



Recurso nº 1360/2021 C.A. Illes Balears 90/2021

Resolución nº 1395/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.A.C., en nombre y representación de DISSET CONSULTORS, S.L., (Di7) contra acuerdo de adjudicación del contrato de *“Prestación de servicios de agencia de medios y publicidad, que se detalla en las siguientes tareas: Mediación, Asesoramiento, Diseño, Gestión y Seguimiento de las campañas y acciones promocionales llevadas a cabo la FFTM. Y la producción de audiovisuales, audios y fotografías y edición de dichos contenidos (Lote 1)”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El valor estimado del contrato es de 1.592.949,87€, IVA excluido.

Segundo. Con fecha 15 de marzo de 2021, la Fundació Foment del Turisme de Menorca, como poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, previo anuncio de la licitación en el DOUE, publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas que rigen la Contratación del Servicio de Agencia de Medios y Publicidad 2021/2023, tramitándose dicha licitación mediante el procedimiento abierto de la Ley 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

Tercero. El Pliego de Cláusulas Administrativas rector del contrato contenía, entre otros, los siguientes requisitos, puestos en cuestión en el recurso:



«8.2.1. Campaña de promoción para dar a conocer Menorca en el mercado de UK (máximo 30 puntos)

Los licitadores entregarán un Plan de Medios que permita poner en marcha una campaña que refleje los conceptos clave para dar a conocer el posicionamiento de Menorca.

Dicho plan incluirá una explicación, el óptico de las acciones y argumentario de la planificación, selección de medios y soportes así como, el porqué del target escogido para la campaña propuesta.

Así mismo, los licitadores tendrán que presentar en sus propuestas la metodología y las herramientas que serán utilizadas durante el contrato para llevar a cabo las tareas de seguimiento, así como el sistema de indicadores que mida el impacto de cada tipo de acción.

El objeto de la campaña buscará promocionar la Isla de Menorca en el mercado británico, en la actualidad donde se tendrá en cuenta las nuevas tendencias de viaje, así como el efecto COVID en el turismo.

Concretamente, tendrán que presentar una propuesta de plan de medios en la que como mínimo, se especifique lo siguiente:

- *Explicación del plan: descripción, argumentación y metodología del trabajo.*
- *Selección de medio/soporte y su justificación.*
- *Perfil de cliente escogido (sexo, edad, tipología, poder adquisitivo etc.).*
- *Calendario/óptico de las acciones.*
- *Herramientas de medición y Relación de KPI's por campaña.*

Se valorará la planificación que responda mejor a los objetivos estratégicos de la campaña propuesta, teniendo en cuenta la idoneidad de los medios seleccionados, la selección de los soportes, su grado de notoriedad, la eficacia de los formatos propuestos, la ubicación y



visibilidad, su adaptación al público/mercado objetivo, adaptación al producto escogido, la distribución de la inversión expresada en porcentaje, así como su coherencia con el objetivo de comunicación que se quiere trasladar

Para la valoración de este apartado se otorgará la puntuación máxima según el siguiente baremo:

- *Diseño del plan, argumentación y metodología de trabajo: 14 puntos*
- *Adecuación del plan (a objetivo, público, producto.): 6 puntos*
- *Herramientas de medición y descripción de los KPI's: 6 puntos*
- *Claridad, orden y estructura de la propuesta: 4 puntos»*

Cuarto. El 9 de junio de 2021 se emitió informe técnico de valoración (documentos 13.1 y 13.2.1 y 2) del que resultaron 34 puntos para la recurrente de un máximo de 50, de los que 17 de un máximo de 30 corresponden a la campaña para dar a conocer Menorca (7 por el diseño, 0 por la adecuación, 6 por las herramientas de medición, 4 por la claridad, orden y estructura) siendo que las demás licitadoras obtuvieron 45, 43,5, 32, 25 y 45 puntos de los que correspondían a la campaña de promoción 28, 28, 19, 18 y 30 puntos respectivamente.

Según el informe los puntos obtenidos por la recurrente se deberían a que realiza una explicación poco clara de la campaña, detalla de forma limitada los medios, el por qué y la inversión realizada. Argumentación pobre (que es la dada para la puntuación media del diseño), no se adecua a objetivo, público y producto (por lo que le da un 0 en relación con la adecuación del plan), incluye las herramientas de medición y detalla los KPI's de forma detallada (respecto de las mismas, en las que les da la puntuación máxima que repite para el cuarto parámetro sobre la claridad, orden y estructura de la propuesta al recoger todos los requisitos mínimos exigidos (explicación del plan, selección de medios y su justificación, perfil del cliente escogido, calendario de las acciones y herramientas de medición).

Quinto. El 16 de julio de 2021 se firma resolución confirmando la propuesta de adjudicación del servicio a favor de la adjudicataria con la puntuación de 86,52 puntos. La recurrente



queda tercera con 82,03 puntos El anuncio de adjudicación se publica en la plataforma de contratación del sector público es notificado y da lugar, cumplidos los trámites, a una resolución de adjudicación definitiva de 19 de agosto de 2021 en los términos indicados.

Sexto. Con fecha de 30 de agosto, la recurrente presentó en el Registro General recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de referencia.

Séptimo. Con fecha de 1 de septiembre, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, habiendo evacuado el trámite PROXIMIA HAVAS, S.L., mediante escrito de fecha 13 de septiembre.

Noveno. El 9 de septiembre de 2021 la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, resolvió mantener la suspensión del lote 1 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).



Segundo. La recurrente, como entidad no adjudicataria del concurso y tercera clasificada del mismo, está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto que *«podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Del recurso parece entenderse que lo que se discute son 13 puntos que deberían a su juicio haber obtenido en las categorías de diseño del plan, argumentación y metodología de trabajo (donde echan en falta 7 puntos) y la adecuación del plan (donde echan en falta otros 6 puntos). La suma de esos puntos la convertirían en adjudicataria y de ahí su legitimación.

Tercero. Tratándose de un acuerdo adoptado en el procedimiento de un contrato de servicios públicos, con valor estimado de 3.503.109,80 euros, IVA excluido, es susceptible de recurso especial en materia de la contratación en virtud del 44.2.c) de la Ley 9/2017, de



8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación al artículo 44.1.a) del mismo texto legal, al superar el límite de 100.000 euros establecido en ese precepto.

El artículo 44.2.c permite recurrir «los acuerdos de adjudicación».

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que el recurrente lo interpuso no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde la publicación del acuerdo de adjudicación, conforme al artículo 50.1.d) LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta, en síntesis, en dos aspectos; por un lado, en la valoración discrepante de los méritos de la recurrente en dos criterios de valoración del plan a presentar según el pliego: a juicio de la recurrente no se habría valorado correctamente la oferta presentada en dos de los múltiples aspectos valorados (indudablemente no en aquellos en que obtuvo máxima puntuación). Lo cierto es que no se discuten los términos del pliego, salvo al final del recurso, en que recuerdan que no pueden ser tan amplios que permitan la discrecionalidad máxima del calificador o valorador, siendo que, en todo caso, no fueron recurridos en su día. Se dice, al contrario, que los criterios del valorador eran ajenos a los pliegos.

Por otro lado, y antes de continuar al respecto conviene, a este respecto, recordar la pacífica doctrina de este Tribunal sobre el contenido de los informes técnicos de valoración. En este sentido, por todas, nuestra Resolución nº 480/2018, recuerda que:

«en lo concerniente al informe técnico de valoración de los criterios evaluables en función de juicios de valor, es que estos tienen la peculiaridad de que se refieren, en todo caso, a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico. Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone



que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Hemos así mismo declarado que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración».

En esta misma línea nuestra resolución 127/2020, de 30 de enero indica que:

«A estos efectos, debemos recordar la consolidada doctrina conforme a la cual las valoraciones técnicas realizadas por los órganos contratación con base en su discrecionalidad técnica se deben presumir ciertas. Cabe citar por todas, en este sentido, la Resolución 86/2014, de 15 de abril, del TACRC, que declaró lo siguiente: “El principio de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración encargados de evaluar las ofertas de los licitadores ha sido acogido por este Tribunal en numerosas resoluciones, donde se ha hecho mención a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 señala que la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”. Así mismo, reiterábamos también, en la Resolución 356/2019, de 11 de abril, recordando también la jurisprudencia existente, que: “Son muchos los pronunciamientos judiciales que existen acerca del control de la discrecionalidad técnica, pudiendo citarse, entre otros, la Sentencia de la Audiencia



Nacional de 16 de enero de 2019 (rec. c-a nº 1078/2016): ‘Esta doctrina ha de completarse con las siguientes consideraciones (STS de 14 de marzo de 2018 –rec. 2762/2015-), que pueden aplicarse también al ámbito de la contratación: La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos. La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente [...]’ En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que dicha presunción de acierto debe desvirtuarse por error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del



procedimiento. Este principio de discrecionalidad técnica administrativa resulta igualmente aplicable a los informes técnicos de valoración del cumplimiento de las características mínimas obligatorias del PPT por existir identidad de razón entre ambos supuestos».

Sexto. Partiendo de esta doctrina y examinado por este Tribunal el informe técnico de valoración y las explicaciones del órgano de contratación se concluye que, de modo general, no denunciándose ningún defecto formal sobre la competencia o composición del órgano que emitió dicho informe, ni sobre el procedimiento seguido para su emisión, su valoración se fundó en un análisis comparativo suficientemente individualizado y justificado de las puntuaciones dadas de acuerdo con los criterios del Pliego. Las mismas por otro lado, son rebatidas por una opinión divergente del licitador recurrente.

En particular y ahondando en los motivos del recurso, cabe realizar un conjunto de consideraciones:

En suma, de acuerdo con el recurso y en respuesta a los comentarios que recibieron de la Fundación sobre la valoración realizada, se intenta desmontar los argumentos o motivación de la misma.

Dicha motivación en realidad es doble. La que resulta del informe interno de valoración en términos recogidos más arriba y según los que en los puntos controvertidos se llega a la conclusión de que realiza una explicación poco clara de la campaña, detalla de forma limitada los medios, el por qué y la inversión realizada. Argumentación «pobre», por un lado, (que es la explicación común dada para la puntuación media del diseño), y no se adecua a objetivo, público y producto, por otro (por lo que le da un 0 en relación con la adecuación del plan).

Vaya de entrada que esa explicación no se opone a que se deje al licitador fijar un objetivo estratégico general.

En las explicaciones complementarias, que son las únicas a que se refiere el recurso, se añade que *«hace una definición de público de forma muy amplia concluyendo que se dirigirá a todos los públicos»*, lo que debe conectarse con que se añade que *«presenta herramientas que van a utilizar para determinar el perfil del visitante y su comportamiento*



explicando la metodología pero no el resultado» y «que cuando hablan del producto lo hacen de forma muy genérica y no concretan cuál es el producto escogido con una argumentación pobre del porqué». Todas esas justificaciones son objeciones que tienen relación con las mermas de puntuación aplicadas y de hecho de las alegaciones contrarias no se desmienten (se reconoce que se hace campaña last minute dirigida a todo posible interesado por razones que se expresan pero la estrategia de promoción sin embargo varía el producto, de sol y playa en junio y julio a más contenidos complementarios de naturaleza y cultura en agosto y septiembre y de anticipo de reservas para 2020 que incluya todas las variantes, cuando poco antes se explica que las cuestiones temporales hacen que el objetivo estratégico «el factor discriminante y de segmentación no proviene del producto turístico que se oferta, ni de la motivación del viajero, ni del perfil demográfico o socio-psicográfico del público objetivo al que nos dirigimos, sino de un criterio de segmentación tan restrictivo pero general al mismo tiempo, como es si el público objetivo podrá o no viajar a Menorca. Por esa razón se justifica que el público al que nos dirigimos, cuando se pueda comunicar, será el público británico en general, porque la temporada turística estará empezada, porque el objetivo prioritario es salvar la temporada con el mayor número de visitantes británicos posible sin discriminación por motivación o perfil de viajero y porque al coincidir con la temporada alta el sol y playa es la motivación principal y mayoritaria del público británico para visitar Menorca».

Lo que no deja de ser una definición amplia y un poco contradictoria, sin total concreción, lo que es lo que tuvo en cuenta el valorador, de forma compatible o no, pero en todo caso motivada y que guarda coherencia suficiente como para que este tribunal no pueda contradecir sus conclusiones en los términos explicados.

Por lo demás, el hecho de que erróneamente un licitador recibiese ocho puntos y no 0, 7 o 14, o la autoatribución de 14 como se recoge por el recurso, al ser de tal opinión, como no podía ser de otro modo para quien intenta obtener la máxima puntuación posible no puede sino considerarse insuficiente para la estimación.

Por otro lado y sobre la adecuación del plan como segundo criterio valorativo sobre el que discrepa (adecuación al objetivo, al público y al producto, en particular y sin posibles complementos de la valoración), se funda la nula valoración en la explicación añadida en

varias razones: que se fije como objetivo alargar la temporada en algún lugar y consolidar e incrementar las visitas en otro; se echa en falta la definición concreta de qué entiende como uno de los productos a ofrecer el de sol y playa –lo que no se explica en realidad, sino que se insiste que es uno de los productos cronológicamente ofrecida-; que la vaguedad y amplitud del público determina dudas sobre la adecuación al mismo: esto es, entiende el valorador que las características del objetivo, público y producto sobre los que diseñan la campaña hacen difícil considerar su adecuación a los mismos del plan propuesto y de ahí la merma valorativa, una vez motivada, se muestre acuerdo o no con ello, cuestión que va allende de lo que este tribunal puede alcanzar.

Lo que acabamos de extractar no son criterios que no figuren en los pliegos sino la consideración motivada de cómo aplicar unos pliegos no recurridos al caso concreto, dentro de la discrecionalidad del órgano para su valoración, elementos todos que no empecen por tanto la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.A.C., en nombre y representación de DISSET CONSULTORS, S.L., (Di7) contra acuerdo de adjudicación del contrato de *“Prestación de servicios de agencia de medios y publicidad, que se detalla en las siguientes tareas: Mediación, Asesoramiento, Diseño, Gestión y Seguimiento de las campañas y acciones promocionales llevadas a cabo la FFTM. Y la producción de audiovisuales, audios y fotografías y edición de dichos contenidos (Lote 1)”*.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 1 del expediente 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 multa 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 del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.