. Tampoco se ha podido constatar qué notificación se le ha realizado porque el expediente se ha remitido sin estas notificaciones.

De conformidad con lo establecido en el RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, y tratándose de un expediente financiado con fondos europeos, el plazo de interposición del recurso será de diez días naturales contra el acto de adjudicación, de tal modo que se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la LCSP. En este sentido, señala el precepto que el órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la LCSP y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática. Este Tribunal no ha podido pronunciarse antes dada la falta de remisión del expediente. Asimismo, conforme al Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, la resolución del recurso por parte del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía gozará de preferencia en todo caso.

En este sentido, el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020 citado establece: "*En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:*

a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, de la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.".
(el subrayado es nuestro).

No obstante, el órgano de contratación ha prescindido de hacer referencia a dicho plazo, y además ha recogido expresamente el plazo general de 15 días hábiles del artículo 50 de la LCSP. En este sentido, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.».

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida, la adjudicación no daba pie de recurso en la resolución y desconocemos si en la notificación, dado que no se ha remitido. Como se ha dicho, tampoco aparece la publicación del anuncio de adjudicación ni en el PCAP. Es decir, sin indicación de si la resolución pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos.

Se han omitido alguno de los requisitos exigibles legalmente en las resoluciones dictadas en el seno del procedimiento en cuestión. En relación con la adjudicación, destaca, la ausencia de la expresión del régimen de los recursos aplicables. Dado que las resoluciones surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido y alcance de la resolución, o al interponer el recurso, a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar en plazo será suficiente que al menos contenga el texto íntegro de la resolución, siendo por tanto válidas. Por tanto, al haberse prescindido del pie de recurso en la

resolución recurrida, estamos ante un acto no viciado de anulabilidad, en tanto en cuanto, el acto no carece de uno de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni da lugar a la indefensión de los interesados (art. 48.2 Ley 39/2015).

El artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento), que establece que «*Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...).*

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso».

Las referencias anteriores al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual *«Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».*

Asimismo, el apartado tercero del citado artículo 40 de la Ley 39/2015, en consonancia con el mencionado artículo 19.5 del Reglamento, dispone que «*Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.».*

En definitiva, en el supuesto examinado, la comunicación de la adjudicación a la ahora recurrente contraviene el citado artículo 40.2 de la Ley 39/2015, toda vez que no se le indica que las mismas ponen fin a la vía administrativa, la expresión del recurso que procede en vía judicial, el carácter potestativo del recurso especial y el órgano ante el cual cabe presentarlo. Así las cosas, ha de considerarse como *"dies a quo"* en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que la persona interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, circunstancia que según consta en el expediente, se produce en el momento de la interposición del recurso especial que se analiza, esto es, el 1 de octubre de 2024.

A mayor abundamiento, el contenido del acuerdo de adjudicación prescinde de esta información, por lo que teniendo fecha de 11 de septiembre y habiéndose interpuesto el día 1 de octubre de 2024, se encuentra dentro del plazo legal de 15 días hábiles, establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP. Es decir, en cualquier caso estaría en plazo aunque se computara desde el 11 de septiembre.

SEXTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente alega que el órgano de contratación ha superado el límite de la discrecionalidad técnica, incurriendo en arbitrariedad, a la hora de la valoración de las ofertas, en relación con los criterios de adjudicación mediante juicio de valor.

Señala que reconoce que "(…) *la Administración goza de cierta discrecionalidad a la hora de hacer una valoración técnica de una oferta en un concurso y que no es posible para un licitador el imponer sus criterios al órgano de contratación*". Pero también expresa que los criterios "*no son arbitrarios y que no cabe una libre adjudicación de puntuaciones no sometidas a las reglas de la sana crítica y lógica".*

Literalmente, expresa que ambas empresas, la recurrente y la adjudicataria, coincidían en:

"*1. Análisis detallados de los mercados.*
2. Mezcla de fuentes.
3. Selección de plataformas.
4. Planificación detallada.
5. KPI's.".

Señala que, en cuanto a las diferencias del primer criterio, el análisis de mercado que Rebold, la adjudicataria, si bien aporta análisis de mercados internacionales y herramienta propia de repartos, respecto de la entidad recurrente *"se destaca la existencia de propuestas concretas de publicidad basadas en el modelo Andalucía Crush".* Explica al respecto que el único punto negativo de su oferta sería *"la falta de mercados internacionales adicionales, aunque se reconoce la correcta elección de los mercados que sí se proponían*". Indica que "*de su propio texto se desprende que ambas partes han llevado a cabo un análisis muy detallado y correcto, teniendo Rebold una ventaja en cuanto a los mercados internacionales adicionales y MPE en cuanto al uso de ejemplos concretos de publicidad basadas justamente en el modelo publicitario a promocionar".*

Añade que es *"totalmente incongruente"* que, "*señalando el propio órgano de contratación que AMBAS propuestas son esencialmente muy buenas, que a una se le concedan 50 puntos y a la otra, sólo 40, es decir, una diferencia porcentualmente muy importante que no se sustenta en las valoraciones presentadas por la propia administración. Se podría aceptar que la valoración difiriese en un punto o dos como máximo, dada la similitud en la valoración, pero nunca en un 20% de diferencia. Por ello esta valoración resulta totalmente desproporcionada y contraria a las normas de la lógica, incluso aceptando las valoraciones y análisis de las propuestas".*

En cuanto al segundo criterio, referente al equipo de trabajo, señala que *"la valoración que de ambas ofertas hace el órgano de contratación es literalmente la misma para ambas empresas. Equipos con personas capacitadas y de probada experiencia. El único punto negativo es también común a ambas empresas, en concreto el reparto porcentual del proyecto por persona"*. Explica que la valoración es exactamente la misma para ambos equipos, una vez más la diferencia en la puntuación es muy relevante siendo de 13 puntos para Rebold y 10 para la entidad recurrente, se expresan 3 puntos que vuelven a constituir más de un 20% de diferencia.

En cuanto al tercer criterio, relativo a las herramientas, las dos entidades basan su propuesta en "Amazon Marketing Cloud". Explica la entidad recurrente que no se ha valorado que la entidad recurrente haya propuesto un cuadro de mandos personalizado ad hoc para la Junta de Andalucía, pero se valora a la entidad adjudicataria por el "*uso de herramientas ajenas al entorno Amazon para monitorizar la campaña y los KPI's".*

Expresa que "*la propuesta de uso de herramientas ajenas al entorno Amazon es muy problemática, porque estas herramientas NO SON COMPATIBLES con Amazon y por tanto no sirven para monitorizar la campaña y mucho*

menos para los KPI's". Añade que *"(…) Amazon es un entorno cerrado que, si bien recientemente admite la medición de terceros, en nuestra experiencia las discrepancias son mínimas, por lo que incurrirlos supone un esfuerzo económico adicional para el cliente y/o la agencia que no se justifica en entornos cerrados, puesto que Amazon ya ofrece un reporte de medición completo y fiable".* Por todo ello señala que "*la diferencia de puntos (15 a 10, es decir, más de un 30%) en el presente caso es aún menos válida que en los dos casos anteriores porque se está valorizando una propuesta que carece de efectos prácticos".*

En conclusión, plantea que tendría "*lógica otorgar uno o dos puntos más a Rebold en los distintos apartados, pero nunca la diferencia tan sustancial ante valoraciones sustancialmente idénticas. La puntuación de Rebold, (…) que podemos aceptar a efectos dialécticos, resultan totalmente desproporcionadas en relación con las valoraciones de nuestra empresa"*. Expresa finalmente que *"(…) la adjudicación debió llevarse a cabo en favor de Mediaplus Equmedia".*

2. Alegaciones del órgano de contratación

Realiza las siguientes alegaciones con relación a los distintos fundamentos del recurso especial presentado. En primer lugar, justifica que, en cuanto al análisis de mercados internacionales y herramienta propia de repartos, interpreta que el informe del órgano de contratación sobre la valoración de los juicios de valor sobre los criterios de adjudicación no es cierto que "ambas empresas coinciden literalmente". Estima que "*se hacen varias menciones en el informe técnico a que la oferta de Rebold, tiene un análisis más detallado y correcto, además de describir mayor nivel de detalle. También se destaca la inclusión de mercados europeos, valorando positivamente la propuesta por esta inclusión. En el caso de Amazing, se destaca la falta de una explicación de la propuesta realizada, de forma que le dé coherencia a la oferta y que permita a la comisión técnica una evaluación más global"*.

En cuanto a la elección de los mercados reconoce que la elección de mercados "*es coherente con el análisis realizado, la coherencia no significa corrección*". Expresa que "*en el caso del análisis de la propuesta de Rebold, sí que se destaca lo positividad de incluir mercados europeos, estando esta elección mucho más alineada con las estrategias de promoción turística de Andalucía de los últimos 10 años. En el caso de la oferta de Amazing, se puede observar que la no justificación de la elección de los mercados queda reflejada en una menor valoración".*

Respecto a que la entidad recurrente manifiesta que "*la ausencia de análisis de mercados internacionales adicionales se señala que la elección de mercados de todas formas es correcta*", alega el órgano de contratación que "*no es cierto, no se hace mención a la corrección de la elección de los mercados, solo se menciona la coherencia de la elección con lo manifestado en su oferta. En el caso de la oferta de Rebold, sí que se manifiesta la coherencia y la corrección de la elección. Para el caso de Amazing, en la misma línea, no se hace referencia a la corrección de la elección".*

En cuanto a si "*el aspecto negativo/positivo de los mercados se compensa o no con la existencia de propuestas concretas de publicidad, lo que acredita una campaña ya pensada y lista para activarse*", expresa al respecto el informe al recurso especial que el informe del órgano de contratación diría que "*es cierto que se destaca en el informe técnico, en la propuesta de MPE, lo correcto de la inclusión de ejemplos concretos para algunas de las plataformas seleccionadas, pero se destaca más la propuesta de Rebold, ya que en su caso se menciona como muy acertada, destacando como valor diferencial las distintas dinámicas propuestas para cada una de las plataformas de Amazon. Por otro lado, se puede ver en la propuesta de Amazing, cómo se destaca en el informe técnico, la falta de detalle y la falta de componentes offline, implicando esto una menor puntuación*".

Añade que nunca el informe técnico expresa o hace referencia a que "*ambas propuestas son "muy buenas". En el informe no se comparan dos ofertas de las tres presentadas, ya que eso no sería objetivo. Lo que se describe en el informe técnico es, como se ha señalado en cada uno de los puntos anteriores, si aplica, la falta o no de detalle en las explicaciones de lo ofertado, la coherencia de su planteamiento (que no siempre implica alineación con los objetivos de marketing de la EPGTDA), y donde aplica, que estas elecciones sí que se han considerado correctas o acertadas dependiendo del grado de positividad*".

En cuanto al equipo de trabajo y respecto a la valoración que hace la entidad recurrente del equipo de trabajo de que "*la valoración que de ambas ofertas hace el órgano de contratación es literalmente la misma para ambas empresas*", expresa el órgano de contratación que en ningún punto del informe se refleja que la valoración es la misma. No obstante, expresa que *"es cierto que se menciona que el equipo es adecuado, para el caso de Rebold se destaca que es muy numeroso, que distingue entre equipo directo y de apoyo, y la sobrada capacitación del equipo"*. Reconoce que *"es cierto que la valoración negativa para el caso de MPE y Rebold es la misma"*. En cuanto a la diferencia de puntos, indica que "*si bien la valoración negativa para el caso de MPE y Rebold es la misma, no siendo el caso de Amazing, los puntos positivos no, como se ha mencionado anteriormente, y por tanto la valoración global de las 3 empresas es distinta para cada una".*

En cuanto a las herramientas de innovación y control, respecto de la afirmación realizada por la entidad recurrente de que "*ambas empresas basan su propuesta en Amazon Marketing Cloud, lo que el órgano de contratación entiende correcto".*

Si bien es cierto que las tres empresas basan su propuesta en la plataforma de Amazon Marketing Cloud, expresa el órgano de contratación en su informe que en el informe técnico se detalla que, "*en el caso de MPE, se detalla como un valor negativo la NO inclusión de plataformas de terceros para la medición de la campaña, lo que permitiría una mayor objetividad a la hora de obtener los KPI's. En el caso de Rebold, sí que se destaca, como punto positivo la incluso de herramientas de terceros".*

Indica que la propuesta de la entidad adjudicadora "*aporta un plus frente a las otras dos ofertas, a saber, herramientas de terceros, de cara a la objetividad de las medidas*".

Por otra parte, en cuanto a la alegación de la entidad recurrente de que no se haya valorado "*que se haya propuesto un cuadro de mandos personalizado ad hoc para la Junta de Andalucía"*, indica que no es cierto, pues esta propuesta se destaca en el informe técnico.

En cuanto al uso de herramientas ajenas al entorno Amazon para monitorizar la campaña y los KPI's, expresa que "*garantiza una mayor objetividad en las medidas*".

A continuación, hace referencia a licitaciones que habrían sido anteriores en el tiempo cuando dice: *"(…) en la totalidad de las licitaciones de la EPGTDA de campañas de publicidad de los últimos años, siempre hay un punto que hace referencia al uso de AdServer de terceros para la medición y la inclusión de un pixel de seguimiento provisto por la EPGTDA para garantizar la objetividad de las medidas. Es por ello que la inclusión de herramientas de terceros, se haya valorado de forma positiva".*

En cuanto al uso de herramientas ajenas al entorno Amazon, y en cuanto a la afirmación realizada por la entidad recurrente de que no son compatibles, y que no sirven para monitorizar la campaña, el informe del órgano de contratación señala que:

"Si bien existen tres entornos de marketing digital predominantes, a saber, Google, Meta y Amazon, y es cierto que tanto la Unión Europea como EEUU, está legislando para que haya compatibilidad entre ellas a la hora de la trasmisión de audiencias, no hay ningún tipo problemas a la hora de usar herramientas de terceros para el traqueo de campañas. Como se ha mencionado anteriormente, en los últimos años todas las licitaciones de la EPGTDA llevan la inclusión de herramientas de terceros para el seguimiento de la campaña y nunca ha habido ningún problema. Es más, si esto fuera así, las agencias de medios no podrían lanzar campañas coordinadas, por ejemplo, basadas en conseguir objetivos de impactos, en las distintas plataformas digitales.

Pero independientemente de todo esto, la afirmación que las herramientas propuestas por la empresa Rebold no son compatibles con la plataforma Amazon Marketing Cloud, parece muy arriesgada".

Concluye finalmente afirmando que "*la diferencia en la puntuación otorgada a las propuestas se justifica por las variaciones en la calidad y detalle de las ofertas presentadas, así como por la alineación de estas con los objetivos de la EPGTDA. La evaluación técnica ha* sido *realizada de manera objetiva, basándose en criterios establecidos y en el análisis exhaustivo de las propuestas"*.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Respecto del primer criterio de valoración, relativo al planteamiento estratégico y metodología, expresa que "*el informe de valoración define la propuesta presentada por la recurrente como "bastante detallado", y la de Rebold como "muy, muy detallado", puesto que ésta analiza los volúmenes de las audiencias de los cinco mercados europeos más importantes, su potencial a nivel de visitantes y el volumen general de cada uno".*

Estima que ello justificaría, o *"demuestra una clara diferencia a favor de la propuesta"* suya. Asimismo, respecto de la mezcla de fuentes, la selección de plataformas. Afirma que las consideraciones son más positivas, cuando el informe de valoración señala la selección de la recurrente como *"correcta"* y la suya como "*muy acertada (…), además de proponer dinámicas distintas para realizar acciones en las plataformas*". Lo mismo respecto de la *"planificación detallada"*.

Admite que "*ambas propuestas están bastante igualadas en este punto, pero únicamente en este punto*". A continuación, destaca *"el detalle del análisis de KPIs y resultados previstos"*, porque se afirma que se valora que la suya está "*cohesionada*". Afirma, sin añadir, ni justificar, que "*el hecho de que las dos valoraciones sean buenas no impide que una de ellas sea excelente (en este caso la de Rebold) y la otra simplemente positiva".* Se centra posteriormente en detalles del pliego de prescripciones técnicas que no son mencionados por el informe de valoración, en los que cree que puede descansar la valoración que ha realizado el órgano de contratación, respecto de los mercados internacionales y su valoración.

En cuanto al segundo criterio de valoración, el equipo de trabajo no está de acuerdo con que la valoración de ambas ofertas sea *"literalmente la misma para ambas empresas"*, como expresa la entidad recurrente, pues respecto de la entidad recurrente indica que la cantidad de personas del equipo de trabajo es "*adecuada*", mientras que, la suya es "*muy numeroso, distinguiendo entre un equipo directo y un equipo de apoyo*." Sobre la experiencia, las define como "*muy detallada*" y "*muy adecuada*", pero en el caso de su oferta añade que todos *"están sobradamente capacitados"*.

Estima que la diferencia entre los equipos presentados es sustancial, tanto en el número de personas propuestas, capacitación y en la inclusión de un equipo de apoyo por parte de su oferta.

En cuanto al tercer criterio de valoración: herramientas de innovación y control, admite que ambas empresas basan su propuesta en Amazon Marketing Cloud. Por otro lado, en cuanto al cuadro de mandos personalizado ad hoc para la Junta de Andalucía, estima que su oferta "*también propone la creación de un dashboard personalizado, realizado con la herramienta "ISPD Cockpit", que permite el seguimiento y los reportes de la campaña tal y como se solicita en el pliego*".

Además, señala que su oferta "*propone utilizar una tecnología de integración de datos ETL (Extract, Transform, Load) para extraer directamente los datos brutos de Amazon y disponer de la capacidad de tratarlos de forma personalizada (segmentaciones) y construir un cuadro de mando a medida y propone para ello el uso de la tecnología Adverity, independiente de Amazon, pero 100% compatible con dicha tecnología*". Afirma que "*Adverity es partner de Amazon",* por lo que estima aclarada "*la compatibilidad de Adverity con Amazon*" (…). Concluye expresando que el *"uso de tecnología de terceros, compatible con la tecnología Amazon otorga, una vez más, una clara ventaja"* a su oferta.

Termina invocando doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración.

SÉPTIMO. – Consideraciones del Tribunal.

1. El motivo de la impugnación, supone la existencia de arbitrariedad, o falta de discrecionalidad técnica, (por lo difuso de la argumentación dada por el órgano de contratación), afectando la presente controversia a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor donde la asignación de puntos no es automática, sino que obedece a una apreciación técnica discrecional de quien valora la proposición que, conforme a reiterada jurisprudencia y doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, está amparada, por el principio de discrecionalidad técnica; principio que parte de una presunción de certeza y razonabilidad en el juicio técnico del órgano evaluador, basada en la especialización e imparcialidad de este último, que solo queda desvirtuada si se acredita arbitrariedad, desviación de poder, falta de motivación o error manifiesto en la emisión de ese juicio de valor y sin que la apreciación subjetiva de quien lo impugna pueda prevalecer como juicio técnico paralelo, a no ser que se hayan superado -y así se acredite- los límites de la discrecionalidad técnica en los términos que antes se han expuesto (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo).

Los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y aceptados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas. En una impugnación como la presente debe tenerse en cuenta que el motivo de impugnación que se esgrime frente a la adjudicación no suponga, en puridad, una impugnación indirecta del contenido del pliego, pues es abundante la doctrina que sobre esta cuestión tiene ya consolidada este Tribunal (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas). Conforme a la misma, la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "*pacta sunt servanda*" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de los mismos.

La única excepción a esta regla de impugnación indirecta de los pliegos es que el vicio o irregularidad que afecte a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación, normalmente en la fase de valoración de las proposiciones, cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

Estimamos, a la vista de la redacción de los pliegos, consentidos, que esta afirmación realizada por la entidad recurrente supone que para que el recurso pueda considerarse fundado y se permita a este Tribunal entrar en el fondo del asunto debe ponerse de manifiesto incoherencias en la valoración realizadas que resulten ostensibles, lo cual se analizará a continuación.

2. Se ha de poner de relieve los criterios sometidos a juicio de valor, que supone el 80 por ciento de la puntuación total. Expresa el Anexo II del PCAP:

"D.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN POR APLICACIÓN DE UN JUICIO TÉCNICO DE VALORACIÓN:
A. Planteamiento estratégico y metodología (se valorará con un máximo de 50 puntos).

Se valorará la propuesta de estrategia global, el reparto en las plataformas de Amazon, la estrategia de producto en cada una de las plataformas, la coherencia con el porcentaje de inversión por plataforma y los soportes/contenidos en las distintas plataformas, además del proceso de trabajo planteado para la optimización de las acciones en cada una de las plataformas y los posibles ajustes entre plataformas durante la ejecución de la campaña.

B. Equipo de trabajo (se valorará con un máximo de 15 puntos).

Se valorará la experiencia del equipo de trabajo en la gestión y planificación de campañas, en la analítica de datos, en el desarrollo creativo de campañas y en la adaptación de creatividades a los formatos y medios requeridos. Se valorará la experiencia del equipo de programática en el sector turístico.

C. Herramientas de Innovación y control (se valorará con un máximo de 15 puntos).

Se valorarán las siguientes herramientas:

• Herramientas/criterios/metodologías para la obtención de audiencias (Data) en la compra programática y la reutilización posterior de los datos generados.
• Plan de uso del dato tanto de la propia campaña como el uso de los datos internos de Turismo y Deporte de Andalucía, en la creación y optimización de la campaña y como establecer los flujos de entrega y captura de información (recomendaciones), así como la granularidad y frecuencia de los datos generados y entregados a Turismo y Deporte de Andalucía.
• Activación (formatos publicitarios novedosos, soportes, canales).
• Herramientas/estrategias de retargeting y optimización (incluyendo modelos de atribución).
Uso de herramientas/servicios que permitan el seguimiento de usuarios geolocalizados que han sido impactados por la campaña, seguimiento de áreas concretas para impactar y seguimiento (ferias, acciones promocionales offline, etc.) y en general servicios que permitan trazar el comportamiento y retorno de inversión.
• Herramientas de "brandsafety" y "viewability"
• Herramientas de seguimiento, monitorización y control, incluyendo cuadros de mando."

Por otro lado, pasamos a observar la fundamentación técnica realizada en el informe de valoración de las ofertas con relación a los criterios sujetos a juicio de valor por el órgano de contratación a la vista de la redacción de los pliegos, no recurridos y consentidos.

Necesariamente deben valorarse con relación a la forma en que los criterios resultan redactados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y en concreto el Anexo II D relativo a los criterios de adjudicación y

baremos de valoración con relación a los criterios evaluables mediante juicio de valor, respecto de los cuales existe una horquilla de 0 a 80 puntos. Con relación a ello, la forma de atribuir los puntos expuesta en el Anexo, pues ello va a determinar la profundidad y esfuerzo necesario de motivación que debe exigirse al informe de valoración a fin de que pueda resultarle atribuible que el juicio que se realiza sobre los criterios evaluables mediante juicio de valor es parte de un conocimiento técnico, fundado y sin una discrecionalidad ilimitada. A mayor concreción y previsibilidad de la argumentación a desarrollar tras la realización de la oferta, menor es la posibilidad de caer en la arbitrariedad, pues los fundamentos estarán dentro de los márgenes de la discrecionalidad. A menor abuso del empleo en los pliegos de conceptos jurídicos indeterminados, menor es la posibilidad de caer en dichas arbitrariedades.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06, -consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros- en la que, tras aseverar que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia, señalaba que:

1. Los potenciales licitadores deben conocer todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

2. Los potenciales licitadores deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23).

3. Por consiguiente, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego.

Lo anterior debe matizarse con la doctrina que emana de otro importante pronunciamiento del mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado TJUE en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros-, admite que solo cuando está el criterio definido y ponderado en el pliego, pueden establecerse en el mismo subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.

Así señala la citada sentencia que "*el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*
– no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
– no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;
– no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores."

Por tanto, el margen de discrecionalidad reconocido al órgano evaluador de las ofertas queda definido en atención a unos aspectos concretos sujetos a su valoración y a la puntuación prevista para cada criterio. Es decir, el órgano de contratación dispone de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios de adjudicación y para fijar su ponderación, debiendo, en todo caso, motivar su decisión, teniendo en cuenta el interés público en juego. Por tanto, la conocida como discrecionalidad técnica para elegir los criterios de adjudicación que mejor se

adapten a las necesidades a satisfacer mediante la ejecución del correspondiente contrato. Los criterios dependientes de un juicio de valor deben estar lo suficientemente definidos en los pliegos, de modo que no dejen al órgano de contratación una libertad ilimitada para la emisión del juicio de valor y, con este, una libertad excesiva de elección entre las ofertas presentadas (por todas, puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- de 4 de diciembre de 2003, asunto C 448 / 01, EVN y Wienstrom).

En el supuesto ahora analizado, lo cierto es que, si bien los pliegos han determinado ciertos hitos a ponderar en la valoración, también lo es que no se han asignado puntuaciones limitadas e individualizadas para cada uno de ellos, fijándose solo bandas de valores a aplicar globalmente a la propuesta técnica. Ello determinaba que el órgano de contratación iba a tener mayor discrecionalidad técnica a la hora de valorar las ofertas, si bien ésta debe ser aceptada con ciertos límites, de modo que deban respetarse siempre unos requisitos mínimos de motivación que permitan a los licitadores conocer qué concretos aspectos han sido ponderados para llegar a la puntuación global que se atribuya por la mesa de contratación a cada oferta.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Recurso 2504/2015), señalaba que "*la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados".* Y es que, en efecto, la motivación de los criterios subjetivos dependientes de un juicio de valor no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o del servicio técnico que le asista, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.

Ello no es más que una consecuencia de la forma en la que resulten redactados los pliegos, pues no por estar consentidos cualquier valoración puede estimarse fundada bajo el criterio de la discrecionalidad técnica.

Como decimos, observamos que en dichos anexos hay solo tres criterios para atribuir hasta 80 puntos del total:

A. Planteamiento estratégico y metodología (50 puntos).
B. Equipo de trabajo (15 puntos).
C. Herramientas de Innovación y control (15 puntos)

El primero de ellos, al que se le otorga 50 puntos no resulta definido con concreción, lo único que señala es lo que la propuesta al menos deberá abordar los siguientes aspectos:

"Se valorará la propuesta de estrategia global, el reparto en las plataformas de Amazon, la estrategia de producto en cada una de las plataformas, la coherencia con el porcentaje de inversión por plataforma y los soportes/contenidos en las distintas plataformas, además del proceso de trabajo planteado para la optimización de las acciones en cada una de las plataformas y los posibles ajustes entre plataformas durante la ejecución de la campaña.".

Deja indefinido que será "coherencia", como se conseguirá la optimización al menos indiciariamente.

El segundo de los criterios, el equipo de trabajo igualmente carece de definición, cuando expresa:

"Se valorará la experiencia del equipo de trabajo en la gestión y planificación de campañas, en la analítica de datos, en el desarrollo creativo de campañas y en la adaptación de creatividades a los formatos y medios requeridos. Se valorará la experiencia del equipo de programática en el sector turístico".

No puede deducirse con una probabilidad alta qué tipo de experiencia en programas será mejor considerada, estimado que por programas de turismo no existe un concepto unívoco, o al menos aún después del informe de valoración no se ha reflejado o defendido su obviedad.

El tercero de los criterios es el relativo a herramientas de innovación y control, si bien para dicho criterio, solo se le otorgan 15 puntos y además se han establecido hasta 6 subcriterios, que, si bien su definición no resulta del pliego, sí podría ser previsible por alguien especializado que se encuentra prestando servicios en el sector.

Partiendo de estos criterios, señalados en los pliegos, los cuáles al no haberse recurrido, se encuentran consentidos y ahora no cuestionables, ello supone que este anexo constituya la premisa sobre la que se debe determinar si el informe de valoración de las ofertas se ha excedido de los límites de la discrecionalidad técnica, cuestión denunciada por la recurrente. No obstante, y quizás lo más importante, y lo que lastra al expediente y a la motivación que realiza el órgano de contratación es que esos criterios, permiten la creación tanto de los subcriterios que se han reflejado en el informe de valoración como también de cualquier otro.

No es ni mínimamente previsible, al menos en los dos primeros criterios, la valoración que debe recibir una oferta por lo que de poco ayudan esos subcriterios reflejados ad hoc en el informe sobre las horquillas tan amplias que se han previsto para dichos dos primeros criterios evaluables mediante juicio de valor. Los subcriterios establecidos, no suponen un aspecto concreto deducible de la definición de los criterios del pliego, con lo que ha quedado en la indefinición.

Ciertamente, el pliego redactado y consentido, deja que sea el informe en su totalidad el que realice la valoración, es decir, el que deba justificar con intensidad la atribución de puntos a efectos de conocer con coherencia y congruencia la valoración que se ha realizado.

Como decíamos, la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 afirmaba que la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Señala que, por otro lado, será determinante solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados.

Insiste el Tribunal Supremo en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. Por lo tanto, confirma que son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa, además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Señala que es el control de la discrecionalidad técnica contractual, y que están en juego el principio de igualdad de oportunidad de los contratistas y la motivación de la adjudicación, así como los principios de eficiencia y eficacia, el Tribunal Supremo ha optado por una posición de equilibrio en que se reconoce la discrecionalidad técnica de la administración, pero bajo cargas de motivación, respeto a factores reglados y evitando la suplantación de criterio por los asesores externos.

Asimismo, es de reseñar la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 2013 (rec. 1649/2010) donde se afirma sobre la discrecionalidad técnica de las mesas que debe partir de la obligación de la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva. Señala que los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; lo cual justifica que deba ser la mesa de contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida. La mesa debe ser entendida como un órgano compuesto por personas que, al formar parte de la Administración, ofrecen unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada; unas garantías, además, que se ven reforzada por la posibilidad que tiene cualquier interesado de recusar a los miembros de ese órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. Esta debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

En este sentido, el art. 151 de la LCSP exige que el acuerdo de adjudicación esté motivado ("*La resolución de adjudicación deberá ser motivada*") y que permita conocer las razones por las que resulta mejor valorada la propuesta del adjudicatario (deberá contener *"la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente (...) b) ... un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas..."*).

De este precepto se deduce la necesidad de que se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación efectuada permita a los licitadores cuya propuesta no ha sido mejor valorada, conocer las razones a que obedece su menor valoración, de modo que puedan interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

A la vista de la valoración contenida en el informe de valoración técnica de 3 de agosto de 2024, sobre las ofertas presentadas con relación al criterio, cuya valoración se pone en entredicho, cumple mencionar que es la indefinición en el pliego de cláusulas (consentido por la entidad recurrente), del criterio *"esbozo metodológico para el asesoramiento sobre la elaboración del Plan de Marketing Digital Internacional"*, lo que va a suponer una dificultad a los efectos del control del juicio de discrecionalidad, dada la amplitud e imprecisión no deseable en la que está redactado el criterio ya citado. La controversia, aunque escuetamente, resulta planteada y radica en determinar si el órgano (en el informe de valoración) se ha excedido en el grado de discrecionalidad técnica al valorar dicho criterio, es decir, en la suficiencia de la valoración de determinados aspectos a la hora de enjuiciar los criterios sujetos a juicio de valor pese a no estar expresamente descritos en el pliego. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, resultando de interés la doctrina sentada en la Resolución 317/2017, de 30 de junio de 2017, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

"(…) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar

correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas".

También hemos indicado al respecto en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que: *"(…) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración".*

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, interpretando de manera forzada la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la temprana Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *"(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada."* Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que: *"Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática".*

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales "*La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (…) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica".*

Veamos la valoración realizada por parte del órgano de contratación respecto de la oferta de la entidad recurrente:

A. Respecto del primer criterio:

Se señalaba respecto del primer criterio relativo al *"planteamiento estratégico y metodología (se valorará con un máximo de 50 puntos)",* que se *"(…) valorará la propuesta de estrategia global, el reparto en las plataformas de Amazon, la estrategia de producto en cada una de las plataformas, la coherencia con el porcentaje de inversión por plataforma y los soportes/contenidos en las distintas plataformas, además del proceso de trabajo planteado para la optimización de las acciones en cada una de las plataformas y los posibles ajustes entre plataformas durante la ejecución de la campaña".*

En cuanto al control de la discrecionalidad de la valoración que realiza el informe debe partirse de la indefinición que se ha reproducido de los criterios definidos en el PCAP.

Destaca que el informe de valoración está firmado por solo dos de los tres técnicos que figuran, el 21 y el 23 de agosto de 2024. No se ha justificado esta falta de firma en el informe del órgano de contratación.

Nos detendremos en la valoración realizada respecto de este primer criterio denunciado en cuanto a la entidad recurrente, pues reclama una mayor puntuación. Este criterio es el relativo al planteamiento estratégico y metodología, donde se dice que se valorará con un máximo de 50 puntos. Examinado el informe, con relación a la propuesta de la entidad recurrente, viene a valorar de forma más significativa lo negativo, pero no encuentra sentido este aspecto negativo. Esto se explica de la redacción:

"*El análisis realizado para la determinación de los mercados sobre los que se realizará la acción y los target de cada uno de estos mercados, es bastante detallado, y mezcla fuentes de estudios estadísticos del turismo con fuentes publicitarias, de forma que permite una unión coherente entre las preferencias en base a publicidad con respecto a las preferencias puramente turísticas. Por destacar algo negativo de este análisis, se hecha (sic) de menos la inclusión de algún mercado más internacional, aunque si hay que decir, que se justifica sobradamente la elección de los mercados propuestos.*

La selección de las plataformas del ecosistema de Amazon es correcta, haciendo una mezcla interesante entre off y on line. También es destacable las propuestas con ejemplos concretos de anuncios en algunas de las plataformas elegidas, personalizadas a nuestra campaña. Andalusian Crush.

Respecto a la planificación, al igual que los puntos anteriores, está muy detallada y razonada en base al comportamiento de los mercados seleccionados.

También es destacable el detalle del análisis de K PIS y resultados previstos".

La valoración de la entidad adjudicataria ha sido la siguiente:

"El análisis realizado para la determinación de los mercados, es muy muy detallado, correcto y coherente, mezcla fuentes de estudios estadísticos del turismo con fuentes publicitarias y usa una herramienta propia para obtener los ratios de reparto de los mercados. Además, este análisis, tiene en cuenta los principales mercados europeos, dando una propuesta muy completa y acertada.

Hace una propuesta de contenidos y una selección de las plataformas del ecosistema de Amazon muy acertada, haciendo una mezcla muy interesante entre off y on line, además de proponer dinámica distintas para realizar acciones en las plataformas.

Respecto a la planificación, al igual que los puntos anteriores, esta muy detallada, haciendo un detalle mes a mes de la campaña

Toda la definición de reparto de inversión, KPIs y seguimiento esta muy bien cohesionada con el resto de estrategia y tiene un nivel de detalle muy alto".

El informe, conforme al criterio establecido en el pliego, no permite vislumbrar los motivos que el órgano ha debido valorar como aspectos positivos. Igualmente la mención al aspecto negativo se hace como casi sin

necesidad, al expresar *"por destacar algo negativo …"*, de lo que se deduce por la expresión que es insignificante, lo cual tiene razón la entidad recurrente que la valoración realizada no acompaña a la expresión que se ha realizado en el informe y que se ha reproducido.

Ahora, en el informe de valoración se señala que son fundamentales, los siguientes ítems:

"1. Análisis detallados de los mercados.
2. Mezcla de fuentes.
3. Selección de plataformas.
4. Planificación detallada.
5. KP1's."

Y cómo hemos visto respecto de los mercados internacionales, nada se expresaba respecto a esto en el pliego, como sí se ha hecho respecto del tercer criterio, donde se especificaban hasta seis ítems.

Por ello, la valoración negativa que recibe debe ser puesta en entredicho. No puede pretender el informe otorgarle un valor determinante cuando no lo ha hecho ni la memoria ni tampoco el PPT, es decir, si no se ofertaron es por desconocimiento que ello iba a suponer tener una trascendencia de 10 puntos, lo que ha ocurrido en la realidad. A la vista de la definición del criterio, y la motivación insuficiente con relación a la puntuación otorgada, no permite ni deducir por qué debe considerarse que es o no idónea una determinada exposición con relación a ese criterio, es decir, deja el criterio y la valoración realizada abierta a una excesiva discrecionalidad difícilmente controlable, por encima de cualquier previsibilidad posible conforme a la redacción del pliego, por lo que la puntuación otorgada es cuestionable. Ello no es más que la consecuencia de unos criterios establecidos sin precisión alguna.

A su vez, es imposible conocer de antemano que eran esos cinco ítems los que se iban a evaluar, los cuales además no se explicitan siquiera de forma ordenada en el informe de los técnicos del órgano de contratación, sino que han sido positivizados de forma clara con la emisión del informe al recurso especial, intentando ordenar un más que desacertado informe de valoración poco exhaustivo.

A continuación, se valora el equipo de trabajo. Lo escueto de la redacción del informe impide conocer porqué se le otorgan tres puntos más a la adjudicataria, a la cual incluso se le crítica algo en el informe al recurso. Si bien se dice que el equipo de Rebold "*es muy numeroso, que distingue entre equipo directo y de apoyo, y la sobrada capacitación del equipo*", cumple afirmar igualmente que esta cuestión, si bien es objeto de valoración, no se encontraba en el criterio. Nada preveía conforme a los PCAP que pesara más la cantidad que otros posibles criterios como la cualidad del equipo u otros requisitos.

La siguiente consideración se realiza en cuanto a las herramientas de innovación y control, contiene la siguiente valoración respecto de la entidad recurrente:

"(…) La propuesta de basarse en la plataforma de Amazon Marketing Cloud como pilar de las herramientas es muy adecuada para la propuesta planteada. Además, se hace una descripción detalla de cada una de las subherramientas de esta solución, y el uso que se le dará en la propuesta. Además se apuesta por la creación de cuadros de mando personalizados el seguimiento y los reportes de la campaña.
Un punto negativo a destacar es la selección únicamente de plataformas del Amazon, ya que la elección de herramientas de terceros, garantizaría una objetividad mucho mayor a la hora de obtener ciertos KPi*."*.

Respecto de la entidad adjudicataria, los siguientes:

"La propuesta de basarse en la plataforma de Amazon Marketing Cloud como pilar de las herramientas. Se hace una descripción muy detalla de cada una de las subherramientas de esta solución, y el uso que se le dará en la propuesta, entrando en ejemplos concretos de uso. Además se incluyen 2 herramientas propietarias y externas al ecosistema de Amazon para el seguimiento y control de ejecución de la campaña, garantizando así la mayor objetividad posible".

Es decir, incluso con una motivación más escueta se obtiene una mejor valoración de hasta un tercio de todos los puntos posibles por este criterio. La valoración realizada, no es posible extraerla previsiblemente del pliego de prescripciones técnicas. No es previsible la valoración y la argumentación realizada a efectos de valorar mejor una u otra oferta, de tal modo que se estima imposible prever para un licitador. La diferencia está en que el adjudicatario aporta dos herramientas externas y la entidad recurrente no, pero esto no es lo solicitado, ni se preveía que siendo externas fuera a ser mejor valorado.

De todo lo anterior cabe concluir que ni el peso ni el grado de los aspectos estaban expresamente descritos entre los parámetros exigidos dentro de los criterios de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. Esto condicionaba a los técnicos, pues debían realizar un informe con mayor exhaustividad en la motivación, a la vista de unos criterios que no están en absoluto definidos en los pliegos, y que permitieran reflejar respecto de lo ofertado los argumentos por los que son valorados. No es tarea de este Tribunal enjuiciar las ofertas, solo considerar si el juicio de valor llevado a cabo refleja que el juicio de valor va más allá de la discrecionalidad, dado los criterios del pliego como han resultado redactados y aprobados, que dificultan la imagen objetiva que debe tener todo juicio de valor a la hora de enjuiciar una oferta respecto de un criterio de adjudicación.

De las mismas puede considerarse la inexistencia de una motivación que explique suficientemente la puntuación otorgada y dejada de otorgar. Ello no se infiere del acuerdo de adjudicación, aun con motivación in aliunde, pues, aunque se conoce la motivación, de la misma no se predica coherencia conforme a los criterios de adjudicación.

Por ejemplo, el motivo para considerar que la oferta es buena, y por qué no lo es, respecto de la entidad recurrente, y más aún, ante una horquilla tan amplia de asignación de puntos, donde evidentemente la discrecionalidad técnica, en sentido estricto, no se manifiesta. Es decir, no existe un orden a la hora de valorar, ni se sigue una metodología explicada previamente que determine cual ha sido el razonamiento del órgano de contratación, y que es lo que ha valorado de todas las ofertas por igual, sin que ello pueda implicar la creación de nuevos subcriterios. De la motivación no se demuestra un conocimiento técnico que se fundamente en el pliego de prescripciones técnicas, de tal modo que se justifique la existencia de esos criterios de valoración sujetos a juicio de valor de nuevo acuñamiento. De este modo, al no existir una motivación realmente técnica, el simple hecho de señalar la bondad o deficiencia, con unos nuevos criterios, que además no resultan definidos en qué consisten técnicamente, en todo el expediente, hace que no se soporte la puntuación otorgada. (Por ejemplo, como ocurre con el criterio mencionado cuando se alude a los mercados internacionales en el primer criterio de adjudicación).

Esta puntuación no solo debe ser exhaustiva, sino que además debe apoyarse en justificaciones que sean aplicables a todas las entidades licitadoras sin que sufran discriminación. Asimismo, la igualdad de trato supone que esos criterios deben tener una relación o conexión directa con los publicados en el Anexo, sin que este momento, el de la valoración, sea idóneo para introducir subcriterios no conectados clara y previsiblemente con los ya plasmados en el pliego. Todo ello hace que podamos concluir que se ha excedido de los límites de la discrecionalidad.

El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal en reiteradas Resoluciones. Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que *«(…) la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.».*

En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. En el supuesto analizado, hemos de concluir que la valoración técnica de las ofertas con arreglo al menos en dos de los criterios abordados ha rebasado los límites de la discrecionalidad.

Los poderes adjudicadores han de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo al mismo tiempo que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto, y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En consecuencia, la estimación de este motivo del recurso obliga a declarar la nulidad de la resolución de adjudicación, debiendo, retrotraerse el procedimiento al momento de la emisión del informe de valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor, siempre que sea posible completar la motivación, sin alterar las puntuaciones.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDIAPLUS EQUMEDIA, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 11 de septiembre de 2024 del contrato denominado “Creatividad, planificación y ejecución de una campaña de publicidad internacional en el ecosistema Amazon 2024” Expediente C101-13MR-0624-0055), convocado por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A., ente a su vez adscrito a la Consejería de Turismo y Andalucía Exterior, de acuerdo con el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en 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 la presente resolución.

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.