

Recurso 605/2023
Resolución 4/2024
Sección tercera.

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

Sevilla, 9 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA DIGITAL EXPORT S.L.** contra la resolución de adjudicación de 14 de diciembre de 2023 del contrato denominado “Servicios de Asesoramiento para la elaboración del Plan de Marketing Digital Internacional” Expediente 2023 889939-(Extenda 2023-030), convocado por la Empresa Pública Andaluza de Promoción Exterior S.A. (EXTENDA), y actualmente, tras la extinción de la anterior, tramitado por la Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico (TRADE), ente a su vez adscrito a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa y a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de mayo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y 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 454.950 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 diciembre, y que se le notificó la puntuación recibida y su justificación el día anterior.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2023, 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.

El mencionado escrito de recurso fue remitido 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.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose presentado alegaciones.

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. 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. 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 80 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 50.2 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*".



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 desviación de poder, a la hora de la valoración de las ofertas, en relación con los criterios de adjudicación mediante juicio de valor.

Afirman que la “propuesta metodológica” y con relación al lapsus de 5 días al que se hace mención en el informe emitido por el órgano de contratación “no es objetivo”, puesto que afirman que en todo el documento se habla de “plazos máximos”, y en cualquier caso, los plazos podrían haber sido pactados en el proceso de trabajo acordado antes del inicio de los trabajos.

Estiman que no está suficientemente motivado la valoración desfavorable de *“varias propuestas aportadas que enriquecen la propuesta sobre la petición de servicio inicial del pliego, tal como la propuesta de formación a la empresa sobre el plan que se les ha sido diseñado. Estas propuestas están realizadas, una vez más, desde la experiencia de lo que las pymes españolas necesitan para un proyecto de internacionalización digital de éxito y no encarecen nuestros servicios. Que Extenda utilice el argumento de que el proveedor ofrece un mayor alcance que el que se le pide por el mismo precio como un argumento desfavorable es contrario a predisposición de optimizar al máximo el dinero público para esta partida, los objetivos que la promueven, y al propio sentido común”*.

Justifican innecesario *“entrar a debatir cada uno de las apreciaciones recibidas en el informe de Extenda para justificar la puntuación que ha obtenido nuestra propuesta. El motivo es que el uso de múltiples expresiones coloquiales en el informe (“sin más”) y poco específicas, la falta de rigor en la argumentación de la revisión, y los errores palpables en los argumentos (Ej. solicitud de una herramienta TIC asociada a un modelo de empatía basado en un canvas), deja patente que la revisión de las memorias ha sido llevada a cabo por personal que no dispone de la formación en internacionalización digital ni los conocimientos pertinentes para poder decidir el destino de unos fondos públicos que son adjudicados para este fin”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Realiza las siguientes alegaciones con relación a los distintos fundamentos del recurso especial presentado:

1. En primer lugar en cuanto a los plazos de las 4 fases de ejecución del asesoramiento por parte de la empresa, señala que la metodología expuesta en su oferta *“presenta un cronograma con fases bien diferenciadas, sin solapamientos entre ellas, y en la fase 2 ya se supera el plazo máximo establecido para la entrega del informe (fase 1 contempla 15 días como máximo y la fase 2 contempla 25 días como máximo).*

La fase 3 establece un intervalo máximo de 10 días, y, por último, se propone una cuarta fase opcional con una duración máxima de 15 días naturales más, sin entrar a detallar qué otras fases/plazos se acortarían para poder dar cabida a esta fase 4.

Sumando los plazos máximos contemplados por la recurrente, el proceso de asesoramiento se pondría en 65 días. Incluso si no se tuviese en cuenta la fase 4, de carácter opcional, el asesoramiento se extendería a los 50 días, superando en 15 días el plazo máximo contemplado para la entrega del informe. Como se indicó en el informe de valora-



ción técnica: "el hecho de que uno sólo de los proyectos pudiera superar ese plazo (de 35 días), ya haría inviable la ejecución del contrato según lo previsto".

Señala sobre la base del artículo 139 LCSP que *"el no ceñirse por parte de la empresa al requisito del plazo máximo establecido en los pliegos, sí es un hecho objetivo que Extenda (ahora TRADE) no ha podido obviar en el informe de valoración, en tanto que es un requisito exigido para todos los licitadores que no puede soslayarse ni mucho menos negociarse a posteriori en fase de ejecución como parece indicar la empresa recurrente al indicar que "...en cualquier caso, los plazos podrían haber sido pactados en el proceso de trabajo acordado antes del inicio de los trabajos."*

2. En cuanto a que se valora desfavorablemente propuestas aportadas que enriquecen la oferta como la de formación a la empresa sobre el plan que se les ha sido diseñado, indican que *"uno de los aspectos que el pliego propone valorar es la viabilidad para abordar el servicio propuesto por la recurrente en los plazos previstos. No se ha cuestionado en el informe de valoración técnica, que la metodología propuesta por la recurrente sea viable de ejecutar en los plazos previstos por ésta (50 días, las 3 fases obligatorias más 15 días de la cuarta fase opcional); sino que, dicha metodología planteada, con base en la experiencia acumulada por el equipo técnico, se considera inviable de desarrollar en los 35 días previstos en el pliego. En definitiva, se trata de dar una respuesta ágil a las necesidades de las empresas, por lo que la valoración de la propuesta de la recurrente no cuestiona los plazos propuestos, sino el hecho de que se pueda abordar el asesoramiento con el alcance mencionado, pero en los 35 días requeridos.*

Asimismo, tampoco se descarta el mayor alcance ofrecido por un mismo precio, si no, una vez más, la viabilidad para llevarlo a cabo en el plazo dado".

Concluye afirmando de nuevo que *"la propuesta es aceptable en cuanto a contenidos y alcance (aunque con aspectos mejorables), insistiendo en que, según los plazos máximos indicados en la oferta, se podría comprometer la viabilidad de su abordaje".*

3. Alega que la recurrente no acredita *"la falta de rigor en la argumentación de la revisión, y los errores palpables en los argumentos (Ej. solicitud de una herramienta TIC asociada a un modelo de empatía basado en un canvas)",* si bien indica que no encuentra en el informe de valoración técnica dicha frase que la recurrente pone como ejemplo.

Realiza determinada argumentación para defender el informe de valoración realizado, cuando afirma que Extenda disponía de *"experiencia de más de 6 años gestionando proyectos de marketing digital internacional de todos los sectores de actividad (235 proyectos en total sólo en este programa), y el alto grado de satisfacción de las empresas andaluzas que han participado en el mismo. A esto hay que sumar la experiencia acumulada en la gestión de otros programas de consultoría (Asesoramiento jurídico internacional, Estrategia y posicionamiento de marca, Inteligencia comercial, Implantación, Financiación, Logística y transporte internacional y Marketplaces), que han aportado un conocimiento añadido relacionado con la agilidad de la metodología empleada (metodologías lean, cuyo objetivo es eliminar todas aquellas actividades que no aportan valor al proceso concreto); el estricto cumplimiento de los plazos establecidos para que en todo caso se reduzcan, nunca se amplíen; la pronta resolución de las incidencias más frecuentes; el correcto alcance del asesoramiento; la adecuación de los contenidos al propósito del programa; la utilidad de las herramientas utilizadas para la empresa asesorada, y en definitiva, la optimización del servicio de acuerdo con el objetivo final del asesoramiento prestado".*

Considera finalmente que *"la empresa recurrente alude de forma muy genérica en su tercera y última causa del recurso a motivaciones sin fundamento". (...)* Ni puede indicarse falta de rigor en la argumentación de la revisión,



sin hacer indicación o justificación de cual es dicha falta de rigor. Y para mayor abundamiento, ejemplificando en su recurso un error palpable en los argumentos del informe de evaluación técnica, haciendo indicación de un texto (Ej. Solicitud de una herramienta TIC asociada a un modelo de empatía basado en un canvas), que no aparece en dicho informe, como podrá comprobarse en el mismo, el cual se acompaña en el expediente remitido”.

SÉPTIMO. – Consideraciones del Tribunal.

1. Por un lado, como cuestión previa, si bien el recurso, en su fundamentación no realiza un análisis de la respuesta dada por el órgano de contratación en su informe de valoración, sí que puede extraerse el motivo de la impugnación, dado que denuncia la existencia de arbitrariedad, o falta de discrecionalidad técnica, (por lo difuso de la argumentación dada por el órgano de contratación). Estimamos, a la vista de la redacción de los pliegos, consentidos, que esta afirmación realizada por la entidad recurrente supone que, aunque parca y escueta, el recurso pueda considerarse fundado y permita a este Tribunal entrar en el fondo del asunto.
2. 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 qué los criterios resultan redactados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y en concreto el Anexo VIII 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 50 puntos. Con relación a ello la forma de atribuir los puntos expuesta en el Anexo XI, 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.

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 dos 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 dos criterios para atribuir hasta 50 puntos del total:

1. Esbozo metodológico para el asesoramiento sobre la elaboración del Plan de Marketing Digital Internacional.
2. Propuesta de innovación.



El primero de ellos, el “esbozo” no resulta definido, lo único que señala es lo que la propuesta al menos deberá abordar:

La propuesta deberá abordar, al menos, los siguientes aspectos:

“- Un análisis de situación general de la empresa, y del estado de su marketing online en particular.

- Definición de los mercados de actuación en el marco de su plan de marketing digital internacional.

- Planteamiento de la estrategia digital y del plan de acción de marketing digital.

- Recomendaciones de mejora en ámbitos clave.

Se deberá argumentar la propuesta completa indicando la conveniencia de los aspectos que se propone abordar (incluidos los indicados anteriormente), el modo en que se organizará y estructurará el trabajo de asesoramiento, las herramientas que se pretende utilizar, etc.

Se valorarán los siguientes aspectos, que se deberán argumentar:

- Idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestos, teniendo en cuenta el enfoque del programa.

- El alcance del asesoramiento.

- Viabilidad de su abordaje, teniendo en cuenta la duración máxima prevista para el asesoramiento”.

El segundo de los criterios, la propuesta de innovación, igualmente carece de definición, pero a más lo hace por exclusión, pues señala que *“que podrá versar sobre: contenidos a abordar distintos de los aportados en el apartado anterior (...)”*. Prosigue señalando que también podrá versar sobre *“herramientas a utilizar; o sobre el modo de desarrollar el trabajo de asesoramiento; o sobre dos o más de ellos. Se valorarán los siguientes aspectos, que se deberán argumentar:*

- Nivel de innovación aportada.

- Idoneidad de los contenidos, herramientas o actuaciones propuestas, teniendo en cuenta el enfoque del programa.

- El alcance del asesoramiento.

- Viabilidad de su abordaje, teniendo en cuenta la duración máxima prevista para el asesoramiento”.

En el anexo XI, podemos distinguir dentro de cada uno de ellos 4 subcriterios, cuya definición de los criterios para su puntuación es la siguiente:

1. Muy buena, evaluable de 25 a 30 puntos:

“Se ha realizado una propuesta muy buena referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, de tal forma que se podría implementar sin necesidad de ajustes o con ajustes mínimos”.

2. Buena, evaluable de 17 a 24 puntos:

“Se ha realizado una propuesta buena referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, pero se detectan algunos puntos débiles o aspectos que deberían ser ajustados antes de poner en marcha el servicio”.

3. Regular: evaluable de 8 a 16 puntos:



“Se ha realizado una propuesta aceptable referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, pero se detectan bastantes puntos débiles o aspectos que deberían ser ajustados antes de poner en marcha el servicio”.

4. Mala, evaluable de 0 a 7 puntos:

“Se ha realizado una propuesta deficiente referida a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, al alcance del asesoramiento, a la viabilidad de su abordaje o a varios de estos aspectos, habiéndose detectado muchos puntos débiles que harían inviable la prestación del servicio con un adecuado nivel de calidad”.

El segundo de los criterios es la propuesta de innovación donde se expresa en el Anexo XI como subcriterios exactamente los mismos si bien se añade una consideración en cuanto al denominado “nivel de innovación”. Son subcriterios:

1. Muy buena, evaluable de 18 a 20 puntos:

“Se ha realizado una propuesta muy buena referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, de tal forma que se podría implementar sin necesidad de ajustes o con ajustes mínimos. Su nivel de innovación se considera alto.”

2. Buena, evaluable de 14 a 17 puntos:

“Se ha realizado una propuesta buena referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, pero se detectan algunos puntos débiles o aspectos que deberían ser ajustados antes de poner en marcha el servicio. Su nivel de innovación se considera medio.”

3. Regular: evaluable de 8 a 13 puntos:

“Se ha realizado una propuesta aceptable referida, tanto a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como al alcance del asesoramiento y la viabilidad de su abordaje, pero se detectan bastantes puntos débiles o aspectos que deberían ser ajustados antes de poner en marcha el servicio. Su nivel de innovación se considera bajo”.

4. Mala, evaluable de 0 a 7 puntos:

“Se ha realizado una propuesta deficiente referida a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, al alcance del asesoramiento, a la viabilidad de su abordaje o a varios de estos aspectos, habiéndose detectado muchos puntos débiles que harían inviable la prestación del servicio con un adecuado nivel de calidad. Su nivel de innovación es insignificante”.

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 XI 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 subcriterios no son tales, sino que es la valoración en sí misma que debe recibir una oferta, por lo que de poco ayudan esos cuatro subcriterios sobre las



horquillas tan amplias que se han previsto para dichos dos criterios evaluables mediante juicio de valor. Los subcriterios establecidos es la propia calificación del criterio en sí, es decir, no supone un aspecto concreto de los contenidos, con lo que la palabra contenido ha quedado en la indefinición. Lo mismo ocurre con el alcance del asesoramiento cuando previamente no se ha definido o previsto ese alcance. Ciertamente, el pliego redactado y consentido, deja que sea el informe en su totalidad la 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, que 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 2023, 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, alterando 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 entidad recurrente:

A. Respecto del primer criterio:

“La metodología presentada está estructurada en 4 fases que incluyen 2 reuniones de trabajo obligatorias, en Fase 1 y Fase 2, y una reunión opcional en Fase 4. Además, hay una Fase 0 que abarca trabajos previos.

Fase 0: comprende el plazo desde que la empresa realiza la solicitud hasta que se asigna el proyecto. Incluye la comprobación por parte de Extenda de que la documentación aportada por la empresa es conforme para dar inicio al asesoramiento.

Fase 1: máximo de 15 días naturales. Abarca desde el inicio del proyecto hasta que se tiene la primera reunión de diagnóstico con la empresa. Incluye el envío de un briefing que, según se da a entender, la empresa deberá rellenar para que los consultores puedan analizarlo de cara a la primera reunión.

Fase 2: comprende un máximo de 25 días naturales que van desde la primera reunión celebrada hasta el envío del plan de Marketing a Extenda para su revisión. Incluye la elaboración de un informe de diagnóstico, una propuesta de mercados a analizar y de estrategia a abordar, así como la propia elaboración del Plan de Marketing Digital Internacional. Esta fase prevé una segunda reunión con la empresa para que ésta dé su conformidad a la propuesta de mercados y estrategia a seguir. Hay que indicar que esta fase podría alcanzar hasta el día 40 desde el inicio del asesoramiento, siendo el día 35 el límite para presentar el informe a Extenda, para su revisión. El licitador lo plantea como plazos máximos, es decir, podría haber casos en que el informe se pudiera entregar a Extenda el día 35, como se prevé en los pliegos. No obstante, el hecho de que uno sólo de los proyectos pudiera superar ese plazo, ya haría inviable la ejecución del contrato según lo previsto.

Fase 3: abarca un máximo de 10 días naturales, desde que se envía el informe a Extenda para su revisión, hasta que Extenda da su conformidad definitiva. Tiene lugar la revisión por parte de Extenda y la incorporación de modificaciones y mejoras por parte del proveedor. A tenor de lo comentado anteriormente, esta fase quedaría fuera de plazo.

Fase 4: es opcional y tiene prevista una duración máxima de 15 días naturales para presentar a la empresa el plan de Marketing Digital Internacional y una formación para ponerlo en práctica. No obstante, hay que señalar que la formación no es objeto de este servicio. Esta fase también quedaría fuera de plazo.

La propuesta define escuetamente la metodología de trabajo con la empresa participante. Se hace especial mención al diagnóstico, incluyendo un ejemplo de infografía de proceso y Canvas de diagnóstico adaptable que se considera práctico e interesante. La oferta propone asimismo un índice de Plan de Marketing Digital Internacional que se estructura en varios apartados que habría que consensuar con Extenda:

- Diagnóstico y Estrategia de Internacionalización Digital.*
- Estrategia en e-commerce propio.*



- Estrategia en marketplaces o plataformas de terceros.
- Estrategia de posicionamiento, social media, influencers y otros canales de promoción y captación.
- Fiscalidad, logística, pagos y legalidad.
- Plan operativo del proyecto
- Business Plan.

El diagnóstico se integrará como primera parte del informe final y contendrá información sobre el estado actual y objetivo del proyecto, diagnóstico actual de la presencia digital de la empresa, análisis del sector y potenciales mercados (delimitados a 2), análisis de competidores y conclusiones. Con respecto a los competidores, la oferta menciona “listado de competidores a analizar”, lo cual, según el caso podría resultar excesivo teniendo en cuenta los plazos para ejecutar el servicio.

En relación con la definición de los mercados de actuación, en la propuesta se indica que se realizará un diagnóstico de internacionalización digital con el objeto de cotejarlo con la empresa participante en el servicio, y confirmar así objetivos y mercados. Se adjunta una infografía de lo que debe analizarse dentro del diagnóstico, en la cual hay una parte referida al análisis del sector y países objetivo, pero se trata, más que de una argumentación sobre el modo de seleccionarlos, de un ejemplo donde no se distingue la forma de hacerlo. Este apartado termina proponiendo a la empresa 2 mercados objetivos y se indica que se incluirá el “razonamiento” que ha dado lugar a esas recomendaciones, sin más.

Si bien los aspectos a abordar que se proponen se consideran adecuados, se echa en falta mayor detalle en cuanto a recomendaciones de mejora en ámbitos clave.

En relación con las herramientas propuestas, se consideran aceptables, si bien, se reserva el análisis de las que se proponen como innovación para el siguiente apartado de valoración.

A partir de lo expuesto, se considera que la propuesta es aceptable en lo referido a la idoneidad de los contenidos o actuaciones propuestas, como también a nivel de alcance, aunque con aspectos mejorables. Por otra parte, según los plazos máximos indicados (y por lo tanto probables), se podría comprometer la viabilidad de su abordaje según lo previsto en los pliegos. Por todo ello, se considera que existen bastantes puntos débiles o aspectos que deberían ser ajustados antes de poner en marcha el servicio.”

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, con relación a la propuesta de la entidad recurrente, viene a valorar de forma más significativa lo negativo, pero el informe no permite vislumbrar los motivos que el órgano ha debido valorar como aspectos positivos, es decir por lo que es merecedora la oferta de 14 puntos sobre 30, prácticamente la mitad de los otorgables por este criterio.

En primer lugar, puede considerarse que reconoce lo que la propia recurrente señala en su escrito de recurso, y es que los plazos expresados son máximos, y parte de que esos plazos para determinar las fases 3 y 4 están en todo caso, fuera del plazo. Si bien, ahora en el informe del recurso especial se señala que es fundamental, no se expresaba esto en el informe de valoración emitido el 3 de agosto de 2023. Es una valoración la que ahora se sostiene, que ostensiblemente, es contraria a la interpretación que el mismo informe técnico reconoce, es decir, son plazos máximos.

Para interpretar los plazos vemos, por un lado, que el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas expresa que el plazo sería de un máximo de 45 días naturales, sin embargo, la oferta se ha señalado en plazos máximos,



es decir, que pueden ser reducibles. Por otro lado, se valoran las fases ofertadas, pero lo cierto es que, si bien ahora el informe al recurso se apoya en los plazos de cada fase, lo cierto es que el pliego de prescripciones técnicas no señala fases de ningún tipo, sino lo que hace el informe de valoración es tomar las fases ofertadas, y sobre ellas construir la argumentación, cuando debería haber tomado en su caso como referencia lo establecido en el apartado 4 del PPT, y haber concluido porque el plazo ahora se estima de cumplimiento necesario.

Por ello, la valoración negativa que recibe en cada apartado debe ser puesta en entredicho. Así, en cuanto al procedimiento de trabajo del asesoramiento especializado, observamos que, como se ha transcrito en el informe al recurso especial, se llega a una conclusión, nueva, que no estaba en el informe de valoración, y esta conclusión es, que ahora se estima que la superación de dichos plazos es determinante. No obstante, por dos razones este Tribunal estima que no puede suponer causa de exclusión de la oferta. En primer lugar, porque de la redacción del apartado 4 del PPT no puede extraerse claramente esta conclusión pues a continuación indica:

“Si, fruto de la primera reunión con la empresa participante, se detecta que ésta presenta unas necesidades de asesoramiento que no pueden ser cubiertas por el programa, la empresa prestadora del servicio emitirá informe para la cancelación del asesoramiento y la no continuidad de la empresa en el programa, sin que proceda facturación alguna por parte de la empresa proveedora”.

Esta redacción supone que podamos entender que, dependiendo de la forma de proposición de la metodología, no solo por esta entidad sino por cualquier otra, las necesidades de asesoramiento y los tiempos de las fases propuestos eran de máximos, adaptables a las necesidades de asesoramiento que pueda darse en cada empresa. El propio PPT supone por este último inciso que el asesoramiento está lejos de ser reglado y único para todas las empresas, pues dependerá de las características de cada una el hecho de que una fase pueda requerir más o menor tiempo.

La otra razón es que no puede pretender el informe al recurso especial ahora respecto de los plazos, otorgarle un valor determinante cuando no lo ha hecho ni el informe de valoración técnica de la oferta, ni tampoco el PPT con relación a los efectos de incumplir los plazos establecidos, porque el propio órgano de contratación reconoce que son máximos, es decir, no se ofertaron de forma taxativa, sino que permitían amoldarse entre las fases. No es lo que se extrae de la propuesta realizada, y tampoco se determina en el PPT efectos excluyentes con claridad (el informe de valoración admite que son plazos de máximo), y porque esta interpretación va en contra de los propios actos que ha realizado el órgano de contratación, pues no solo no la han excluido, sino que han valorado la oferta en este criterio concreto, a pesar de que ahora defiende que supera los plazos máximos.

En segundo lugar, cuando señala que la propuesta expresa “escuetamente la metodología de trabajo” con la empresa participante, cumple concluir que no expresa el motivo de por qué se considera que es escueta. Asimismo, a la vista de la definición del criterio, que se recoge en los anexos VIII y XI, la indefinición del criterio y la motivación insuficiente con relación a la puntuación otorgada, no permite ni deducir por qué debe considerarse que es o no escueta 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 repercusión tiene esa metodología no definida ex ante en el PCAP a efectos de la valoración que posteriormente debe llevarse a cabo.



A continuación, se valora positivamente, *“un ejemplo de infografía de proceso y Canvas de diagnóstico adaptable”*, pues lo *“considera práctico e interesante”*. Por un lado, baste ver la vaguedad de la afirmación en la valoración que califica como *“interesante”* que no permite vislumbrar qué relevancia puede llegar a tener.

Se desconoce la repercusión que ello ha podido tener en la valoración de hasta 30 puntos.

La siguiente consideración se realiza en cuanto a la definición de los mercados de actuación, y en cuanto a ello, se valora una infografía que el pliego de prescripciones técnicas no define como necesaria, y se señala sin precisión y con cierta contradicción que en ella hay *“una parte referida al análisis del sector y países objetivo, pero se trata, más que de una argumentación sobre el modo de seleccionarlos, de un ejemplo donde no se distingue la forma de hacerlo”*. No es posible determinar conforme al PCAP que se entiende por una *“argumentación sobre el modo de seleccionarlos”*, y la *“forma de hacerlo”*, todo ello a efectos de tomarlo en cuenta como una valoración no positiva.

Posteriormente el informe se limita a enunciar lo que se oferta con escasas valoraciones. Así la siguiente cuestión valorada sería cuando se hace referencia al listado de competidores a analizar, estimando, sin aseverar, sino únicamente como posibilidad que ello *“podría resultar excesivo teniendo en cuenta los plazos para ejecutar el servicio”*. Es decir, se deja en una simple suposición.

Otro ejemplo significativo, al que asiste la razón a la entidad recurrente es cuando el informe expresa que en el apartado diagnóstico se valora que se propone por la empresa la propuesta de dos *“mercados objetivos”*, pero se critica cuando se dice que incluirá el *“razonamiento que ha dado lugar a esas recomendaciones, sin más”*, pues no es posible, siquiera ahora, conocer que más podría esperarse en la propuesta, a la vista del pliego de prescripciones técnicas por parte del órgano de contratación. Ni siquiera en el informe de valoración es posible deducir que más, previsiblemente, debería haber incluido la entidad recurrente en este apartado.

Por último, de una forma ambigua se expresa que *“se echa en falta mayor detalle en cuanto a recomendaciones de mejora en ámbitos clave”*. Difícilmente puede concretarse más en ámbitos claves, cuando no se conoce qué es clave y qué no lo es, porque esos ámbitos no han resultado definidos ex ante en el momento de publicación de los pliegos.

No se expresa una verdadera justificación, sin que pueda deducirse el motivo de dicha calificación. La causa para no otorgar los puntos es poco previsible y nada concluyente, no se puede siquiera justificar con relación al pliego de prescripciones técnicas, pues no está referenciada a ítems concretos de ningún tipo. Más allá de una exhaustividad no explicada y necesaria que justifique por qué las medidas aportadas no son las precisas cuando no resultaron anteriormente definidas pormenorizadamente en el PCAP. Tampoco se realiza una valoración para estimar que la propuesta no es acorde con los servicios previstos en el pliego.

B. Respecto del segundo criterio, la *“propuesta de innovación”*:

En cuanto a la exposición teórica que aporta, (pero que no se pide en el PPT), señala que *“la exposición resulta interesante, si bien, no aporta novedades”*, es demasiado impreciso por qué no define igualmente a qué novedades y sobre qué puntos girarían las novedades, y si por novedades se refiere a innovación. Como señalábamos anteriormente, destaca que se hace hincapié sobre lo negativo a modo de restar puntos sobre el máximo de puntos otorgables por este criterio. Solo se valora claramente de forma positiva dos cuestiones, por un lado, el apartado especial referido a indicadores de rendimiento *“(KPI's y analíticas) para analizar si la marca está cumpliendo con los objetivos planteados durante su diseño, así como una plantilla Excel para que la empresa*



pueda utilizarla para ir midiendo resultados asociados a sus procesos de branding”. Por otro lado, se valora “la puesta en marcha de un sistema de comunicación de IDE con las empresas mediante el ERP Teamwork”.

En cuanto a la valoración negativa se afirma que *“el diseño y desarrollo de un breve cuestionario online para clasificar a las empresas destinatarias del servicio según su posicionamiento de partida”* se valora como *“interesante y contribuye a la adaptación del asesoramiento a cada caso en particular, si bien, no se considera innovadora”*, no permite conocer los criterios que existían o han valorado para desestimar esa propuesta como innovadora, solo se expresa pero no permite conocer el criterio del informe para llegar a esa conclusión.

Asimismo, observamos otras valoraciones poco clarificadoras e incongruentes, como ocurre cuando se expresa en cuanto al plan de contingencia para el control de riesgos del proyecto ofertado que *“resulta poco innovador”*, sin saber el motivo de esa valoración. No obstante, añade a continuación *“aunque sería interesante”*. Vuelve a redundar en lo mismo cuando termina diciendo *“no se concreta la propuesta salvo por la aportación de un ejemplo que requeriría de ser matizado”*. No se entiende que expresando un ejemplo que es valorado no se pueda considerar concretado.

Por último, estimamos que la valoración, como buena, dado los escasos comentarios positivos a la valoración no se corresponde.

A la vista de la argumentación dada, si se pone en relación con la valoración efectuada a las otras entidades licitadoras no se puede conocer qué se ha valorado expresamente, más bien no se justifica porque le otorga esa puntuación cuando se pone de relieve incluso más supuestas deficiencias que aciertos. Es decir, sí se concreta más los defectos que los aciertos respecto de ambos criterios.

En cuanto al cumplimiento de los plazos como máximos, y el carácter determinante de su exclusión que ahora se defiende por el órgano en su informe al recurso especial, estimamos que previamente a determinar esos efectos debería haber procedido a pedir aclaración o documentación complementaria. Es decir, estamos ante un supuesto, dada la indefinición de los pliegos donde lo prudente habría sido proceder a la aclaración de las ofertas, con el límite de que no suponga una modificación de la oferta, así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, siempre primando en la decisión el principio de igualdad de trato por encima de todos. Procede solicitar aclaraciones a la oferta técnica, antes de aplicar los efectos excluyentes que ahora argumenta el informe al recurso especial, por el incumplimiento de las prescripciones técnicas, cosa que además no ha hecho el órgano de contratación (aunque lo defienda ahora el informe).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 61/2018, de 26 de enero, señalaba:

“(…) La posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (...) Ahora bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, expresada, entre otras, en la Resolución 815/2014, que “Las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP.



(...) En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación”, por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato”.

(...) “el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado”.

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, 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 un conocimiento al menos suficiente de las ofertas presentadas, y si de las mismas puede considerarse la existencia de una motivación que explique suficientemente la puntuación otorgada y dejada de otorgar. Ello no se infiere del acuerdo de adjudicación, pues no se conoce la motivación.

Por ejemplo, el motivo para considerar que una oferta es buena, y por qué no lo es la de la entidad recurrente, más aún ante una horquilla tan amplia de asignación de puntos donde evidentemente la discrecionalidad técnica, en sentido estricto, no se manifiesta pues 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 justifique la existencia de esos criterios de valoración sujetos a juicio de valor, de tal modo, que, al no existir una motivación realmente técnica, habría sido incluso prescindible la configuración del pliego con 50 puntos otorgados de la forma que se manifiesta en el acuerdo de adjudicación. El simple hecho de señalar la bondad o deficiencia no soporta la puntuación otorgada, la cual 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 XI, sin que este momento, el de la valoración sea idóneo para introducir subcriterios no conectados con los ya plasmados en



el pliego. Todo ello hace que podamos concluir que concurre cierta arbitrariedad que excede de los límites de la discrecionalidad.

Entendemos que queda al margen de la cuestión que se analiza si tales parámetros debían o no estar especificados en el PPT puesto que la controversia no se plantea respecto del cumplimiento de las características técnicas solicitadas en el PPT, habida cuenta que no resulta aspecto controvertido el cumplimiento del pliego técnico ni por parte de la recurrente, lo que sí es que lo valorado debe tener relación directa con los criterios de adjudicación como se ha citado.

Como señalábamos en nuestra Resolución 321/2020, y trasladando sus argumentos, podemos concluir que en el presente expediente, existe una ausencia de justificación técnica en las puntuaciones dadas, que supera el límite de la discrecionalidad técnica. No se trata de una mera motivación insuficiente que, por la vía de anular la adjudicación, permitiera al órgano evaluador completar sus argumentos sin alterar la esencia de los mismos, ni las puntuaciones asignadas; en el supuesto enjuiciado, no se encuentra motivación alguna de los aspectos evaluables en el criterio más allá de la somera mención a considerar subjetivamente si es buena o no una oferta sin más, en base a motivos no configurados previamente de forma suficiente. La voluntad del órgano de contratación plasmada en los pliegos ha sido valorar más extremos en los que no se entra con exhaustividad, dada la amplitud de los mismos y la escasa concreción, y sin que resulte posible ahora construir ex novo, partiendo de unas puntuaciones preexistentes, el criterio técnico del órgano evaluador en la generalidad de los parámetros de evaluación del criterio.

Este proceder inadecuado de este poder adjudicador no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.

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. En este sentido, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 183/2017, de 19 de septiembre, “Este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.”.

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 puede 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.



Por tanto, en este supuesto concreto, partiendo de la delimitación indefinida de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, y teniendo en cuenta el margen existente a la hora de realizar los juicios de valor (a la vista del pliego) si se retrotrajere el procedimiento para una nueva valoración, difícilmente ya, una vez abiertas las propuestas económicas, puede asegurarse que con una nueva motivación de la puntuación otorgada pueda asegurarse una motivación dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica previsible en este procedimiento de contratación. Por ello, no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas, que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las entidades licitadoras, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146.2 del LCSP y concordantes del RGLCAP.

En este sentido, este Tribunal dictó una resolución en términos semejante la 340/2022, (recurso 222/2021), de 27 de junio, respecto a la licitación del contrato denominado "Servicios relacionados con la internacionalización de empresas extranjeras andaluzas en China" (Expte. 2022-004), convocado por la entidad, entonces existente, Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. (EXTENDA), entidad respecto de la que ahora se ha subrogado la Agencia TRADE.

En consecuencia, la estimación de este motivo del recurso obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos y no solo del acuerdo de adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA DIGITAL EXPORT S.L.** contra la resolución de adjudicación de 14 de diciembre de 2023 del contrato denominado "Servicios de Asesoramiento para la elaboración del Plan de Marketing Digital Internacional" (Expediente 2023 889939- Extenda 2023-030), convocado por la Empresa Pública Andaluza de Promoción Exterior S.A., (EXTENDA) y actualmente, tras la extinción de la anterior, tramitado por la Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico (TRADE), ente a su vez adscrito a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa y a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, 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.

