



EB 2024/008

Resolución 116/2024, de 26 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa KPMG ABOGADOS S.L.P., contra la adjudicación del contrato “Servicios profesionales de asesoramiento permanente e integral de carácter legal, con especial relevancia en los ámbitos de la contratación pública, societario, patrimonial, procesal, fiscal y laboral, así como en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual y nuevas tecnologías, en la especialidad de sociedades públicas del CICC”, tramitado por el Centro Internacional de Cultura Contemporánea, Tabakalera.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de enero de 2024 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa KPMG ABOGADOS S.L.P.(en adelante, KPMG), contra la adjudicación del contrato “Servicios profesionales de asesoramiento permanente e integral de carácter legal, con especial relevancia en los ámbitos de la contratación pública, societario, patrimonial, procesal, fiscal y laboral, así como en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual y nuevas tecnologías, en la especialidad de sociedades públicas del CICC”, tramitado por el Centro Internacional de Cultura Contemporánea, Tabakalera (en adelante, CICC).

SEGUNDO: El día 9 de enero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el



Nahi izanez gero, J0D0Z-T5WCK-T92N bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T5WCK-T92N en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>

informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 16 de enero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 25 de enero se han recibido las alegaciones presentadas por BSK LEGAL & FISCAL ASOCIADOS, S.L.P. (en adelante, BSK), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.G.J., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, CICC tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:

a) KPMG alega que el informe técnico que sustenta la adjudicación impugnada carece de motivación suficiente para justificar la gran diferencia de puntuación entre BSK y los demás licitadores.

b) La aplicación de los criterios de adjudicación contiene errores materiales y de hecho que suponen un ejercicio incorrecto de la discrecionalidad técnica, y la puntuación otorgada ha sido calculada arbitrariamente. En particular, se alega lo siguiente:

- En contra de lo que afirma el poder adjudicador, KPMG ha desarrollado ampliamente y ha adaptado la oferta a las características propias de las entidades del sector público, especialmente a las del sector cultural. En particular, se alegan contenidos de la oferta como el arrendamiento de espacios, la legislación cultural, aspectos tributarios del desarrollo de ferias, etc.
- Igualmente, se alega que sí se recogen el asesoramiento en las relaciones con otras entidades del sector público (convenios, etc.). Asimismo, KPMG afirma que los pliegos no mencionan la cuestión de la estabilización del empleo público, por lo que no cabe penalizar por su falta de mención en la oferta. En cambio, sí debieran puntuarse otros aspectos que mejoran las exigencias de los pliegos en materia de Derecho laboral (planes de igualdad, códigos de conducta, planes de prevención de acoso, asistencia letrada en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso administrativo...).

- En cuanto a la metodología de trabajo, la oferta sí prevé un subapartado que menciona expresamente los tiempos de respuesta.
 - KPMG considera indiscutible que sí ha presentado medios humanos adicionales en varias ramas o equipos (sector público, Derecho laboral, Derecho Fiscal, nuevas tecnologías y protección de datos, equipo de “compliance”); además, se añade una larga experiencia en el sector cultural en varias entidades del sector público.
- c) Los licitadores LKS y BSK realizaron una declaración de confidencialidad indiscriminada con argumentos genéricos para ocultar la mayoría del contenido de sus proposiciones, especialmente en los apartados de memoria técnica y medios humanos, precisamente el contenido más importante para apoyar el recurso, lo que, unido a la motivación insuficiente supone la indefensión de KPMG.
- d) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación del contrato y
- (i) la cancelación de la licitación y, subsidiariamente,
 - (ii) la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva valoración que incluya la motivación adecuada de las puntuaciones otorgadas y, subsidiariamente, en caso de que no cupiera una nueva valoración,
 - (iii) la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador motive de forma suficiente el informe de valoración
 - (iv) En los casos (ii) y (iii), se requiere el acceso al expediente íntegro de los licitadores restantes, de modo que la recurrente pueda ejercer su derecho a la defensa.

SÉPTIMO: Alegaciones de BSK

La adjudicataria impugnada se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La declaración de confidencialidad de BSK incluía una justificación pormenorizada y afectaba a información reservada, desconocida por terceros y de gran valor estratégico. Se alega que la recurrente ha accedido al informe técnico que sustenta la adjudicación impugnada, que contiene información suficiente para interponer un recurso fundado.

b) El informe técnico que fundamenta la evaluación de las ofertas incluye una valoración motivada y suficiente, pues incluye los elementos sobre los que se emite la valoración, el juicio que merecen y una atribución de puntuación coherente con todo ello.

c) CICC ha ejercido correctamente la discrecionalidad técnica que le ampara para la adjudicación del contrato. En especial, BSK alega lo siguiente:

- El informe técnico no dice que la oferta de KPMG no haya desarrollado ningún aspecto sobre el sector de actividad en el que opera, sino que “se echa en falta una mayor adecuación”.
- El citado informe señala que “quedan sin mención” algunos ámbitos en los que se producen problemas habituales en las entidades del sector público. Las menciones de la oferta de KPMG no son relevantes a estos efectos y se centran en una referencia genérica al asesoramiento en convenios de colaboración.
- La cuestión de la estabilización en el empleo público figura en el apartado h) de la Cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), que menciona el “Asesoramiento sobre relaciones laborales ordinarias individuales”.
- El informe técnico no penaliza a KPMG por no fijar plazos de respuesta, sino que cuestiona que el diagrama de flujo recoge muchos pasos, lo que pone en duda la rapidez y agilidad de la respuesta. Se observa que los citados tiempos de respuesta no se determinan en la oferta de KPMG.

- El informe se refiere a la falta de formación en el ámbito cultural, no a su falta de experiencia.
- Respecto a los tiempos de respuesta, KPMG no señala uno concreto en su oferta.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Se alega que la discrecionalidad técnica aplicada para evaluar las ofertas ha sido correctamente ejercida y que el informe técnico en el que se basa la adjudicación está suficientemente motivado. En particular, CICC señala lo siguiente:

- Cuando el informe afirma que se echa en falta una mayor adecuación a las características de las entidades del sector público, ello no significa que se hayan tenido en cuenta o no hayan recibido puntuación, sino que la proposición de KPMG es menos adecuada y adaptada a las necesidades específicas de CICC que las de otros licitadores; en este sentido, las únicas menciones al sector de actividad cultural son a la identidad y descripción general de CICC, cuestiones que se pueden extraer de la web de la entidad, pero no son problemáticas ni relevantes para su actividad. La mención a los desarrollos de ferias no se corresponde con una actividad típica de CICC, lo que refleja desconocimiento de dicha actividad habitual, públicamente disponible. La estabilidad en el empleo público es parte del asesoramiento en materia laboral y una cuestión importante para el poder adjudicador; en todo caso, la falta de mención no ha restado puntuación, pues la valoración se ha realizado en conjunto, atendiendo a las características en CICC.

- No se proponen plazos de respuesta concretos, tampoco en los diagramas de flujo, que prevén trámites excesivos que cuestionan la agilidad de dicha respuesta.
- En cuanto a la valoración de los medios humanos, CICC alega que sí se han tenido en cuenta los medios adicionales (extremo que no se ha expresado debidamente en el informe de valoración), como prueban las puntuaciones otorgadas en este apartado.
- El informe no señala falta de experiencia en el sector cultural, sino de formación específica en asesoramiento legal en dicho sector; por otro lado, la experiencia aportada se ha valorado, pero se refiere a entidades distintas al CICC.

b) Si bien BSK y LKS habían declarado confidencial la totalidad de sus ofertas, CICC les requirió que concretaran, pues no cabe tal declaración. Una vez recibida la respuesta, KPMG accedió a la parte no confidencial y pudo interponer un recurso fundado, por lo que no hay indefensión alguna.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea que la aplicación de varios criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor está insuficientemente motivada y no respeta los límites de la discrecionalidad técnica. A juicio de este Órgano, la impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 64/2024), en virtud de la discrecionalidad técnica el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos

determinantes, adecuación al fin perseguido y al respeto de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

- 2) Sobre el contenido mínimo de la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.
- 3) Una vez delimitado en los apartados 1) y 2) anteriores el alcance del control que este Órgano puede ejercer y los requisitos exigibles a la motivación del acto impugnado, y contrastado todo ello con el caso analizado, se considera que el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica, adecuadamente sustentado en el informe conocido por el recurrente. En particular, se observa que el informe que sustenta la evaluación de las ofertas aporta una motivación suficiente, como demuestra el hecho de que ha posibilitado un recurso fundado. En particular, identifica los aspectos fuertes y débiles de las

propuestas y contiene elementos valorativos que explicitan la importancia de dichos aspectos para el objeto del contrato. Así, se mencionan aspectos como las materias objeto de asesoramiento más relevantes para ponderar su presencia o su omisión en las proposiciones (estabilización en el empleo, mecenazgo, propiedad intelectual, importancia de la condición de entidad del sector público o de poder adjudicador, especificidad de la formación del personal que ejecuta el contrato...).

4) Lo expuesto en el apartado 3) anterior no se desmiente por las alegaciones de KPMG. En particular, se observa lo siguiente:

- El informe indica que la oferta de KPMG no menciona el “ámbito” de la relación de CICC con otras entidades del sector público; aunque la citada oferta sí indica la disponibilidad para el asesoramiento en convenios con otras entidades, no se refiere a las materias contenidas en ellos.
- La problemática de la estabilidad del empleo público puede incidir en los contratos de trabajo del personal de CICC, por lo que es una materia susceptible de incluirse en el apartado 2 h) del PPT (por otro lado, el propio apartado habla de “asesoramiento legal general” y de su carácter no exhaustivo) y, en consecuencia, puede valorarse, pues su mención expresa supondría adaptación a las necesidades propias de la entidad.
- En cuanto a los medios humanos adicionales, tal y como indica CICC, el informe no se refiere a la experiencia, sino a la formación específica en asesoramiento legal en el sector o actividad cultural o artístico.

5) En lo que respecta a la solicitud de acceso al expediente íntegro de los licitadores, la recurrente no ha acreditado indefensión alguna que la aceptación de la solicitud pudiera remediar, habida cuenta que en el informe de valoración constan los motivos por los que la oferta de la adjudicataria merece una valoración superior a la de la recurrente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por la empresa KPMG ABOGADOS S.L.P., contra la adjudicación del contrato “Servicios profesionales de asesoramiento permanente e integral de carácter legal, con especial relevancia en los ámbitos de la contratación pública, societario, patrimonial, procesal, fiscal y laboral, así como en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual y nuevas tecnologías, en la especialidad de sociedades públicas del CICC”, tramitado por el Centro Internacional de Cultura Contemporánea, Tabakalera.

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

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko ekainaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de junio de 2024