



Recurso nº 1120/2020

Resolución nº 1382/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. J-M., en representación de IRISMEDIA, AGENCIA DE MEDIOS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de la licitación del contrato del *"servicio de agencia de medios digitales para la promoción de productos CRTVE"*, con expediente clave S-03636-20-200624, convocado por la Corporación Radiotelevisión Española (RTVE), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. RTVE ha tramitado el procedimiento para la contratación del servicio de agencia de medios digitales para la promoción de productos RTVE (Expediente número S-03636-2020).

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público y en el Portal de Licitación electrónica de RTVE el 30 de julio de 2020.

Tercero. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto 817/2009) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Cuarto. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares disponen en su cláusula tercera que el valor estimado del contrato es 150.000,00 euros.



Por otra parte, dispone el pliego de condiciones generales en la cláusula octava que *“En el caso de que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 147.2 de la LCSP”*.

A los efectos del presente recurso hay que destacar igualmente que la cláusula 10ª del pliego de cláusulas administrativas particulares dispone que *“Los criterios de valoración técnica tienen como objetivo valorar la calidad de las ofertas presentadas. Se asignan 25 puntos a los recursos técnicos destinados a la ejecución del contrato, 5 puntos a las mejoras de plazos y 10 puntos al mayor grado de experiencia”*. Entre ellos, se contemplaba el criterio de *“FUENTES Y HERRAMIENTAS PARA SEGUIMIENTO CAMPAÑA”* con un máximo de 8 puntos, indicándose que *“se valorarán con un máximo de 8 puntos aquellas ofertas que presenten documentación que acredite que fuentes y herramientas utilizan para el seguimiento de la campaña”*.

Quinto. El acuerdo de adjudicación se adoptó el día 30 de septiembre de 2020. El día 1 de octubre se procedió a publicar la adjudicación en la Plataforma de contratación del Sector Público y a comunicar el resultado de la adjudicación a los licitadores.

El recurso se interpuso el día 23 de octubre, fecha de entrada del escrito de recurso en el registro correspondiente.

Sexto. El recurrente fundamenta su recurso en primer lugar en la indebida resolución del desempate entre la recurrente y la adjudicataria, tras haber obtenido la misma puntuación en la valoración de sus ofertas. Alega en este sentido la entidad recurrente que la resolución de adjudicación no contiene los datos concretos sobre la valoración de los criterios de desempate de cada uno de los licitadores, ni sobre cuál de los criterios de desempate del art. 147.2 LCSP había resuelto el desempate. Circunstancia que, indica el recurrente, le obligaron a solicitar vista del expediente para acceder a dicha información. Seguidamente, alega la recurrente que el dato del menor número de empleados con contrato temporal (que fue el que resolvió el desempate en favor de la entidad adjudicataria) no fue debidamente valorado, habida cuenta de que el informe de vida laboral aportado por la adjudicataria tenía manipulados los datos de las fechas de altas y



bajas de los trabajadores de la empresa. De suerte que no resultaba posible determinar el porcentaje de trabajadores temporales en la fecha de finalización del plazo para presentar la oferta (ni el promedio en los doce meses anteriores). En el mismo sentido, se alega que el informe de vida laboral de la adjudicataria se había manipulado borrando el número de horas y, por ello, no era posible determinar la dedicación a tiempo parcial o completa de los trabajadores. Igualmente, afirma la entidad recurrente que el mencionado informe de vida laboral es de fecha 6 de octubre y no permite determinar la situación de la plantilla a 3 de septiembre, fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, al haber sido borradas las fechas de altas y bajas laborales.

Se alega también en línea con lo anterior que al menos tres trabajadores tienen “*código de conversión*” de temporal a fijo, sin poderse conocer la fecha de dicha conversión, ni si tuvo lugar antes o después de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

En segundo lugar, la empresa recurrente viene a defender que el criterio de desempate de la letra b) del art. 147.2 LCSP debe aplicarse siguiendo el método del promedio en los últimos doce meses. Es decir, el menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas debe valorarse según ese promedio de los últimos doce meses y no tomando en consideración el dato concreto en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas. En defensa de esta conclusión, la recurrente trae a colación la doctrina de este Tribunal respecto de la forma de aplicar el criterio de desempate de la letra a) del art. 147.2 LCSP (relativo a los trabajadores con discapacidad), mencionando la Resolución nº 286/2020, de 27 de febrero de 2020 (recurso 1642/2019).

En cualquier caso, se aplique uno u otro criterio, entiende la recurrente que sería igualmente incorrecta la adjudicación.

Finalmente, el escrito de recurso incluye una segunda cuestión, diferente a la de la resolución del desempate y relativa a la previa aplicación de los criterios de adjudicación de la oferta técnica. Así, se alega que los pliegos contemplaban entre los criterios técnicos de valoración automáticos la “*utilización de fuentes y herramientas para el seguimiento de la campaña*” indicando que “*se valorarán con un máximo de 8 puntos*”



aquellas ofertas que presenten documentación que acredite que fuentes y herramientas utilizan para el seguimiento de la campaña". Entiende la recurrente que ello implicaba que era preciso acreditar el uso de las fuentes y herramientas a la fecha de presentación de las ofertas, lo que la entidad adjudicataria no hizo. Explica la recurrente que solicitó al órgano de contratación que se requiriese a los licitadores la aportación de los contratos con los propietarios de las fuentes y herramientas, para poder acreditar el uso de las mismas, a lo que dicho órgano se negó. Se alega que la adjudicataria únicamente aportó una declaración responsable y unos "pantallazos" al respecto que cualquiera podría obtener en Internet, mientras que la recurrente aportó certificados del uso de cada una de las fuentes. Por ello, entiende la recurrente que debe anularse la adjudicación y volverse a valorar las ofertas previa comprobación de la existencia de acuerdos, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, para el uso de las fuentes y herramientas en cuestión.

Séptimo. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 28 de octubre de 2020, solicitando la desestimación del recurso. En dicho informe se afirma que la adjudicación sí se encuentra debidamente motivada y se han aplicado correctamente los criterios de adjudicación, así como los criterios de desempate de acuerdo con la cláusula octava del pliego y el art. 147 LCSP. En segundo lugar, se dice que se adjudicó el contrato teniendo en cuenta la declaración responsable de fecha 22 de septiembre presentada por la adjudicataria, en la que se indicaban los datos de los criterios de desempate, no teniendo motivos para dudar de la veracidad de los datos. Afirma el órgano de contratación que no considera necesario acreditar por otros medios los datos contenidos en la declaración responsable. Explica que, ante las alegaciones de acceso al expediente y revisión por parte de IRISMEDIA, se solicitó a la otra empresa que aportase documentación que acreditase lo indicado en su declaración responsable sobre los criterios de desempate. Dicha empresa aportó entonces una nueva declaración de fecha 6 de octubre junto con un informe ITA (de trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización) de la Tesorería General de la Seguridad Social, de la misma fecha.

En cuanto a la alegación de la recurrente de emplear el método del promedio de los últimos doce meses, indica el órgano de contratación que se ha limitado a aplicar el art. 147.2 LCSP.



Finalmente, en cuanto a la alegación de la recurrente de la falta de acreditación de la contratación de fuentes a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, afirma el órgano de contratación que la valoración se ha efectuado por un órgano capacitado debidamente (Dirección de Marketing de RTVE) y que se ha elaborado un informe técnico de valoración amparado en el principio de discrecionalidad técnica y sin valoraciones arbitrarias o irracionales. Por otra parte, viene a afirmar el órgano de contratación que considera suficientemente acreditadas las fuentes y herramientas que se utilizan para el seguimiento de la campaña.

Octavo. En este procedimiento se produce la suspensión automática de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53 de la ley de contratos, y este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión mediante resolución que obra en el expediente, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

Noveno. El 1 de diciembre de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. Ha evacuado el trámite conferido MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L., interesando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia, acto recurrible, legitimación, plazo.

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 44.2.c) LCSP, el acuerdo de adjudicación es susceptible de recurso especial. Se trata, además, de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros.

El recurrente está legitimado de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.



El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para la interposición de quince días hábiles del artículo 50.1.d) LCSP.

Segundo. Aplicación de los criterios de adjudicación.

Para la resolución del presente recurso debemos comenzar examinando en primer lugar la segunda cuestión en que se basa el mismo, relativa a la aplicación de los criterios de adjudicación de la oferta técnica. Dicha cuestión debe examinarse, por lógica, previamente a la que afecta a los criterios de desempate, pues si los criterios de adjudicación no hubieran sido correctamente aplicados no existiría empate, siendo entonces innecesario analizar las alegaciones relativas a la resolución de dicho empate.

Alega la entidad recurrente que el criterio de la oferta técnica relativo a la utilización de fuentes y herramientas para el seguimiento de la campaña no ha sido correctamente valorado, ya que la empresa adjudicataria no ha acreditado tener a su disposición el uso de dichas fuentes o herramientas en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, y que únicamente presentó una declaración al respecto y unos “pantallazos” de Internet que nada acreditaban.

Efectivamente, la cláusula 10ª del PCAP dispone que *“Los criterios de valoración técnica tienen como objetivo valorar la calidad de las ofertas presentadas. Se asignan 25 puntos a los recursos técnicos destinados a la ejecución del contrato, 5 puntos a las mejoras de plazos y 10 puntos al mayor grado de experiencia”*. Entre ellos, se contemplaba el criterio de *“FUENTES Y HERRAMIENTAS PARA SEGUIMIENTO CAMPAÑA”* con un máximo de 8 puntos, indicándose que *“se valorarán con un máximo de 8 puntos aquellas ofertas que presenten documentación que acredite que fuentes y herramientas utilizan para el seguimiento de la campaña”*.

La entidad adjudicataria presentó una oferta técnica (documento 17.2 del expediente) en la que afirmaba utilizar una serie de fuentes y herramientas para el seguimiento de la campaña (pág. 35 del documento). A continuación aportó una serie de imágenes de varias de las herramientas en cuestión, como comprobante de su utilización por la empresa.



La cuestión radica en determinar, a la vista de las alegaciones que formula el recurrente, si dicha documentación resultaba suficiente a efectos de tener por acreditada la valoración de ese criterio técnico de adjudicación.

Pues bien, lo cierto es que las herramientas y fuentes que aportó la adjudicataria permiten obtener el máximo de puntuación otorgado a este criterio de adjudicación (8 puntos), pues se aportan todas las herramientas indicadas en los pliegos de forma expresa, así como un buen número más de ellas (que entran en la categoría de “*otras*” prevista en los pliegos).

Lo que combate la entidad recurrente es la veracidad del uso de dichas herramientas o fuentes, aseverando la insuficiencia de la documentación aportada por la adjudicataria para acreditar la realidad de ese uso. Al respecto, este Tribunal debe remitirse a la valoración que consta en el informe de valoración técnica (elemento 13 del expediente), pues carece de conocimientos técnicos para poder valorar la suficiencia y verosimilitud de la documentación aportada al respecto. Además, entiende este Tribunal que la alegación del recurrente de que se trata de meros “*pantallazos*” sin valor alguno no puede acogerse, pues se trata de documentos que contienen datos concretos de uso de las herramientas en cuestión (fechas, campañas, medios, datos técnicos...), lo que implicaría que no se puedan entender razonablemente como imágenes generales o a disposición del público general en Internet, sino de imágenes concretas del uso de las herramientas.

Por otra parte, entiende este Tribunal que de los pliegos no se deduce que los licitadores debieran acreditar estar usando las fuentes/herramientas en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, ni tener contratos en vigor en esa fecha para su uso. Lo que se deduce de los pliegos es que se otorgaba cierta puntuación a las ofertas que incluyesen el uso de las herramientas en la ejecución del contrato, que es lo que interesaba al órgano de contratación. En este sentido se indica en la cláusula 10ª del PCAP que “*Los criterios de valoración técnica tienen como objetivo valorar la calidad de las ofertas presentadas. Se asignan 25 puntos a los recursos técnicos destinados a la ejecución del contrato (...)*”. En definitiva, lo que interesaba y era objeto de valoración de la oferta eran lógicamente los medios técnicos que el licitador se comprometía a dedicar a la ejecución del contrato, siendo irrelevante para ello que estuviera usando y tuviera



contratada tal o cual herramienta en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas. De la documentación aportada por la entidad adjudicataria no se puede deducir que se trate de meras imágenes obtenidas de Internet a disposición del público general, sino que es verosímil que se trate de imágenes del uso particular de las herramientas por parte de la adjudicataria. No existiendo en definitiva prueba alguna que sustente las afirmaciones de la recurrente y habiendo un informe técnico de valoración que da por acreditado el compromiso de la adjudicataria de usar esas herramientas en la ejecución del contrato, este Tribunal no puede sino desestimar esta alegación y confirmar la validez de la valoración efectuada de los criterios de adjudicación.

Tercero. Aplicación de los criterios de desempate.

Examinada la cuestión de la aplicación de los criterios de adjudicación, debe ahora analizarse la alegación relativa a la aplicación de los criterios de desempate. Los pliegos no establecieron criterios propios de desempate, sino que se remitieron a lo dispuesto en el art. 147.2 LCSP. En aplicación de dichos criterios, el contrato se adjudicó en virtud del criterio establecido en la letra b) de ese precepto, en función del menor porcentaje de contratos temporales de la plantilla, pues el criterio de la letra a) no permitió el desempate al no tener ninguna de las dos empresas ningún trabajador discapacitado en su plantilla.

Pues bien, al margen de la cuestión que alega el recurrente sobre la alteración de los datos del informe de vida laboral que impiden conocer si la adjudicataria tenía o no empleados temporales en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, este Tribunal debe reiterar el criterio interpretativo del art. 147.2 LCSP que estableció en anteriores resoluciones, siendo ello determinante a los efectos de resolución del presente recurso.

Así, se dijo en la Resolución nº 286/2020, de 27 de febrero de 2020, respecto de la expresión “*referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas*” que emplea el art. 147.2 LCSP:

«Pues bien, procede traer a colación la Resolución de este Tribunal del Recurso 192/2020, relativo al mismo contrato actual, pero referido a la ciudad de Marsella, y en el



que también se producía el empate entre las mismas empresas, y con las mismas circunstancias en cuanto a los trabajadores con discapacidad con los que cuentan:

“La resolución del recurso pasa por interpretar la expresión ‘referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas’ que utiliza el artículo 147.2 de la LCSP. Si la ley pretende que se sólo se tenga en cuenta la plantilla existente en ese preciso día o si, por el contrario, ha pretendido únicamente establecer un momento de referencia para la valoración de un periodo, es decir, está designando el día final de un plazo, el “dies ad quem”.

Pues bien, este Tribunal se decanta por la segunda interpretación. No sólo por ser más justa, sino porque así lo ha hecho también en una situación análoga la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, al interpretar como se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores. Dice este precepto que: “A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: a) El periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa”.

El artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social establece que: “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.



Obsérvese que este precepto legal no dice que la plantilla deba computarse referida a un promedio temporal, y, sin embargo, así lo establece el Real Decreto de desarrollo.

Como no puede ser de otra forma, así lo determina también el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, dictado por el Sr. Director General Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su apartado 2.2».

El anterior criterio interpretativo debe reiterarse en el presente caso. Hay que advertir que dicho criterio va referido a la expresión del art. 147.2 LCSP en su conjunto, en relación a la expresión “*referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas*” contenida en el primer párrafo y aplicable a todos los criterios de desempate enumerados en las letras a) a d) del precepto. El momento de valoración y el método de la misma es único para todos los criterios enumerados en las letras a) a d), por lo que este Tribunal entiende que lo que se dijo para el criterio de los trabajadores discapacitados de la letra a) debe ser aplicado igualmente en el caso del criterio b) respecto del menor porcentaje de trabajadores temporales en plantilla.

Por lo tanto, a la vista de que el desempate se resolvió en este caso valorando el dato del menor porcentaje de trabajadores temporales en el momento concreto del desempate y no teniendo en consideración el promedio en los últimos doce meses, debe ser estimada la alegación del recurrente en este punto. Por ello, este Tribunal considera que el recurso debe ser estimado, y retrotraerse las actuaciones para que el órgano de contratación proceda a requerir a los licitadores empatados que acrediten el número medio de trabajadores temporales en los últimos doce meses a contar desde el momento de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Por otra parte, entiende este Tribunal que concurre además una segunda causa de anulación de la adjudicación en este caso, como consecuencia del insuficiente contenido de la notificación efectuada al recurrente sobre la adjudicación del contrato. Asiste la razón a la entidad recurrente cuando afirma que la información que le fue remitida era insuficiente para conocer las razones de la resolución del empate y adjudicación del



contrato. Si se analiza dicha notificación (documento 15.2 del expediente) se observa que únicamente se indicó que se adjudicaba el contrato *“en aplicación de los criterios de desempate previstos en el artículo 147.2 de la LCSP”*. Sin más explicación ni datos ni detalle alguno respecto del resultado de la aplicación de los criterios de desempate. En el mismo sentido tampoco la publicación en la plataforma de contratación contuvo dato alguno al respecto (documento 3 de los acompañados al recurso). Por ello, se vulneró el régimen de notificación y publicación de la adjudicación del art. 151 LCSP, que exige que *“la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”* y concretamente *“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”*.

En consecuencia, este Tribunal estima el recurso y anula el acuerdo de adjudicación, ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que se requirió a los licitadores la aportación de la documentación relativa a los criterios de desempate, para que se vuelva a requerir dicha documentación, que deberá referirse al promedio de los últimos doce meses de los datos de la plantilla a que se refiere el art. 147.2 LCSP. Igualmente, la notificación y publicación de la adjudicación que se efectúe deberá cumplir con las exigencias del art. 151 LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J. C. J-M., en representación de IRISMEDIA, AGENCIA DE MEDIOS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de la licitación del contrato del *“servicio de agencia de medios digitales para la promoción de productos CRTVE”*, con expediente clave S-03636-20-200624, convocado por la Corporación Radiotelevisión Española (RTVE), que se anula, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento en que se requirió a los licitadores la aportación de la



documentación relativa a los criterios de desempate, para que se vuelva a requerir dicha documentación y se resuelva el empate de acuerdo con lo expuesto en esta Resolución, cumpliéndose igualmente con lo dispuesto en el art. 151 LCSP.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.